UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN
"Scienze Giuridiche"

CICLO XXXIII

ORDINE PUBBLICO E RELAZIONI FAMILIARI

CONFLITTI CULTURALI ED EVOLUZIONE DELLA TECNICA

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutor:
Chiar.mo Prof. Giovanni Francesco Basini

Dottorando:
Giovanni Liberati Buccianti

Anni Accademici 2017/2018 – 2018/2019 – 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE……...5

CAPITOLO PRIMO
L'ORDINE PUBBLICO

1. Cenni introduttivi…...……...6
2. La nascita di un concetto……18
3. L'ordine pubblico nel codice civile……...27
4. L'ordine pubblico tra Francia e Germania……...34
5. I valori espressi dall'ordine pubblico……38
6. Le numerose classificazioni dell'ordine pubblico ……...50
7. L'ordine pubblico ed il dibattito sulle clausole generali…..……60
8. L'ordine pubblico e gli individui……...83

CAPITOLO SECONDO
L'ORDINE PUBBLICO INTERNO

1. Il paradigma positivista ottocentesco……..……..88
2. L'ordine pubblico: *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*……..95
3. Dalla funzione conservativa a quella promozionale……100
4. Ordine pubblico e meritevolezza…….....108
5. L'ordine pubblico come criterio residuale…….....114
6. L'allontanamento dell'ordine pubblico dalle norme imperative…….116
7. Il buon costume: tra morale ed etica……131
8. La concretizzazione dell'ordine pubblico attraverso i principi……152
9. L'ordine pubblico costituzionale…….....171

10. L'ordine pubblico tra dottrina e giurisprudenza…….185
11. L'ordine pubblico economico ……190
12. Ordine pubblico e analogia…….197

CAPITOLO TERZO
L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE

1. Il rapporto tra ordine pubblico interno ed internazionale……213
2. L'ordine pubblico internazionale come concetto di diritto interno…….217
3. La diversità funzionale e contenutistica tra ordine pubblico interno ed internazionale…….221
4. L'ordine pubblico internazionale come limite concreto, successivo e negativo, con funzione assiologica e di controllo……..229
5. L'ordine pubblico del caso concreto……232
6. L'ordine pubblico (internazionale) nel diritto di famiglia……...247

CAPITOLO QUARTO
EVOLUZIONE DELLA TECNICA, ALCUNI MODELLI FAMILIARI ED ORDINE PUBBLICO

1. L'evoluzione della tecnica ed il diritto di famiglia……...264
2. La filiazione nella coppia omosessuale maschile……...267
3. Il diniego di riconoscimento: a proposito di Cass., sez. un., 8 maggio 20129, n. 12193……273
4. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale: Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325…….289
5. L'adozione legittimante nella coppia omosessuale maschile……...311
6. La filiazione nella coppia omosessuale femminile…….315

7. La filiazione nella coppia eterosessuale attraverso maternità surrogata (realizzata all'estero)…….330
8. Nuove tecniche di celebrazione del matrimonio……333

CAPITOLO QUINTO
CONFLITTI INTERCULTURALI
ED ORDINE PUBBLICO

1. I conflitti interculturali ed il diritto di famiglia…….337
2. Il ripudio islamico……..339
3. Il matrimonio poligamico…….369
4. Il matrimonio omosessuale...……377
5. Le nullità canoniche……...382
6. Gli accordi prematrimoniali…….398

CONCLUSIONI……...417

BIBLIOGRAFIA……..422

ELENCO DELLE DECISIONI……..457

INTRODUZIONE

Il lavoro affronta il tema dell'ordine pubblico. Sull'ordine pubblico, uno dei concetti più difficili a trattare, hanno scritto insigni giuristi, affascinati da questa "sfuggente nozione". Gli studiosi che leggeranno il mio lavoro vedranno che ho suddiviso il contributo in due parti. Nella prima ho esaminato il pensiero dei tanti illustri studiosi, le loro principali opere di alto valore scientifico sull'ordine pubblico, l'evoluzione del concetto durante il corso degli anni. Nella seconda parte ho indagato su come la clausola dell'ordine pubblico trovi applicazione nel diritto di famiglia con particolare riferimento agli scenari della realtà giuridica e sociale contemporanea. Ho per questo consultato una vasta giurisprudenza: molte sentenze delle varie corti di giustizia, della Suprema Corte di Cassazione, ecc. Al termine della mia ricerca devo confessare che sono rimasto anche io "contagiato" dal fascino del tema. Davvero complesso nelle sue molteplici sfaccettature. Ho avvertito i limiti delle mie capacità di fronte alla raffinata eleganza e alla profondità di analisi di tanti illustri Maestri che hanno scritto opere davvero prestigiose sull'ordine pubblico. A tutti loro va la mia gratitudine perché lo studio dei loro lavori è stato per me un prezioso arricchimento.

CAPITOLO PRIMO
L'ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La nascita di un concetto. – 3. L'ordine pubblico nel codice civile. – 4. L'ordine pubblico tra Francia e Germania. – 5. I valori espressi dall'ordine pubblico. – 6. Le numerose classificazioni dell'ordine pubblico. – 7. L'ordine pubblico ed il dibattito sulle clausole generali. – 8. L'ordine pubblico e gli individui.

1. Introduzione.

Sono passati esattamente cinquanta anni – correva l'anno 1970 – da quando la casa editrice Giuffrè di Milano pubblicava la monografia di Giovanni Battista Ferri dal titolo *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto:*[1] un lavoro, questo, che ha attualizzato, con eleganza giuridica, il concetto di ordine pubblico nel sistema del diritto privato italiano. Il Maestro, convinto appartenente alla scuola dogmatico-sistematica di Rosario Nicolò,[2] allora poco più che trentenne, indagò la

[1] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

[2] G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, I, p. 157 ss. Scrive: "(…) sta di fatto che mi onoro di appartenere alla Scuola di Rosario Nicolò". Ferri ricorda che Nicolò era uno tra i massimi esponenti della scuola dogmatica-sistematica, che qualche Autore, come A.C. Jemolo ha criticato in quanto privilegiavano le costruzioni formali, perfette ineccepibili, che servivano solo alla gioia dell'intelletto mentre giurista e legislatore dovrebbero avere preoccupazioni più pressanti rispetto all'armonia del sistema. Fu tuttavia proprio Rosario Nicolò a far scoprire al giovane Ferri che il compito del giurista positivo non si esaurisce nell'attenzione alla norma poiché essa è espressione di istanze sociali, economiche, politiche. Nello scritto, Ferri ricorda la sua personale esperienza, il suo itinerario negli anni di studi che "si mosse (e continua a muoversi come, del resto, è accaduto a molti civilisti della mia generazione) tra le certezze, per certi versi rassicuranti, delle costruzioni del formalismo giuridico (scientifico e/o normativo) e le

«sfuggevole nozione» di ordine pubblico, «uno dei concetti più difficili a precisare e su cui regna nella dottrina grande incertezza», come già all'inizio del secolo ventesimo ebbe a scrivere il giurista liberale (e positivista) Francesco Ferrara sr. a proposito dell'ordine pubblico che era stato introdotto poco prima, nel primo codice civile unitario del 1865. Nella civilistica italiana, fu proprio Ferrara, infatti, a dedicare alla nozione di ordine pubblico il primo grande studio con la pubblicazione (la prima edizione è del 1902, la seconda del 1914) della *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*.[3]

Ferri, dopo aver incentrato qualche anno prima (era il 1966) le proprie ricerche sulla causa del contratto, pubblicando la celebre monografia *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*,[4] pietra miliare per lo studio della causa del negozio giuridico, prende, nel 1970, ad indagare i criteri dell'illiceità contrattuale. Con il lavoro del 1966 Ferri critica la

---

inquietudini (a volte indubbiamente maliose) di quell'antiformalismo che, soprattutto in talune sue manifestazioni, è, tuttavia, apparso sovente, dettato da una confusa ansia, ambiguamente iconoclasta". Ferri dimostra nello scritto che le tendenze dogmatiche e sistematiche non sono chiuse in se stesse ma sono compatibili ed aperte alla dimensione storica del diritto, individuando il civilista non già come fruitore di storie, scritte da altri ma come scrittore di storia, in prima persona: "(…) per scoprire (…) la trama vera degli istituti, disciplinati nel codice civile vigente, su cui ancora saldamente si fonda il nostro sistema del diritto dei privati, e, con essa, le alchimie attraverso cui le tante istanze della realtà sociale (ed anche politica) e della cultura giuridica sono giunte a cristallizzarsi definitivamente nella formula normativa, è necessario entrare, con umiltà e pazienza, nel laboratorio di coloro (soprattutto dei cultori del diritto civile e commerciale) che attesero all'opera di riforma, per ricostruire, frugando nelle carte ingiallite e dimenticate (quelle che sono ancora reperibili), il quotidiano lavoro, intriso, come fu, di certezze e di dubbi, di ripensamenti, di lacerazioni, di entusiasmi e di delusioni", cfr. G.B. FERRI, *La cultura del civilista*, op. cit., p. 192.

[3] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, II ed., 1914, p. 41. La prima edizione è per Tipografia Indipendenza di Milano; la seconda edizione per i tipi di Società Editrice Libraria con sedi a Roma, Milano, Napoli. Nel presente lavoro, il riferimento è alla seconda edizione.

[4] G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*.

nozione di Emilio Betti di causa (una causa astratta, intesa quale funzione economico-sociale, accreditata dal codice civile del 1942)[5] e propone la nozione ferriana, poi diffusasi in dottrina e giurisprudenza, di *causa in concreto*, quale funzione economico-individuale)[6] indirizzando poi la

[5] Già sotto il vigore del codice civile del 1865, dove la causa era riferita all'obbligazione (e non al contratto), in dottrina vi erano posizioni che allontanandosi dalla concezione soggettiva, sostenevano l'idea che la causa del contratto fosse l'essenza materiale ed oggettiva dello stesso, essendo necessario separare la causa dalla volontà (cfr. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, V ed., 1929, p. 266 ss.; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 88 ss.). Come detto, è poi con il codice civile del 1942 che viene abbandonata la teoria soggettiva, passando alla concezione oggettiva dell'elemento causale. Così, nel par. 613 della *Relazione di accompagnamento al codice civile*, si legge che i tempi fossero maturi per superare l'esegesi che vedeva nella causa lo scopo soggettivo perseguito dai contraenti nel caso concreto, e, conseguentemente, per configurare la causa come la funzione economico-sociale che il diritto riconosce come rilevante, e che giustifica la tutela apportata alla stipulazione intesa come atto esplicativo dell'autonomia privata. Il massimo esponente della teoria oggettiva della causa, vista come sintesi degli elementi essenziali, è Emilio Betti. Si consideri che, secondo G.B. Ferri, la teoria della funzione economico-sociale della causa non venne introdotta da Vittorio Scialoja, bensì da Emilio Betti (cfr. G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G. B. FERRI – C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 97 ss.). Sulla causa come funzione economico-sociale, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino, Rist., 1994, p. 170 ss.; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, p. 32 ss.

[6] Per una efficace sintesi dell'evoluzione, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*, 2006, p. 153 ss. Più di recente, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss. Si vedano altresì i contributi di Vincenzo Roppo. Cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss. Sull'opera di Roppo, cfr. A.M. GAROFALO, *La causa: una "storia di successo"? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)*, in *Jus Civile*, 2018, fasc. 2, p. 163 ss. Le sentenze che hanno determinato nella giurisprudenza il *revirement*, con l'adesione alla tesi della causa in concreto risalgono ai primi anni Duemila. Cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, c. 2203 ss. con nota di G. BOSCHETTI; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. it.*, 2007, c. 867 ss. con nota di S. SORRENTINO;

ricerca sull'esegesi di quell'art. 1343 cod. civ. che contiene (ma non disciplina) i tre criteri che fondano il giudizio di liceità/illiceità contrattuale: il contratto la cui causa si ponga in contrasto con le norme imperative, con l'ordine pubblico ovvero, infine, con il buon costume è illecito e dunque nullo, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1343, comma 1 e 1418, comma 2, cod. civ. L'obiettivo delle ricerche di G.B. Ferri era quello di dimostrare «che l'ordine pubblico [è] tutt'altro che un concetto oscuro ed indecifrabile»[7] costruendo, come si dirà, una teoria che ritiene completamente autonomi i tre parametri della illiceità contrattuale. Se l'ordine pubblico, a partire dal codice napoleonico, è in molti Paesi una costante del pensiero giuridico, ed è ritenuto, da molti, come un limite invalicabile, le difficoltà permangono non solo nel rintracciare una definizione unanimemente riconosciuta,[8] quanto nel circoscriverne l'ambito di operatività. Si pensi, proprio spostandosi nell'ordinamento che per primo ha introdotto la moderna concezione di ordine pubblico – e cioè quello francese – come la *Cour de Cassation* abbia dedicato all'ordine pubblico nel 2013 il *Rapport Annuel*.[9] Ciononostante,

---

Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, in *Riv. dir. trib.*, 2006, II, p. 690 ss. con nota di F.M. GIULIANI.

[7] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss.

[8] Si consideri, ad esempio, che la Costituzione, nella sua originaria formulazione, non presentava il riferimento a tale espressione. Solo con la riforma del Titolo V avvenuta nel 2001 l'ordine pubblico viene richiamato dall'art. 117 Cost. Infatti, tra le materie di competenze legislativa esclusiva statale, l'art. 117, comma 2, lett. h) discorre di "ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale". I Costituenti erano dunque diffidenti nell'utilizzo della clausola "ordine pubblico" che era stata riempita durante il regime fascista di contenuti coerenti ai principi politici di quell'ordinamento. Cfr. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I princìpi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, *passim*.

[9] *Cour de Cassation, Rapport Annuel 2013 – L'ordre public*, disponibile online su www.courdecassation.fr Nell'*avant-propos* del Rapporto Annuale, il Prof. Guillaume Drago scrive che: "L'expression sonne comme une injonction, comme un impératif catégorique rappelé aux acteurs du Droit et de la Justice. Notion complexe et protéiforme, l'ordre public apparaît comme l'horizon de l'État légal fixant les bornes de ce qui est possible et de ce qui est interdit, comme le rappel des limites qu'il ne faut pas franchir afin de conserver ce vouloir vivre

la nozione rimane ancora oggi vaga. Basti pensare agli aggettivi per definirlo: "*inépuisable, indéterminée, insaisissable, voire changeante*". Un'abbondanza terminologia che rivela, nonostante i numerosi studi, le difficoltà. Tante definizioni che non si discostano, fra l'altro, dalla definizione di ordine pubblico contenuta in una decisione di una corte

---

ensemble qui fait une Nation. Le Droit suppose un ordre, ordre politique et ordre d'une société, ordre de droits et d'obligations, ordre de règles de fond et de procédure. Le Droit porte ainsi en lui-même un principe d'ordre public. Faut-il commencer par définir l'ordre public? En toute logique, la définition devrait être donnée après la lecture de cette Étude du Rapport 2013 de la Cour de cassation. Pourtant, la présentation de ce sujet implique de savoir un tant soit peu de quoi l'on parle et ce que l'on veut présenter". Ricorda i due grandi modi di manifestazione dell'ordine pubblico: da un lato l'ordine pubblico come mantenimento dell'ordine; dall'altro l'ordine pubblico come modalità di esercizio del potere. Scrive: "Ce caractère impératif de l'ordre public se manifeste de deux façons, pour reprendre les deux catégories identifiées par Jean Combacau. D'une part, l'ordre public relève du maintien d'un ordre, face à certains désordres qui se traduisent par des «agissements matériels». C'est alors l'ordre public au sens classique du maintien de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques et des impératifs de la loi pénale. Cet ordre public concerne les comportements, vient les réguler, par des interdictions ou des injonctions de faire ou de ne pas faire. Ce premier ordre public est celui de la régulation de comportements matériels, c'est un ordre public de police, au sens le plus général et le plus classique du terme. D'autre part, on trouve une seconde catégorie d'ordre public qui relève de techniques juridiques qui «se rassemblent toutes sous une idée commune: les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent». Cette seconde catégorie est bien celle de l'article 6 du code civil selon lequel «on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs». Cet ordre public là est celui qui vient de l'extérieur imposer ou interdire, en fonction d'exigences supérieures étatiques, extra-étatiques, internationales (conventionnelles ou non conventionnelles) ou supranationales comme celles du droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou du droit de l'Union européenne". Sulla seconda giovinezza dell'ordine pubblico in seguito alla riforma del *code civil*, cfr. G. PASSAGNOLI, *Note sull'*ordre public *dopo la riforma del* code civil, in *Persona e mercato*, 2017, p. 198 ss.

inglese del 1824: «cavallo pazzo», come ricordato in una recente monografia da Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra.[10] Tuttavia, pur se i contorni ancora oggi sono sfumati ed incerti, nonostante il contributo fondamentale di Giovanni Battista Ferri, della dottrina a lui precedente e successiva e della giurisprudenza di merito e di legittimità, interna e sovranazionale, la nozione rimane fondamentale. L'importanza attuale dell'ordine pubblico non si discosta, dunque, da quella dei dibattiti che portarono alla approvazione del codice civile napoleonico con l'inserimento dell'ordine pubblico, quando il Portalis definì il mantenimento dell'ordine pubblico all'interno di una società una legge suprema.[11]

Nella monografia dedicata all'argomento, G.B. Ferri illustra in apertura le due questioni che intende indagare.[12] La prima è quella del *contenuto sostanziale*, variabile nel tempo e nello spazio, dei valori politici, sociali, economici, etici e religiosi che integrano le nozioni di ordine pubblico (e di buon costume). L'Autore ritiene indispensabile l'indagine storica per comprendere quali sono, in un determinato momento e per quel determinato ordinamento, gli interessi considerati essenziali e fondamentali. L'analisi non può che avvenire *ex post* e l'interprete è tenuto ad esaminare, con il filtro del tempo, una data realtà per individuare tali valori. La seconda è quella delle *modalità tecniche*, e cioè attraverso quali tecniche i sopra menzionati valori vengono assunti nell'ordine giuridico. Attraverso l'indagine tecnica, G.B. Ferri si domanda

---

[10] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 48: "unruly horse, (…) once you get a ride it you never know where it will carry you". A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 6 parla di "figura enigmatica".

[11] Scriveva Portalis: "Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême". Nel *Discours préliminaire au projet de code civil* distingueva tra il ruolo del legislatore e quello del giurista. Così, "se l'office du législateur est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences», c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application". Cfr. P. SIRENA, *Il* discorso *di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss.

[12] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 36 ss.

se l'ordine pubblico esprima un valore autonomo rispetto alle leggi o se esso non costituisca, invece, un criterio di qualificazione delle leggi stesse. Giova ricordare, a tal proposito, che se in passato, il riferimento alle leggi riguardanti l'ordine pubblico era frequente, oggi l'ordine pubblico viene richiamato autonomamente, come nell'art. 1343 cod. civ.[13] Non di meno, poi, è proprio nella parte dedicata alle *modalità tecniche* – cioè nel terzo capitolo – che G.B. Ferri indaga il rapporto tra i criteri dell'illiceità (tra ordine pubblico e buon costume e tra ordine pubblico e norme imperative), con la connessa problematica della rilevanza autonoma (o meno) dell'ordine pubblico rispetto al buon costume.

Con riferimento al nostro ordinamento, sono proprio i contributi di Francesco Ferrara e di Giovanni Battista Ferri a rappresentare i due testi guida per capire l'evoluzione del concetto di ordine pubblico: il primo, con *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano* ed il secondo, con *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. È proprio Ferri che getta le basi per costruire un ponte tra l'ordine pubblico e le aspettative derivanti dalla emanazione della Costituzione quando afferma che "nel nostro sistema attuale è alla Costituzione repubblicana che dobbiamo far capo per trovare i valori e i principi oggi fondamentali nel nostro sistema giuridico".[14] In particolare, come ha recentemente notato Fabrizio Di Marzio nella monografia *Contratto illecito e disciplina del*

---

[13] Tuttavia, nel codice attuale, un riferimento alle leggi riguardanti l'ordine pubblico, si trova nell'art. 1229 cod. civ. che disciplina le clausole di esonero da responsabilità. Se il primo comma ritiene nulli i patti che escludano o limitino preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave, il secondo ritiene affetti da nullità altri patti preventivi di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari *costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico*. La norma ha avuto una scarsa applicazione nella giurisprudenza. Si vede, comunque, che in questo articolo l'ordine pubblico è legato a specifiche norme (le norme di ordine pubblico), ricordando, come si dirà, l'esperienza del codice del 1865. Cfr. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971.

[14] Così, G.B. FERRI, *voce Ordine pubblico*, op. cit., p. 1053-1054; ID., *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 191.

mercato del 2011 dedicata all'illiceità del contratto e alla disciplina del mercato, il libro di G.B. Ferri si colloca nel contesto di costituzionalizzazione del diritto civile, "in un momento di passaggio e ridefinizione della griglia etica su cui si basa l'ordinamento", collocandosi così come un necessario snodo tra il vecchio ed il nuovo.[15] Attento osservatore del nuovo ordinamento costituzionale, improntato al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'individuo sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, Ferri attribuisce all'ordine pubblico una *funzione conservatrice*[16] affinché, da un lato, le convenzioni dei privati non sovvertano quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale e dall'altro che vengano invece rispettati i valori e i principi che lo Stato considera essenziali e caratterizzanti l'organizzazione sociale di un determinato momento storico, con la precisazione che la formula ordine pubblico trova applicazione nei soli rapporti tra individui e non riguarda il rapporto tra individuo e Stato. Quella della funzione conservatrice dell'ordine pubblico è una presa di posizione netta e forte, che si pone in linea con la dottrina dominante ma che forse viene messa in crisi nel contesto attuale nel quale all'ordine pubblico viene attribuita anche una *funzione promozionale*, per il tramite della quale possono essere anche attuati i valori espressi dalla Costituzione.

Negli anni '70, vi è un certo interesse per l'ordine pubblico da parte della dottrina, sia civilistica che internazionalprivatistica, come dimostrato dagli studi di Attilio Guarneri del 1974, *L'ordine pubblico e il*

---

[15] F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 9.

[16] G.B. FERRI, *voce Ordine pubblico*, op. cit., p. 1053: "Questa funzione «conservatrice» (nei rapporti tra privato e privato) dei valori e princìpi fondamentali su cui si fonda l'intero sistema dell'ordinamento giuridico, per cui l'ordine pubblico fu previsto dal legislatore napoleonico, l'ordine pubblico ancora svolge nel sistema di codice attuale".

sistema delle fonti del diritto civile[17] e di Nicola Palaia, sempre del 1974, *L'ordine pubblico internazionale*.[18]

Proprio Giovanni Battista Ferri è uno tra i più raffinati studiosi dell'ordine pubblico, implementando i contributi sull'argomento con due ulteriori studi apparsi sulla *Rivista di Diritto Commerciale*. Si tratta di una recensione ad un libro francese che, apparsa nel 1963,[19] è dunque antecedente alla pubblicazione della monografia e sta a testimoniare che fin dall'inizio della carriera l'insigne Maestro aveva preso ad interessarsi di ordine pubblico svolgendo nel caso specifico una critica alla nozione di ordine pubblico economico secondo quanto stava emergendo nella dottrina francese. Il secondo contributo è un articolo apparso successivamente alla monografia, nel 1972, sull'illiceità delle convenzioni elettorali che riveste interesse anche per il dialogo instaurato con Stefano Rodotà[20] circa il rapporto tra ordine pubblico e buon costume. Infine, come opera riassuntiva del suo pensiero Ferri scrive la voce *Ordine pubblico*[21] per il trentesimo volume dell'Enciclopedia del Diritto, pubblicato nel 1980 sempre dall'editore Giuffrè. In essa, oltre a sintetizzare quanto scritto in precedenza, Ferri svolge acute riflessioni sul rapporto tra l'ordine pubblico e la meritevolezza degli interessi ex art. 1322 cod. civ. (ed in particolare il rapporto tra primo e secondo comma,

---

[17] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico*, op. cit., *passim*. Si vedano, altresì, A. GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 154 ss.; G. PANZA, voce *Ordine pubblico I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.

[18] N. PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974, *passim*.

[19] G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (A proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, p. 464 ss. Si tratta di una recensione che Giovanni Battista Ferri fece al volume di G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

[20] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20 ss. che segue il contributo di S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. mer.*, 1970, p. 105 ss.

[21] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1038 ss. Si consideri che nello stesso volume appare anche la voce di Ordine pubblico internazionale scritta da Giuseppe Barile e quella di Ordine pubblico nel diritto penale scritta da Carlo Fiore. Cfr. G. BARILE, voce *Ordine pubblico internazionale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.; C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.

tra limiti imposti dalla legge ed interessi meritevoli di tutela) che peraltro non menziona espressamente l'ordine pubblico.[22]

Negli anni '90 del secolo scorso, poi, il tema dell'ordine pubblico viene nuovamente indagato da Loris Lonardo con la monografia *Ordine pubblico e illiceità del contratto* apparsa nel 1993 nella quale l'Autore offre uno studio approfondito sui parametri della illiceità.[23] È da sottolineare che Lonardo ha dedicato al tema non solo la citata monografia ma anche una serie di ulteriori scritti.[24]

---

[22] Si consideri poi, che il pensiero di Ferri sul rapporto tra ordine pubblico e meritevolezza degli interessi si trova in suoi molteplici scritti. Cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo*, op. cit., *passim*; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss. quando commentò criticamente una sentenza della Corte d'Appello di Milano del dicembre 1970 che, dopo aver qualificato sinallagmatico ed atipico il contratto con cui il socio di una S.p.A. promette al mandatario della società un indennizzo e un trattamento di quiescenza in caso di estinzione del mandato per compensarlo dell'abbandono della libera professione attuato per un migliore espletamento della sua attività di mandatario, il giudice meneghino lo ritenne immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. poiché contrario, nell'interesse che tende a realizzare, ai fini economici-sociali immanenti nel sistema. Per Ferri, se la qualificazione del contratto (come atipico e sinallagmatico) era stata corretta, non così il giudizio di immeritevolezza perché per Ferri "la convenzione tra la [socia] e [il mandatario] appare pienamente meritevole di tutela" (p. 86). L'autore torna sul rapporto tra ordine pubblico e meritevolezza dell'interesse, in G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, I, p. 1 ss.; ID., voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1040 ss.

[23] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, *passim*. La monografia si compone di cinque capitoli: 1) 'Le nozioni di ordine pubblico'; 2) 'Ordine pubblico e norme imperative'; 3) 'Autonomia del buon costume'; 4) 'Ordine pubblico e principi dell'ordinamento'; 5) 'La relatività dell'ordine pubblico'. Dopo un'attenta ricostruzione, Lonardo dimostra la necessità che l'ordine pubblico in senso ideale si concili con le componenti materiali dell'ordine sociale.

[24] Si veda altresì la puntuale ricostruzione dell'ordine pubblico che viene svolta dall'Autore a distanza di qualche anno, in occasione di un Seminario dell'Associazione Dottorati Diritto Privato, poi pubblicato. Cfr. L. LONARDO,

Più recentemente, la questione dell'ordine pubblico è tornata in auge: in particolare ha assunto una importanza centrale la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, oggetto di numerose sentenze delle corti di merito e di legittimità, specialmente in materia di famiglia e filiazione. In particolare, viene sempre più spesso chiesto il riconoscimento di provvedimenti legittimamente formatesi all'estero sulla base di paradigmi sociologici e giuridici differenti da quelli diffusi nel nostro Paese e l'ordine pubblico costituisce il parametro per vagliare il contrasto ovvero la compatibilità del provvedimento estero con il nostro ordinamento e dunque per negarne o ammetterne il riconoscimento. È evidente, allora, che il concetto – o, meglio, questa clausola generale – ha subito un inevitabile processo di ammodernamento e di rivitalizzazione a causa della globalizzazione (non solo giuridica)[25] che ha consentito una diffusa circolazione tra ordinamenti di modelli economici, giuridici, sociali, sociologici diversi da quelli tradizionali. Tale processo, che ha investito numerosissimi istituti (su tutti, si pensi alla famiglia),[26] ha impresso un rinnovato impulso all'ordine pubblico, tanto che studi recenti sono stati dedicati all'argomento. In particolare, il riferimento va al cd. ordine pubblico internazionale: un concetto che per molti è di diritto interno (già presente nel cod. civ. 1865), che per autorevole dottrina mantiene una chiara vocazione identitaria,[27] ma che altra parte vorrebbe rimodellare, rendendolo contenutisticamente recessivo, permettendo un'automatica penetrazione di istituti esterni ed anche vietati nell'ordinamento interno (ad es. la maternità surrogata), parlandosi anche di ordine pubblico globalizzato[28] e ritenendo alcuni diritti riconosciuti in carte

---

Ordine pubblico, in G. PERLINGIERI – F. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 317 ss.

[25] P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss.

[26] C. SARACENO – M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 2013, *passim*; M. BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto*, Bologna-Milano, 2000; G. MARINI – M.R. MARELLA, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

[27] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 69.

[28] Commentando un'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui danni punitivi (Cass., 16 maggio 2016, n. 9978) scrive L. NIVARRA, *La Cassazione e il*

sovranazionali, come la CEDU, fungere da contro-limite all'ordine pubblico.[29] La nozione di ordine pubblico internazionale[30] (ed i suoi rapporti con l'ordine pubblico interno) è stata magistralmente ricostruita nel volume di Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale* del 2019 che affronta il tema da un punto di vista multidisciplinare, ormai

---

punitive damage*: un mondo piccolo per grandi danni*, in L. NIVARRA (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, p. 5 ss. che "(…) l'ordinanza accoglie una nozione minimale di «ordine pubblico», del tutto in linea con lo spirito dei tempi. La globalizzazione, infatti, impone il passaggio da un uso performativo del filtro ad un suo uso, per così dire, residuale. (…) se la *Weltansschauung* è unica («i valori del mondo occidentale»), la circostanza che una loro indiretta applicazione (o una loro non palese effrazione) si consumi, oggi in Florida, o, domani, in qualsiasi altra parte del mondo, non può rivestire alcun peso là dove si tratti di radicarne gli effetti all'interno di uno spazio giuridico che, ormai, solo incidentalmente si distingue da quello di origine" (p. 6-7). L'Autore utilizza la metafora del *cloud* assiologico "che, al pari di quello informatico, galleggia sulle teste di noi occidentali consentendoci di parlare un'unica lingua giuridica e morale". Si veda altresì, M. GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici: ovvero il giurista e la politica del diritto*, in giustiziacivile.com, che, dopo aver ricordato la distinzione tra atto di riconoscimento ed atto di posizione ritiene che "il diritto della contemporaneità (…) va sempre più in direzione degli atti di riconoscimento, lasciandosi alle spalle gli atti di posizione" (p. 10). La vicenda del riconoscimento della sentenza straniera che condanna ai danni punitivi può essere ricostruita (anche) attraverso i contributi di Guido Ponzanelli. Cfr. G. PONZANELLI, *I* punitive damages *nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.; ID., *Danni puntivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1461 ss.; ID., *I danni punitivi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 25 ss.; ID., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio (nota a Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781)*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 609 ss.; ID., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1195 ss.; ID., *Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 837.

[29] La tesi dei diritti di origine sovranazionale quale contro-limite all'ordine pubblico è criticata nel volume di Perlingieri e Zarra. Cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 66 ss. (in part., p. 68).

[30] In tema di ordine pubblico internazionale, si veda anche il contributo di V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

indispensabile per il giurista che si avvicina al tema dell'ordine pubblico.[31]

Non mancano, poi, studi recenti che ricostruiscono la nozione di ordine pubblico alla luce della legislazione e delle sentenze dell'Unione Europea: si segnala, in proposito, la monografia di Ornella Feraci del 2012, dal titolo *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*. Questo nuovo interesse per l'ordine pubblico è determinato anche dalla pluralità delle fonti e dallo spirito di apertura del nostro ordinamento ai sensi degli artt. 10, 11, 117, comma 1 Cost., sì che è necessario ed indefettibile una meditata armonizzazione delle fonti.[32] L'indagine deve dunque porsi anche alla luce dei numerosi atti emanati dall'Unione Europea,[33] e dalla giurisprudenza sovranazionale (tanto della Corte di Giustizia che della Corte EDU): è evidente che nella definizione e nel ruolo dell'ordine pubblico possa incidere il processo di integrazione europea tanto che in dottrina non mancano le ricostruzioni circa un ordine pubblico dell'Unione Europea.[34]

Da ultimo, poi, si segnala il recente saggio di Mario Barcellona apparso su Europa e Diritto Privato.[35]

2. La nascita di un concetto.

[31] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., *passim*.
[32] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, II ed., 1991.
[33] Nel diritto internazionale privato, si suole distinguere tra l'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria. Cfr. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e obbligazioni*, V ed., Torino, 2010, p. 262 ss.
[34] Sul tema, cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, *passim*.
[35] Cfr. M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2020, p. 925 ss.

Molti Autori[36] ritengono che la risposta alla domanda contenutistica dell'ordine pubblico passi, necessariamente, attraverso un'analisi storica che, se pure essa non possa condurre a risultati definitivi, costituisce una necessaria premessa, potendo l'interprete trarvi spunti e direttive. Ad esempio, per Attilio Guarneri l'ordine pubblico «altro non è se non ciò che è stato»,[37] conducendo un'analisi storica e comparata della nozione di ordine pubblico, ritenendo peraltro indispensabile scendere nella materialità, esaminando le fattispecie che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto essere connotate da prestazioni illecite.[38] Anche per Giovanni Battista Ferri, la ricerca non può che prendere avvio dalla storia e dall'evoluzione degli istituti.

---

[36] In tal senso, cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 32, 38-40; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 1 ss.

[37] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 4.

[38] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 3 ss.: "Occorre, invece, abbandonare decisamente l'illusione "concettuale" che ci fa pensare all'ordine pubblico come a un quid esistente in rerum natura e ci fa credere che compito dell'interprete sia quello di dare l'esatta definizione del concetto capace di scoprire la "vera" natura di ciò che viene definito. E così, superati i condizionamenti che ancora oggi ci vengono dal criptogiusnaturalismo e dal neorazionalismo della Pandettistica, *consapevoli della assoluta necessità di una prospettiva storica* e quindi convinti che l'ordine pubblico altro non è se non ciò che è stato, non possiamo non recepire l'aureo insegnamento metodologico di Giorgi. Questi, dopo aver manifestato i suoi dubbi circa l'utilità pratica di una definizione dell'ordine pubblico con cui non si uscirebbe dal vago e dall'indefinito e non si farebbe che esporre con altri vocaboli qualcosa di per sé apertissimo all'intelligenza di tutti, afferma che "«apparirà facilmente come il metodo più sicuro per fissare l'idea delle prestazioni contrarie ai buoni costumi e all'ordine pubblico sia quello di scendere nelle *materialità*; ed astenendosi da precetti teorici, che qui non troverebbero luogo opportuno, esaminare le fattispecie più notevoli, dove la dottrina e la giurisprudenza hanno ravvisato la prestazione illecita…»".

Ferri – cui si allineerà tutta la civilistica successiva[39] – individua nella codificazione napoleonica[40] l'atto di nascita della concezione moderna di ordine pubblico.[41] Fu infatti l'art. 6 del codice civile dei

[39] Si consideri, tuttavia, che il volume del Ferrara sr. riporta tutto il dibatitto che si è avuto anche prima della codificazione napoleonica, risalendo addirittura a due massime presenti nel diritto romano: *privatorum pactio iuri publico non derogat* e *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Nel volume del Ferrara si ricorda poi la posizione di Bartolo da Sassoferrato, dell'Alciato, del Cuiacio per giungere al diritto antico francese ricordando poi l'opera di Domat e Pothier. Se il primo menziona l'ordine pubblico il secondo non fa accenno "all'ordine pubblico, come un concetto a sé, distinto da quello di leggi". Cfr. F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 41-47. Ripercorre l'evoluzione anche A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 5 ss. concentrandosi su modelli precodicistici francesi (p. 9 ss.). Per Guarneri "sarebbe esagerato assegnare a Domat il merito di aver edificato in modo consapevole e coerente, una dottrina dell'ordine pubblico". Guarneri ricorda tuttavia come Domat "è comunque il primo autore che presenti ai suoi lettori la nozione di ordine pubblico e la nozione di ordine della società, che mostra di considerare sinonima della prima" (p. 11). L'ordine della società era per Domat sinonimo di pace sociale, identificandosi con quello che oggi si chiama ordine pubblico amministrativo. Ricorda sempre Guarneri che con l'altro grande giurista francese, Pothier, "l'ordine pubblico ritorna in ombra" (p. 12). Anche Mario Barcellona ricorda il pensiero di Domat sull'ordine pubblico affermando che: "Solitamente si fa risalire a J. Domat l'evocazione di un dispositivo simile a quello dell'ordine pubblico, inteso a porre limiti all'autonomia dei privati". Cfr. M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 926. Lo studioso rileva che l'ordine pubblico, nel pensiero di Domat, veniva collegato al diritto naturale corrispondente all'ordine sociale.

[40] Tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, era emersa con lo Stato moderno la forza della legge dello Stato ed il fenomeno del positivismo giuridico. Sulla codificazione, si rinvia a G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 31 ss.

[41] Scrive G.B. Ferri che "La formula «ordine pubblico» ha una data di nascita sufficientemente precisa: essa appare per la prima volta nella codificazione napoleonica e viene inserita, non senza incertezze e contrasti, nel codice civile". Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 45. Lo stesso, F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 46. Tuttavia, si consideri che con riferimento al diritto internazionale privato, invece, la nozione

francesi – il *code Napoléon* –[42] a parlare per primo di ordine pubblico, non potendo le convenzioni particolari derogare alle leggi che riguardassero l'ordine pubblico e il buon costume: "*On ne peut déroger, pas des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et le bonnes moeurs*". Inoltre, l'ordine pubblico si trovava anche nell'art. 1133 che disciplinava l'illiceità della causa (riferita allora all'obbligazione):[43] "*La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*". È evidente allora che l'ordine pubblico costituiva tanto un limite all'autonomia dei privati (art. 6) che un limite alla meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1133). Il codice napoleonico, nelle due disposizioni richiamate, non poneva tuttavia una norma di diritto internazionale privato come farà, invece, di lì a poco, il codice civile del 1865.

Le prime applicazioni giurisprudenziali dell'ordine pubblico nel sistema francese hanno riguardato il diritto patrimoniale e non, invece, quello non patrimoniale. Così, le prime sentenze hanno ritenuto affette da nullità tanto le convenzioni di coalizioni quanto i patti di non

---

di ordine pubblico era già presente. Sul punto, cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p. 5 ss.

[42] Sulla codificazione napoleonica, G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011; R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, 2006; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, II vol., Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, 2002; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto del codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

[43] La causa era riferita all'obbligazione, ed in particolare l'art. 1131 del *code Napoleon* prevede l'inefficacia della obbligazione senza causa: "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet".

concorrenza eccessivamente onerosi.[44] In entrambi i casi fu ritenuto violato l'ordine pubblico ora in quanto espressione della libertà di concorrenza, ora perché espressione di libertà economica individuale che non poteva essere eccessivamente limitata. Al contrario, le disposizioni convenzionali che operavano al di fuori dei rapporti patrimoniali, implicanti una eccessiva limitazione della libertà personale, vennero reputate contrarie non tanto all'ordine pubblico quando alla legge o ai buoni costumi.[45] In questa operazione di politica del diritto, Attilio Guarneri rintraccia "un corollario dell'equazione ordine pubblico-tutela delle libertà economiche, la cui positivizzazione [è] data dalla Rivoluzione francese".[46]

La nozione di ordine pubblico viene poi recepita dal codice civile del 1865, di chiara ispirazione napoleonica, tanto da indurre alcuni studiosi parlare di mera traduzione.[47] Esso dedica due articoli all'ordine pubblico: il primo, in tema di contratti, con l'art. 1122 cod. civ. 1865 che prevedeva l'illiceità della causa. Causa che, nel sistema del 1865 era pur sempre riferita all'obbligazione, tanto che l'art. 1104 poneva tra i requisiti per la validità della stipulazione la sussistenza di una "valida causa per

---

[44] Ne offre una ricostruzione, A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 14 ss. che ricorda la sentenza della Corte d'Appello di Bourges dell'11 agosto 1826 (caso Enfert contro Bonneau-Letang). Il giudice dichiarò nulla, perché idonea a nuocere all'ordine pubblico, il contratto stipulato tra otto dei nove fabbricanti di maiolica presenti a Nevers che si erano impegnati ad affidare la totalità della loro produzione ad una commissione composta a turno da tre dei fabbricanti e che era preposta anche alla fissazione del prezzo. In Cassazione venne poi stabilita la liceità della convenzione poiché i partecipanti erano stati assolti dal reato di cui all'art. 419 cod. pen. (che vietava le coalizioni) e, identificando la violazione dell'ordine pubblico con la violazione delle norme inderogabili (in questo caso l'art. 419 cod. pen.), ritenne lecita la convenzione poiché non era stata violata tale norma.

[45] A. GUANERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 23.

[46] A. GUANERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 24.

[47] Sulla influenza che il codice civile napoleonico abbia avuto sulla codificazione italiana del 1865 sul codice Pisanelli, cfr. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 1979, p. 189 ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia,* Roma-Bari, 1985, p. 18 ss.

obbligarsi", considerando inefficace l'obbligazione *senza causa* o *fondata su causa illecita*. Proprio la illiceità, ai sensi dell'art. 1122, era costituita dalla contrarietà "alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico". Ancora: il secondo articolo in tema di ordine pubblico era l'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale per cui: "Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume". Si trattava di una disposizione di diritto internazionale privato, vera novità rispetto alle due disposizioni del codice napoleonico. In sostanza, nel codice del 1865 l'ordine pubblico era così richiamato tanto da una disposizione di diritto interno quanto da una disposizione di diritto internazionale privato.

Individuata così la data di nascita dell'ordine pubblico nella codificazione napoleonica[48] – a differenza del buon costume, che ha tradizioni più antiche che si collegano ai *boni mores* dell'antica Roma[49] – Ferri spiega l'utilizzo di questa formula, composta dal sostantivo ordine e dall'aggettivo pubblico. La sua introduzione, comunque, non trovò unanimità di consensi, anche per le aspre discussioni nei lavori preparatori al codice civile dei francesi,[50] come ricordato anche da Francesco Ferrara *senior*. L'introduzione era legata all'intenzione del

[48] Si consideri, tuttavia, che Francesco Ferrara sr. operò una ricostruzione storica dell'ordine pubblico dal diritto romano all'antico diritto francese, passando attraverso il diritto intermedio. Cfr. F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., pp. 42-50.

[49] Già in un celebre frammento di Papiniano si delineava il concetto di buon costume: "quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundium nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos credendum est" (L. 15 D. 26, 7). Ferrara parlava di concetto "ondeggiante ed inafferrabile". Cfr. F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 25 ss.

[50] La ricostruzione storica si trova nel libro di Francesco Ferrara che partendo, come sopra detto, dalle discussioni precedenti alla codificazione (le tesi di Beaumanoir, di Domat e di Pothier), ripercorre poi la vicenda dei progetti al codice civile del 1804. Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 45 ss.

codificatore napoleonico di riportare l'*ordine* dopo il *disordine* della rivoluzione, sostituendo lo spirito rivoluzionario con lo spirito delle leggi. Insomma: nella clausola di ordine pubblico si condensavano i valori caratterizzanti la rivoluzione, in essa stava la sintesi del nuovo ordine.[51] Come ricorda Ferri, nel periodo napoleonico, la Francia era uno stato autoritario e, pur se il codice civile in conformità all'ideologia del pensiero liberale riconosceva determinate libertà al cittadino, non poteva non prevedere (anche) limiti a dette libertà affinché quella società "nuova", nata e modellata dalle cruente lotte rivoluzionarie, potesse essere salvaguardata. In questi termini, ogni convenzione che si fosse posta in contrasto con l'ordine pubblico avrebbe costituito un potenziale attentato alle stesse basi politiche su cui si fondava il nuovo Stato. Da qui l'emersione del concetto di ordine pubblico quale limite alla autonomia privata e alla meritevolezza dell'interesse perseguito. Non vi sono certezze sul perché venne introdotta all'interno del codice napoleonico[52] la nozione di ordine pubblico nel sistema dei limiti all'autonomia contrattuale ma secondo alcuni ciò riassumeva «le conquiste della Rivoluzione francese in tema di soppressione dei vincoli feudali sulle

[51] Scrive M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 926 ss.: "(…) l'ordine pubblico è figlio di un tempo nel quale si pensa l'ordine come un *quid* in atto, come un assetto delle relazioni sociali, che va protetto verso il ritorno di un altro ordine. (…) l'ordine pubblico come assetto delle relazioni sociali viene alla ribalta solo nel corso dei lavori per la formazione del *Code* chiamato a sviluppare i principi della Rivoluzione del 1789, e cioè quando un nuovo ordine si era appena insediato e doveva essere protetto dai sussulti e dalle minacce dell'Antico regime".

[52] Sempre Mario Barcellona ricorda che la formula dell'ordine pubblico, nella codificazione francese del 1804, venne definitivamente messa a punto nel progetto redatto da Bigot-Promeneu, Maleville, Portalis, Trochet. Così, nel codice, l'ordine pubblico appariva, oltre che nell'art. 6 e nell'art. 1133, anche nell'art. 686 in tema di servitù, ove la libertà di istituire servitù di carattere strettamente fondiario era consentita a patto che non si ponesse in contrasto con l'ordine pubblico. Cfr. M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 927.

cose e sulle persone, dei maggioraschi, delle corporazioni di arti e mestieri, della venalità degli uffici».[53]

Così i diversi limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico – vuoi l'ordine pubblico con riferimento ai contratti; vuoi la pubblica utilità con riferimento al diritto di proprietà – per Ferri nacquero proprio in funzione del riconoscimento della libertà, della dignità e della personalità dell'individuo conquistate con le lotte rivoluzionarie volte a sovvertire le innumerevoli diseguaglianze dell'*ancien régime*, primi fra tutti i *privilèges de la noblesse* e *de le clergé*.[54] L'ordine pubblico rappresentava così la base politica sulla quale lo Stato doveva porsi, la concezione fondamentale alla quale lo Stato si ispirava. Considerando che le conquiste alla base della Rivoluzione francese concernenti l'individuo ed il rispetto dei diritti fondamentali, sono nell'interesse di tutti, si impongono al rispetto di tutti e non possono essere sacrificate su basi pattizie. I principi che tali conquiste esprimono realizzano un interesse generale ma non è l'interesse generale dello Stato ma degli individui insito nelle posizioni soggettive ad essi attribuite.

---

[53] Cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 13. Peraltro, questa non è l'unica ipotesi formulata dall'Autore. Infatti, accanto a questa ipotesi, vi è quella per cui l'ordine pubblico sarebbe stato introdotto «per mera ridondanza» e cioè per riaffermare la forza delle leggi dello stato ovvero per impedire una serie di convenzioni consuete nell'epoca intermedia incompatibili con lo stato moderno (come il commercio di cariche pubbliche). Altra ipotesi è quella che ritiene l'ordine pubblico il riflesso di altre clausole generali presenti nelle dottrine di Domat e Pothier.

[54] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 928: "[al]l'art 1133 (…) spetta, dunque, il duplice ruolo di fare argine contro ogni tentativo di restaurazione dell'ordine feudale e di precludere la sopraffazione del nuovo ordine rivoluzionario per via negoziale attraverso il ricorso al diritto naturale". Lo stesso Barcellona ricorda come l'ordine pubblico già all'indomani della codificazione svolgeva la funzione di "render più stringenti le maglie eventualmente troppo lasche delle norme imperative e, se del caso, a trarre dai principi positivi della legislazione i divieti che questa avesse mancato di rendere espliciti". M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 929.

È opportuno tuttavia ricordare che lo Stato napoleonico fu uno Stato autoritario: numerose furono le limitazioni imposte alle libertà quali la libertà personale, l'inviolabilità della corrispondenza, di associazione, di stampa, ecc. La nascita del codice civile – sintesi dell'ideologia liberale – maturò proprio in uno stato autoritario in cui le libertà – formalmente dichiarate – erano sottoposte a forti limitazioni (si pensi, ad esempio, al controllo sulla corrispondenza) e dunque proprio sotto Napoleone si realizzò solo *parzialmente* lo Stato di diritto. Ferri riconosce tuttavia a Napoleone la lungimiranza di superare le follie dei primi rivoluzionari, comprendendo che lo Stato deve godere della fiducia dei cittadini, così che tutti siano uguali dinanzi allo Stato (avendo soppresso le corporazioni, i privilegi della nobiltà, l'incomunicabilità tra stati sociali). Il codice napoleonico è dunque conforme allo spirito liberale: sicché l'individuo gode dei suoi diritti naturali fondamentali, in una società basata sui diritti dell'uomo come tale, quali la proprietà privata e la libertà economica.[55]

[55] Pochi anni prima della codificazione, il periodo rivoluzionario era stato caratterizzato da fasi radicali e violente, che sovvertirono l'architettura sociale, politica e culturale dell'*Ancien Régime*. Proprio appena scoppiata la Rivoluzione, qualche giorno dopo la presa della Bastiglia, era stata promulgata la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (agosto 1789), che dette un compiuto senso ai valori fondamentali di *liberté*, *fraternité* ed *égalité* per i quali i *citoyens* (in particolare il popolo del *tiers état*) stavano lottando. Dopo un periodo così agitato, andava ristabilito un ordine. Il diritto civile venne così subordinato alla ragione di Stato e alla legge politica. Per un approfondimento giuridico, sociale e storico sulla Rivoluzione francese, si vedano G. LEFEBVRE, *La rivoluzione francese*, Torino, 1958, *passim*; G. DEL VECCHIO, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le Révolution française: contributions à l'histoire de la civilisation européenne*, Paris, 1968, *passim*; G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002, *passim*. Sono famose le parole dell'abate Emmanuel Joseph Sieyes nel *pamphlet* sul Terzo Stato: "Che cosa è il terzo Stato? Tutto. Che cosa è stato finora nell'ordinamento politico? Nulla. Che cosa chiede? Chiede di essere qualcosa". Il famoso *pamphlet* fu pubblicato, anonimo, nel 1789 e rappresenta un manifesto contro i privilegi nobiliari e l'assolutismo. Cfr. E. J. SIEYÈS, *Il Terzo Stato*, Roma, 1972.

3. L'ordine pubblico nel sistema del codice civile.

Nel codice civile del 1942 l'ordine pubblico costituisce il criterio di determinazione della sfera del giuridicamente lecito. Il concetto di ordine pubblico, quello moderno, nato nell'Ottocento con il codice napoleonico e recepito poi nella codificazione del 1865, veniva ad assumere un ruolo centrale nella codificazione del 1942, testimoniato anche dalla *crescita quantitativa* delle norme che richiamano appunto l'ordine pubblico. Da un punto di vista diacronico, vi è dunque una identità semantica del termine ordine pubblico anche se diverso è il significato da attribuire a tale espressione in seguito all'evoluzione storica dell'ordinamento. Non è un caso, infatti, che dottrina e giurisprudenza, discorrano di *concetto relativo e storico, variabile nello spazio e nel tempo, il cui contenuto emerge attraverso una concretizzazione giudiziale.* In questi termini, Ferri rileva le difficoltà per determinare il contenuto ed i contorni della nozione: ciò è dovuto anche al fatto che nel codice civile manca una definizione tanto di ordine pubblico quanto di buon costume. Si può dunque affermare che se la clausola generale dell'ordine pubblico rimane nominalmente identica nelle diverse codificazioni, il suo contenuto e la sua funzione possono mutare.[56]

L'art. 1343 cod. civ. ritiene illecita la causa – elemento essenziale del contratto ex art. 1325 cod. civ. – quando essa sia contraria alle norme imperative, all'ordine pubblico ovvero al buon costume: per la validità del contratto è necessaria dunque la liceità della causa. L'architrave della costruzione codicistica sulla causa è rappresentato proprio dall'art. 1343 cod. civ. che, come è noto, prevede un modello tripartito, ritenendo illecita la causa – e dunque nullo il contratto – quando essa è contraria non solo all'ordine pubblico ma anche a norme imperative o al buon costume. Si può aggiungere che il regime della nullità per illiceità non è sempre il medesimo: basti pensare al regime delle restituzioni da

[56] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 106: "Col mutare delle esperienze storiche, istituti, concetti, strumenti, tecniche giuridiche, pur rimanendo *nominalmente identici*, mutano la loro funzione, s che talvolta servono a *scopi diametralmente opposti* a quelli per i quali in precedenza venivano adoperati".

contratto illecito perché immorale ovvero perché contrario all'ordine pubblico. Solamente nella prima ipotesi, vige il regime dell'irripetibilità della prestazione *ob turpem causam*[57] poiché secondo parte della dottrina solo la prestazione eseguita sulla base di un contratto immorale (e non anche di uno la cui causa si ponga in contrasto con l'ordine pubblico o con le norme imperative) è irripetibile ai sensi dell'art. 2035 cod. civ.[58]

---

[57] Sul tema, si rimanda al fondamentale studio di P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss. Si consideri che sono essenzialmente tre le proposte ricostruttive sull'irripetibilità della prestazione immorale e dunque sul fondamento dell'art. 2035 cod. civ. La prima fonda l'irripetibilità sulla *ratio* del principio *in pari causa turpidudinis melior est condicio possidentis*. In questi termini, si esclude dalla tutela giudiziaria conseguente all'esercizio dell'azione *ex indebito* colui che, per goderne, dovrebbe allegare il fatto della propria immoralità (cfr. S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione "ob turpem causam"*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 697 ss.; ID., *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 270 ss.). La seconda fonda l'irripetibilità come reazione dell'ordinamento all'abuso della pretesa restituoria da parte del *solvens*, ove egli abbia retribuito una prestazione illecita perché incommerciabile oppure consistente in un *facere* illecito (P. RESCIGNO, *In pari causa*, op. cit., p. 1 ss.; D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 495 ss., in part. p. 500). La terza individua nell'art. 2035 cod. civ. una tecnica deterrente nel senso che con la regola dell'irripetibilità si vorrebbe disincentivare tanto la conclusione del contratto illecito che la sua attuazione (G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19 ss., in part. p. 32 ss.). Ricostruiscono questo dibattito, F.P. PATTI, *«In pari causa turpitudinis», cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, vol. II, Napoli, 2018, p. 1537 ss.; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 100 ss. (in part., p. 106 ss.).

[58] Scrive G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 96: "La legge mostra di considerare i due concetti [ordine pubblico e buon costume] come nozioni autonome e, se pur li usa congiuntamente, li collega con una *o* disgiuntiva (art. 31 Disp. gen. c.c. e art. 1343 c.c.) quasi per contrapporli; e se anche, in entrambi i casi di contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, la causa è illecita (art. 1343 c.c.) e il negozio è nullo (art. 1418 c.c.), non è identico, nelle due ipotesi, il regime della nullità; così, non a caso, l'irripetibilità della prestazione (di cui all'art. 2035 c.c.) può trovare applicazione in materia contrattuale, soltanto se la causa (secondo quanto dispone la precisa ed univoca formula dell'articolo

L'illiceità non si rintraccia solo nell'art. 1343 cod. civ.: si rifletta sull'art. 1345 e 1346 cod. civ. che disciplinano, rispettivamente, l'illiceità del motivo e dell'oggetto. In tutte queste ipotesi di illiceità (causa, motivo ed oggetto), l'art. 1418, comma 2, cod. civ. che disciplina le cd. nullità strutturali, ne stabilisce la nullità. Sempre in materia contrattuale, i criteri di liceità vengono richiamati anche nell'elemento accidentale rappresentato dalla condizione poiché la condizione illecita – tanto sospensiva quanto risolutiva, vuoi contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume – sulla scorta del principio latino del *vitiatur et vitiat* – rende nullo l'intero contratto (art. 1354, comma 1, cod. civ.).

Ancora: l'ordine pubblico si trova anche al di fuori della materia contrattuale. Così, in materia testamentaria, l'art. 634 cod. civ. prevede la illiceità della condizione testamentaria (sospensiva o risolutiva).[59] In

---

citato) sia illecita perché immorale. Tale ripetizione deve, invece, ritenersi, nel silenzio del codice, ammissibile quando la causa sia illecita perché contraria all'ordine pubblico".

[59] Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2674 ss. con nota di G. PAONE. Per la sentenza "è illecita, in quanto contraria all'esplicazione della libertà matrimoniale, la condizione che subordini l'efficacia di una disposizione testamentaria alla circostanza che l'istituito contragga matrimonio; pertanto essa si considera come non apposta, tranne che abbia rappresentato l'unico motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale deve considerarsi nulla la disposizione testamentaria". La Cassazione, oltre agli artt. 2 e 29 Cost., ha richiamato espressamente l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'art. 12 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e l'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea nonché alcune sentenze della Corte Costituzionale, secondo cui il vincolo matrimoniale è frutto di libera scelta auto-responsabile, sottraendosi quindi ad ogni forma di condizionamento, anche indiretto (Corte Cost., 22 gennaio 1992, n. 1, in *Foro it*., 1992, I, c. 297, Corte Cost., 13 dicembre 1991, n. 450, in *Foro it*., 1992, I, c. 1). La suddetta sentenza si può leggere anche in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 415 ss., con nota di D. ACHILLE ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1048 ss. con commento di V. VERDICCHIO, *Sulla illiceità della condizione testamentaria di contrarre*

particolare, tanto le condizioni testamentarie impossibili che quelle illecite (nella formulazione ex art. 1343 cod. civ. quindi contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume) si considerano non apposte – e dunque l'illiceità non comporta nullità – precisando tuttavia che l'illiceità del motivo rende nulla la disposizione testamentaria se il motivo risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre (art. 626 cod. civ.). La regola è che la violazione dell'ordine pubblico nella condizione testamentaria si considera come non apposta.

L'ordine pubblico compare anche in materia di responsabilità per inadempimento nell'art. 1229 cod. civ.[60] Nel primo comma si stabilisce la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. Nel secondo si afferma la nullità di patti preventivi di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico: si tratta dell'unica norma nella quale si fa riferimento a "norme" di ordine pubblico, così richiamando il collegamento con le leggi di ordine pubblico presente in alcune disposizione dei codici ottocenteschi e nel quale l'ordine pubblico sembra collegarsi a leggi che si qualificano come tali.

Ancora: in materia di persone, nell'art. 5 cod. civ. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.[61]

---

matrimonio. Sul tema, si veda B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, *passim*.

[60] Cfr. Cass., 7 maggio 1992, n. 5421, in *Foro it.*, 1993, I, c. 878 ss. "Le pattuizioni che richiamano la clausola n. 2 delle norme bancarie uniformi per il servizio di cassette di sicurezza del 1976 [quella, cioè, che prevede il divieto, per il cassettista, d'introdurre in essa valori eccedenti una soglia predeterminata], assolvendo ad una funzione meramente limitativa della responsabilità bancaria, costituiscono valida espressione dell'autonomia contrattuale dei paciscenti in ipotesi di colpa lieve dell'*argentarius*, mentre contrastano con il principio di ordine pubblico nel caso di dolo o colpa grave dello stesso".

[61] Un'applicazione dell'art. 5 cod. civ. si trova in una recente sentenza della Cassazione penale. Si legge in Cass., 2 ottobre 2019, n. 590: "Non ha efficacia scriminante il consenso eventualmente prestato dalla vittima alle lesioni che le

siano state inferte al fine di commettere una frode assicurativa, attesa la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, ai sensi dell'art. 5 cod. civ., di atti di disposizione del proprio corpo volti a farne l'oggetto di un mercimonio, attraverso la promessa o la corresponsione di denaro in cambio di una menomazione dell'integrità fisica, ovvero di abusi funzionali al perseguimento di un vantaggio ingiusto, attraverso l'asservimento della menomazione al compimento di un atto illecito o fraudolento". In particolare, la sentenza ha proposto una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 cod. civ. Si legge in motivazione che: "Si rende, perciò, necessaria una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 cod. civ. che ha condotto la dottrina e la giurisprudenza a mettere in disparte quelle diminuzioni permanenti dell'integrità fisica finalizzate al mantenimento o al ristoro della salute (mutamento di sesso), all'autodeterminazione procreativa (sterilizzazione) o di solidarietà disinteressata (donazioni di organi e tessuti), intesa quale benessere complessivo dell'individuo. In definitiva, assume particolare rilievo la funzione sociale e (economicamente) disinteressata dalla menomazione fisica che costituisce la ragione giustificatrice della libertà dispositiva in una visione costituzionalmente orientata. Infatti, una parte della dottrina ha evidenziato, con riguardo all'ipotesi di auto-lesione, che tali atti dovrebbero considerarsi illeciti quantomeno nel caso in cui vadano a ledere gli interessi di terzi estranei, come ad esempio accade nel caso di auto-lesione procuratasi per evitare il servizio militare o per frodare un'assicurazione contro gli infortuni. In tale ottica, la dottrina ha ricordato che «l'ordine pubblico» richiamato dall'art. 5 cod. civ. rappresenta una clausola generale soggetta a continue evoluzioni e condizionamenti storici e quindi avente contenuto relativo, tanto che è proprio tale elasticità che ne fa uno strumento in grado di garantire l'ordinata e coerente forza di coesione che unisce diversi istituti di uno stesso ordinamento giuridico in funzione dei generali e fondamentali interessi della collettività. Pur non rinvenendosi particolari riflessioni sul punto in dottrina e giurisprudenza, si deve concludere per l'affermazione di una «versione mite» della predetta clausola generale che, perciò, non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo in funzione delle superiori esigenze dello Stato, ma pone limiti all'autonomia dei privati per il rispetto di diritti fondamentali dell'individuo e del consesso sociale. L'art. 5 cod. civ. – che, in ottica costituzionale, fa assurgere al rango di «libertà» il potere di disporre del proprio corpo – diviene espressione, in ragione della funzione sociale dell'individuo e della necessità di tutelare i fondamentali diritti costituzionali della libertà personale e della salute, del generale divieto dell'abuso del diritto, tanto che la clausola dell'ordine pubblico, insieme a quella del buon costume, operano come ostacolo a quegli

È importante notare che Ferri ritiene che l'ordine pubblico trovi applicazione non solo con riferimento all'attività negoziale ma anche

---

atti dispositivi che risultino inaccettabili dal punto di vista dei parametri costituzionali perché mercificano il corpo umano, mediante la promessa o la corresponsione di denaro per la menomazione fisica, ovvero di tale corpo abusano per un fine di illecito vantaggio, essendo, dunque, la menomazione finalizzata a compiere un atto illecito e fraudolento". Si consideri, inoltre, che per Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 se il rifiuto alle cure è informato, autentico ed attuale non può essere disatteso in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. La sentenza è così massimata: "In tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita; di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale; ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico; né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale". Sempre la giurisprudenza penale ha invece collegato alla contrarietà al buon costume, il consenso prestato all'iniezione di eroina. Cfr. Cass., 4 marzo 1992, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Cause di non punibilità*, n. 5: "A norma dell'art. 5 cod. civ. gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; ne consegue che, ai fini della configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale, il consenso prestato ad una iniezione di eroina, che ha provocato effetti letali, e che è indubbiamente contro il buon costume e comunque contro la legge (posto che le iniezioni per endovena sono praticabili solo da personale sanitario qualificato) è un consenso non valido e non atto a scriminare il reato precitato".

all'attività non negoziale.[62] Con una precisazione in merito ai rimedi: se ad essere illecita è l'attività negoziale, allora il rimedio è la nullità del contratto; se ad essere illecita è, invece, l'attività non negoziale, allora il rimedio potrà essere il risarcimento del danno, giammai la nullità.[63]

Nel sistema codicistico del 1942, l'ordine pubblico si trova anche nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. posto in rilievo come *limite* all'applicazione della legge straniera o del riconoscimento del provvedimento formato all'estero. All'ordine pubblico internazionale si ricorre quando la fattispecie presenta un elemento di estraneità: in questi casi "l'ordine pubblico in materia internazional-privatistica ha la funzione di valutare situazioni con elementi di estraneità ed il discrimine che opera è in termini di efficacia-inefficacia e non di validità di atti".[64]

Si consideri che in dottrina, Mario Barcellona, ritiene – si vedrà meglio più oltre – che anche durante l'epoca fascista dell'ordine pubblico (interno) ne è stato fatto un utilizzo *ortodosso*, nel senso che non è stato "politicizzato" (come ritiene, invece, gran parte della dottrina), svolgendo invece la funzione di proteggere e conservare la legalità istituita, seppur questa avesse assunto nuovo connotati.[65] Ricorrendo all'utilizzo di una metafora, per Barcellona è (e rimane sempre) una "pompa che dà pressione all'acqua dell'ordinamento e le consente di irrorare dove diversamente avrebbe difficoltà a giungere. Mentre la qualità dell'acqua

---

[62] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 207: "Sarebbe, tuttavia, farsi un'idea eccessivamente angusta e, sotto certi aspetti, inesatta di queste categorie, volerle considerare soltanto nell'ambito dell'attività negoziale".

[63] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 206: "Ordine pubblico e buon costume operano dunque con riguardo all'intero campo dell'agire autonomo dei privati, non soltanto in quello dell'attività negoziale. Indubbiamente le conseguenze che derivano da una loro violazione non sono in tutti i casi le stesse: alla sanzione della nullità, necessariamente limitata al campo delle attività negoziali, fanno riscontro, rispetto alle attività non negoziali, sanzioni di natura diversa: quella civile del risarcimento del danno o anche sanzioni penali".

[64] Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, *passim*. Si veda altresì, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, *passim*.

[65][65] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 933 ss.

costituisce, con ogni evidenza, un discorso affatto diverso".[66] In questi termini, per Barcellona è proprio per questo che dopo la caduta del fascismo "mentre tutto cambia niente cambi per l'ordine pubblico".[67] Se è vero, infatti, che il quadro normativo muta i contenuti dell'ordine pubblico (basti pensare alla abrogazione delle leggi corporative), non è modificato né il significato, né la funzione, né la tecnica: "pompa era e pompa resta, anche se è cambiata l'acqua che ora sospinge e distribuisce".[68] Insomma, per Barcellona, l'ordine pubblico anche all'indomani della caduta del regime, assolve alla "funzione di dispositivo che assorbe tutta la linfa che via via storicamente si produce nell'ordinamento per portarla là dove questo ha mancato di farla pervenire".[69] Tuttavia, come ricorda sempre Barcellona, la giurisprudenza fino agli anni '70 fece "un uso molto parsimonioso" dell'ordine pubblico, mettendo cioè in opera l'ordine pubblico "solo in pochissime occasioni e sempre per ribadire principi iscritti nell'ordine liberale".[70]

4. L'ordine pubblico tra Francia e Germania.

[66] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 935.
[67] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 935.
[68] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 935.
[69] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 936.
[70] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 937-938. L'Autore ricorda, in particolare, cinque sentenze che dichiararono la nullità per contrarietà con l'ordine pubblico: a) del patto volto a sollevare uno dei contraenti dalle sanzioni pecuniarie subite per aver violato la legge; b) del pagamento di una somma di denaro per essere assunti; c) della convenzione elettorale con cui il candidato si obbligava a cedere dietro compenso a cedere i propri voti ad altro candidato e a rinunciare all'elezione in favore di quest'ultimo laddove fosse eletto; d) del patto con cui un dipendente si obbligava dietro corrispettivo a lasciare il proprio posto di lavoro per favorire l'assunzione di altro lavoratore. Insomma: si ritenne illecito il mercanteggio del posto di lavoro, dei voti elettorali, delle sanzioni pecuniarie irrogate.

Stanti i limitati progressi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, molti sono gli Autori che nell'analisi dell'ordine pubblico svolgono un'analisi comparatistica dei formanti (legislativo, dottrinale, giurisprudenziale).[71] Lo stesso Ferri, allargando i confini, opera una ricostruzione di diritto comparato, attraverso l'analisi di alcuni ordinamenti giuridici: molti – ma non tutti – prevedono l'ordine pubblico che assume ora il nome di *ordre public*, ora di *öffentliche Ordnung*, ora di *public policy*. Da un lato, gli ordinamenti *franco-centrici* che, in continuità con la tradizione del codice Napoleone, prevedono l'ordine pubblico (il riferimento va all'Italia); dall'altro, gli ordinamenti *germano-centrici* che non lo prevedono anche se, attraverso clausole e formule dalla diversa terminologia, sembrano racchiudere i contenuti propri dell'ordine pubblico. La Germania, infatti, non menziona l'*öffentliche Ordnung* nel BGB, stante la critica mossa da Otto von Gierke durante i lavori preparatori per l'emanazione del codice civile tedesco.[72]

In ultima analisi, i due ordinamenti nei quali l'ordine pubblico assume una importanza primaria sono quello italiano e quello francese. L'ordinamento che per antonomasia prevede il concetto di ordine pubblico, tenendo conto anche che la moderna concezione dell'ordine pubblico è nata in Francia, è quello francese. Dato per scontato che l'ordine pubblico è un concetto di evidente ispirazione francese, Ferri ritiene che anche in quell'ordinamento le definizioni e le ricostruzioni del tema sono vaghe e generiche, individuando due distinte posizioni:[73] a) da un lato, quella che ricomprende nella nozione di ordine pubblico i fondamentali interessi della società; b) dall'altro, quella per cui nell'ordine pubblico devono essere ricompresi i principî fondamentali dell'ordine giuridico. È da queste due tesi, opposte, che si comprendono le difficoltà per la concretizzazione della clausola generale dell'ordine pubblico essendo evidente che aderire all'una piuttosto che all'altra determina lo spostamento dell'angolo visuale da cui prende corpo

[71] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 17 ss.; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico*, op. cit., *passim*.
[72] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 24 ss. (in part., p. 26); A. GUARNERI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 147 ss.
[73] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 18.

l'ordine pubblico. Se per la prima tesi, la concretizzazione parte dalla realtà sociale, dalla quale recepisce i contenuti tutelando valori *esterni* all'ordinamento giuridico (vuoi gli interessi di determinati gruppi sociali, vuoi gli interessi di individui), la seconda, invece, recependo i contenuti dalla realtà giuridica, tutela istituzioni, principî, caratteri dell'ordine giuridico, ed è dunque volta a salvaguardare valori *interni* dell'ordinamento giuridico.

Taluni Paesi, invece, non hanno "trasposto" l'ordine pubblico di tradizione napoleonica nei loro sistemi. Si può parlare di ordinamenti germano-centrici:[74] la Germania, rimanendo fedele all'*usus modernus pandectarum*, prevede nel *Bürgerliches Gesetzbuch*, il BGB, un modello bipartito parlando solo di legge e di buon costume (e non di ordine pubblico). Infatti, la cultura giuridica tedesca ottocentesca – la pandettistica – riprendendo le fonti romane riteneva nulli i contratti immorali, cioè quelli *contra bonos mores*, perché evidente era la illiceità per contrarietà alla morale.[75] In questi termini il negozio giuridico può essere nullo per contrarietà alla legge, ovvero al buon costume. Il § 138, Absatz 1 BGB[76] stabilisce la nullità del contratto contrario ai *gute Sitten*, cioè al buon costume: "*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten vertößt, ist nichtig*". L'ordine pubblico, in tedesco *öffentliche Ordnung* che, nel Progetto preliminare al codice civile era previsto dal § 106 insieme ai *gute Sitten* quale causa di nullità del negozio, venne espunto dall'approvazione definitiva per la paura che ingenerasse confusione e

---

[74] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 148 ss.

[75] Si veda, ad esempio, il Windscheid e gli altri Autori che ritenevano che la morale fosse quella pratica, reale, ed il giudizio sull'immoralità fosse una *quaestio facti*. Queste dottrine influenzarono Francesco Ferrara sr. che scrisse poi la *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*.

[76] Nel BGB, il concetto di ordine pubblico si trova anche nel § 817 (ripetizione dell'indebito) e nel § 826 (danno arrecato volontariamente, in contrasto con il buon costume). È vero, tuttavia, come precisa G.B. Ferri, che dottrina e giurisprudenza ricomprendono all'interno della nozione di *gute Sitten* anche l'ordine pubblico, interpretando questo concetto non come i principî della morale cristiana ma come *Rechtsmoral*. concependo il buon costume come la *Rechtsmoral* ricomprendeva nella nozione di buon costume ciò che era appannaggio dell'ordine pubblico. Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 27.

lasciasse troppo spazio alla discrezionalità del giudice, così accogliendo la suddetta critica mossa dal giurista Otto von Gierke. La nozione di ordine pubblico è comunque penetrata nell'ordinamento tedesco, poiché l'interpretazione della dottrina della clausola generale *gute Sitten*, è quella di *Rechtsmoral* che include non solo i principî della morale teoretica cristiana, ma anche ciò che nella tradizione francese è riassunto dalla formula ordine pubblico.[77] L'evoluzione storica dei *gute Sitten* è ben tracciata nella monografia di Attilio Guarneri[78] che, analizzando decisioni anche del *Reichsgericht*, dai primi anni del '10, passando per la prima guerra mondiale, poi per la successiva crisi economica, e per il regime nazionalsocialista, ritiene che la regola del buon costume sia stata utilizzata anche per tutelare i *valori politici* del sistema. Guarneri riporta una serie di decisione. Così venne ritenuto valido il contratto con cui l'acquirente di un bene immobile si impegnava a venderlo solo ad un polacco, non ritenendo che nella immoralità fosse ricompresa la contrarietà alla politica di snazionalizzazione delle minoranze etniche. Viceversa, poi, durante la prima guerra l'Autore ricorda alcune decisioni in cui il *Reichsgericht* dichiarò nulli, per immoralità, alcuni contratti di somministrazione di materiale bellico che permettevano ai produttori privati di realizzare enormi guadagni. È evidente che posta la questione in questi termini, la categoria dell'immoralità venne utilizzata (anche) per difendere valori politici, quali ad esempio la guerra e la moneta nazionale sì che in definitiva, il buon costume, nei paesi germanici racchiude ciò che nei paesi latini viene espresso dall'ordine pubblico.[79] Si dica, per completezza, che nell'ordinamento tedesco era prevista una norma di diritto internazionale privato nel § 30 del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* che fa riferimento non tanto all'*öffentliche Ordnung* quanto allo *Zweck* delle leggi tedesche, inteso non già come *ratio* della legge ma come finalità (economiche, politiche, sociali) che le stesse perseguono così che la legge straniera non può essere applicata se si pone

[77] G.B. FERRI, voce *Buon costume*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, p. 2.

[78] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema*, op. cit., p. 150.

[79] A. GUARNERI, voce *Buon costume*, in *Digesto Disc. Priv.*, IV ed., Torino, 1988, p. 123.

in contrasto con lo *Zweck* delle leggi tedesche.[80] Oggi, il riferimento è all'art. 6 dell'EBGB.[81]

5. I valori espressi dall'ordine pubblico.

Se è vero che il codice civile eleva l'ordine pubblico a criterio di determinazione della sfera del giuridicamente lecito, Ferri avverte insoddisfazione per i risultati dottrinali e giurisprudenziali raggiunti, notando che le posizioni di molti studiosi sono ancora ferme, negli anni '70, a quanto scriveva Francesco Ferrara ad inizio secolo.[82] Sottolinea, per questo, lo scarso rigore di alcune decisioni giurisprudenziali, con la conseguenza di generare incertezza sul contenuto e sui criteri di determinazione dell'ordine pubblico. La giurisprudenza si sarebbe limitata a ripetere, in via tralatizia, la relatività e storicità del concetto, la sua variabilità nel tempo e nello spazio, il potere giudiziale di concretizzazione di tale clausola.[83] Per non dire poi delle difficoltà nel riconoscere (o negare) un'autonomia dell'ordine pubblico rispetto alle norme imperative e per individuare il confine tra ordine pubblico e buon costume.

Secondo Ferri, l'ordine pubblico si può comprendere solo se l'interprete ragiona in chiave storica ritenendo l'ordine pubblico una clausola che tutela i diritti fondamentali dell'uomo nell'esercizio

---

[80] Il § 30 EBGB, nella formulazione originaria, prima della riforma del diritto internazionale privato, stabiliva che: "Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde".

[81] Oggi, il § 6 EBGB, ha una rubrica che menziona l'ordine pubblico tanto in tedesco che in francese – *Öffentliche Ordnung* (*ordre public*) – e si prevede che: "Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist".

[82] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 17.

[83] Anche oggi, nelle più recenti sentenze, si trova spesso questa massima.

dell'autonomia privata e della libera iniziativa economica. Il mutamento dei valori avvenuto con l'evoluzione sociale e giuridica, dall'entrata in vigore del codice napoleonico nel 1804 fino alla seconda metà del Novecento, dà modo a Ferri di individuare i nuovi contenuti che la clausola dell'ordine pubblico è chiamata ad esprimere nel nuovo ordinamento. L'individuo assume, ovviamente, un ruolo diverso nella società stanti anche le diverse concezioni politiche. È proprio la Costituzione, con i suoi principi fondamentali, a rappresentare, nel suo pensiero, la fonte per rendere concreti i contenuti dell'ordine pubblico. A parte il fatto che la dottrina ritiene oggi che i principi costituzionali possono trovare applicazione (indiretta e diretta) nei rapporti tra privati,[84] Ferri ricorda come l'evoluzione storica, influenzata ora da una Costituzione rigida, abbia determinato il passaggio dal binomio individualismo-proprietà privata a quello comunità intermedie-lavoro.[85] Di recente, Loris Lonardo, ricorda che nel momento in cui l'art. 14, comma 2, lett. b), cod. prop. ind.[86] ritiene che la contrarietà all'ordine pubblico possa essere *sopravvenuta*, ciò è indice del fatto che i valori che l'ordine pubblico esprime non sono immodificabili (perché così argomentando non si potrebbe avere una contrarietà sopravvenuta) ma possono variare nel corso del tempo. In questi termini, nonostante l'identità sistematica della formula "ordine pubblico" sempre presente a partire dal codice napoleonico, il significato che esso assume è diverso nei tre campi normativi in cui è comparso: nel codice civile italiano del 1865 di

---

[84] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 193 ss.: "Secondo la prevalente dottrina tedesca le norme costituzionali verrebbero ad essere applicate in via indiretta, tramite cioè le norme ordinarie, siano queste espresse per clausole generali o mediante il meccanismo della previsione specifica e dettagliata della fattispecie astratta, cioè secondo lo stile c.d. regolamentare. (…) la norma costituzionale (…) diventa parte integrante della medesima normativa destinata a regolare il rapporto concreto".

[85] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 99 ss.

[86] Infatti, secondo l'art. 14, comma 2, lett. b), d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 il marchio d'impresa decade "se sia divenuto contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". Cfr. C. GALLI, *La revisione del codice della proprietà industriale: da un'impostazione "proprietaria" a un approccio market oriented*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 277 ss.; ID., *La riforma del codice della proprietà industriale*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, p. 841 ss.

ispirazione napoleonica, nel codice civile italiano del 1942 in cui il rapporto interesse pubblico e interesse privato è più favorevole al primo, e, infine, nella nuova lettura costituzionale del codice civile, che è quella attuale e cioè con la necessità di uniformare la formula "ordine pubblico" presente nell'art. 1343 cod. civ. e nelle altre disposizioni normative alla Costituzione.

La Rivoluzione francese pose l'accento sulla libertà dell'individuo: libertà dalla quale promanano tutte le altre libertà, tra cui quella d'iniziativa economica privata, e della non ingerenza dello Stato nell'economia (il cd. *laissez faire*).[87] Il codice civile napoleonico ruotava attorno al concetto di *proprietà*: Pietro Perlingieri ricorda che il codice civile del 1865 – come quello napoleonico – poneva al centro la *proprietà privata*, con la subordinazione della categoria dell'essere a quella dell'avere: «Chi possiede "è", ed ha i diritti dell'essere».[88]

---

[87] Sulla storia di questa formula, cfr. A. ONCKEN, *Die Maxime Laissez faire et laissez passer*, Bern, 1886. Se l'espressione viene tradizionalmente attribuita al mercante Legendre nella risposta a Colbert a fine XVII secolo (alla domanda di Colbert "Que faut-il faire pour vous aider?", la risposta di Legendre fu "Nous laisser faire"), l'Oncken dimostrò che essa fu invece pronunciata in chiara connessione con la dottrina dal Marchese d'Argenson nel 1751: "Laissez faire, telle devrait être la devise de toute puissance publique, depuis que le monde est civilisé. Détestable principe que celui de ne vouloir grandeur que par l'abaissement de nos voisins! Il n'y a que la méchanceté et la malignité du coeur de satisfaites dans ce principe, et l'intérêt y est opposé. Laissez faire, morbleu! Laissez faire!!". Sul punto, si veda, altresì, J.M. KEYNES, *The end of laissez-faire*, London, 1926. Il saggio venne pubblicato dalla Hogarth Press nel luglio del 1926 e si basa su due conferenze tenute da J.M. Keynes: la Sidney Ball Lecture data ad Oxford nel novembre del 1924 e la conferenza berlinese del giugno 1926.

[88] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 71: «Sulle orme del codice napoleonico, si pone al centro dell'ordinamento la *proprietà privata*, in particolare la proprietà immobiliare terriera: i contratti sono modi di acquisto della *proprietà privata*; la famiglia è lo strumento attraverso il quale si fa sopravvivere e si potenzia la *proprietà privata*; le successioni per causa di morte sono funzionalizzate alla persistenza ed all'incremento della *proprietà privata* terriera». Sul collegamento tra personalità umana, proprietà ed iniziativa economica, cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridica*, Napoli, s.d. (ma 1972), p. 150 ss.

Quell'ordinamento era diffidente verso le società intermedie (associazioni, partiti, sindacati, ecc.) ed imperava l'individualismo, tanto da parlarsi di un *codice individualista*.

Con il nuovo codice del 1942 si assiste ad un mutamento di prospettiva: in dottrina si osserva acutamente che il perno dell'ordinamento non è più la *situazione statica*, la proprietà immobiliare, ma le *situazioni dinamiche* quali l'impresa ed il lavoro.[89] Lo stesso Ferri avverte – siamo nel 1970 – che l'istituto della proprietà non aveva più la stessa rilevanza. A tal fine egli opera anche un'interessante ricostruzione storica dalla quale emerge che è la posizione dell'individuo a mutare nella società, perché accanto alla concezione che poneva al centro l'individuo e le sue libertà nascono e si diffondono fenomeni associativi con lo sviluppo delle società intermedie. Tra i padri fondatori del nuovo pensiero deve essere annoverato Pietro Rescigno[90] che ricordava come sul codice civile si innestano le norme della Costituzione, tra cui l'art. 2 Cost. per cui la personalità si svolge anche (e soprattutto) nelle formazioni sociali. L'idea stessa della libertà si pone non più (o non si pone più soltanto) come relazione tra individui e tra individui e Stato ma anche come relazione tra individui e gruppi organizzati. Si legge nelle pagine di Pietro Perlingieri che: "La Costituzione italiana, infatti, ha la caratteristica di dare *grande risalto* alle comunità intermedie, al fine di integrare la personalità del

---

[89] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 71: "Nel codice civile del 1942 si prende coscienza che la società è mutata. Esso pone al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, la necessità di organizzare la produzione, la forma politica e giuridica dell'interventismo sia pure autoritario dello Stato sui rapporti economici. Vi è un ribaltamento di prospettive: non è più una *situazione statica*, la proprietà immobiliare, ad essere il perno dell'ordinamento, ma situazioni dinamiche: *lavoro e impresa*".

[90] P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, vol. 1, Bologna, 1966. Il libro è dedicato alle formazioni sociali ed il titolo intende tradurre in una formula breve l'art. 2 Cost. Se è vero che l'Autore ha pubblicato altri due volumi con lo stesso titolo, già a partire da questo primo citato volume, del 1966, gli studi privatistici gli studi privatistici si sono indirizzati verso i temi del pluralismo attraverso la rilettura degli istituti codicistici nel prisma dei principi costituzionali.

soggetto per il tramite del gruppo sociale (art. 2).[91] L'uomo si realizza in tutte le comunità nelle quali opera (famiglia, scuola, fabbrica, sindacato, partito, esercito, ecc.), ognuna delle quali dev'essere considerata alla luce del fine generale dettato dagli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.".[92]

La seconda rivoluzione industriale, tra la metà dell'Ottocento ed i primi anni del Novecento comportò, come si sa, una modifica nelle strutture sociali ed economiche, con l'esigenza non solo di proclamare e riaffermare le libertà negative, le libertà *da*, ma di conseguire un'*effettiva eguaglianza* poiché, fino ad allora, la libertà formale (e non sostanziale) non aveva consentito un'eguaglianza economica tra i cittadini. Occorreva, allora, riconoscere le *libertà positive*, nel senso di attribuire ai singoli individui il potere effettivo di creare il proprio *stato*. In questi termini, lo Stato sarebbe dovuto intervenire nei rapporti economici, per effettuare redistribuzione di ricchezza, limitando l'attività dei privati, dirigendola, sostituendosi ad essa, diventando, se del caso, imprenditore. Così la visione liberale finì per evolversi nell'idea *democratica*, contrapponendosi all'ideologia marxista. I principi della democrazia erano quelli del liberalismo ma, accanto alla libertà negativa, cioè al garantismo, si affermava appunto la *libertà positiva*. Si era ad una evoluzione del liberalismo verso concezioni interventistiche democratiche, con l'ingerenza statale. L'individuo può, come detto, creare il proprio *stato* ed il soggetto originario dei diritti non è più l'individuo ma la società, che consente all'individuo di partecipare. Ferri

---

[91] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 325: "La personalità ha positiva rilevanza (…) nella valutazione sostanziale dell'interesse meritevole di attuazione, destinato a modificare, dall'interno, la maggior parte degli istituti mutandone la funzione. L'esigenza del rispetto della personalità, del suo libero sviluppo, incide sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e sulla funzione dell'autonomia privata, sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche di quelli patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi; incide, insomma, su tutto l'assetto del vivere in comunità". Sulla persona come valore, si veda P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., *passim*.

[92] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 171.

ricorda altresì il dibattito tra *liberalismo* e *liberismo* che vide contrapposti due autorevoli filosofi: da un lato, Benedetto Croce riteneva che il liberalismo potesse coesistere con sistemi economici differenti da quello liberistico; dall'altro, Luigi Einaudi – le cui idee sono condivise da Ferri – riteneva che il liberalismo non potesse mai convivere con un sistema economico collettivista.[93] Alla base del nuovo ordinamento vi erano, per Ferri, tanto i principi del *liberalismo* quanto quelli della *democrazia*: i primi collegati con l'affermazione delle libertà individuali; i secondi con il riconoscimento del principio di eguaglianza (formale e sostanziale).

Il *lavoro* assume il ruolo che nella codificazione napoleonica era assegnato alla *proprietà*. Basti pensare che il *lavoro* è richiamato negli artt. 1, 3 e 4 Cost.: non solo l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul *lavoro* (art. 1 Cost.) ma la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli che impediscono anche l'effettiva partecipazione di tutti i *lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.), riconoscendo a tutti i cittadini il diritto al *lavoro* (art. 4 Cost.). Dunque: la centralità del *lavoro* deve essere tenuta presente quando si voglia individuare lo spirito del sistema. L'individuo assume rilievo anche per la sua dimensione di *lavoratore*, inserito nella società in cui opera. Le sue iniziative non solo valgono come prodotto dell'individuo ma anche (e soprattutto) per quello che rappresentano per la società.

Nello spirito del sistema, allora, accanto alle libertà e all'eguaglianza, si pongono *nuovi valori*, che dipendono dall'inserimento dell'individuo nella società ed il cui operare incide sull'intera collettività.[94] Per Ferri, l'autonomia individuale, la possibilità per gli

---

[93] L. EINAUDI, *Dei diversi significati del concetto di liberismo economico e dei suoi rapporti con quello di liberalismo*, in *La Riforma sociale*, 1931, p. 186 ss.; B. CROCE – L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo* (a cura di P. SOLARI), Milano-Napoli, 1957. Sul dibattito, cfr. R. FAUCCI, *Einaudi, Croce, Rossi: il liberalismo fra scienza economica e filosofia*, in *Quaderni di Storia dell'Economia Politica*, 1989, p. 113 ss.; L. FIRPO (a cura di), *Carteggio Einaudi – Croce (1902-1953)*, Torino, 1988; M. MONTANARI, *Saggio sulla filosofia politica di Benedetto Croce*, Milano 1987.

[94] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 109: "Accanto a quei valori della persona umana che la rivoluzione francese ha fatto emergere e che sono,

individui di darsi il proprio regolamento di interessi, è libera ma deve svolgersi in modo da non recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana ma soprattutto non deve porsi in contrasto con l'utilità sociale, così richiamando con riferimento all'autonomia contrattuale quanto previsto con riferimento alla libera iniziativa economica dall'art. 41 Cost. C'è, insomma, un *nuovo ordine di valori* che muove non solo dall'individuo ma dalla società e dalle sue esigenze sì che questi *valori sociali* penetrano nel sistema di diritto privato, costituendo limiti ulteriori al libero agire.[95] Se è vero che l'atto di autonomia privata *non deve adempiere ad una funzione sociale* (oltre a quella sua propria, individuale) il nuovo ordine di valori dà all'ordine pubblico un nuovo contenuto. L'ordine pubblico esprime, allora, un principio di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, visti nella nuova dimensione sociale, ma non esprime il principio di supremazia dello stato sul cittadino.

È evidente che nel pensiero di Ferri l'ordine pubblico svolge un ruolo ed una funzione al di fuori dell'ordinamento pubblicistico dell'economia, *nei rapporti tra cittadini* e *non* in quelli tra cittadini e Stato. L'ordine pubblico, in altri termini, opera nel campo dove è affermata l'autonomia privata e la libertà di iniziativa economica. Se l'ordine pubblico opera all'interno dell'autonomia privata ed è una clausola che tutela i diritti fondamentali dell'uomo, allora è indispensabile comprendere le modifiche che hanno riguardato i diritti fondamentali dell'individuo dalla società napoleonica rispetto a quella attuale, alla luce delle variazioni intervenute nelle strutture sociali in conseguenza anche del porsi di società intermedie, dello sviluppo della tecnica,

---

per grandi linee, riassumibili nella *tutela dell'eguaglianza e della libertà,* si pongono *valori nuovi* che appunto dipendono dall'inserimento dell'individuo nella società, come elemento attivo, il cui operare è destinato ad incidere anche sull'intera collettività, oltre che sulla sua sfera d'interessi più immediatamente privata".

[95] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 110: "Un nuovo ordine di valori che non muove più soltanto dalla considerazione dell'individuo, ma muove dalla considerazione della società e delle sue esigenze. I valori sociali non soltanto si affermano all'esterno, ma penetrano all'interno del sistema del diritto privato, ponendosi come limiti all'agire libero".

dell'ingigantirsi delle strutture economiche. In altri termini, per comprendere il contenuto *attuale* dei valori che l'ordine pubblico esprime è necessario analizzare, per grandi linee, l'evoluzione inerente i diritti fondamentali dell'individuo. Rispetto alla Rivoluzione francese, Ferri riconosce il mutamento subito nella posizione dell'individuo in conseguenza del mutamento della società, con l'affermazione di *nuovi valori* e l'affievolimento di *altri* valori, un tempo considerati fondamentali.

Il pensiero di Ferri si articola su vari punti.

I) Egli rileva come vi sia stato un affievolimento dell'istituto della proprietà e, contestualmente, un'accentuazione del fattore lavoro. Ripercorrendo la vicenda occorsa all'istituto della proprietà, nota come nella codificazione napoleonica la proprietà (disciplinata dall'art. 544 del cod. fr. 1804) fosse diritto sacro ed inviolabile. Carattere suo proprio era quello dell'assolutezza nel godimento e nella disposizione, fatto salvo il rispetto della legge.[96] È pur vero che la lettura sull'assolutezza del diritto di proprietà nel codice napoleonico (il proprietario avrebbe potuto esercitare il proprio diritto *usque ad sidera, usque ad inferos*) abbia incontrato il dissenso di parte della dottrina.[97] In ogni caso Ferri ritiene che già negli anni '70 la proprietà esprimesse un valore diverso, anche in considerazione della funzione sociale che essa doveva svolgere, come previsto dall'art. 42, comma 2, Cost.[98] Nel sistema del codice civile attuale

---

[96] L'art. 544, cod. civ. fr. 1804 recitava: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*".

[97] Sul tema, cfr. S. RODOTÀ, *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'articolo 544 del 'code civil'*, in *Foro it.*, 1968, c. 361 ss. Da sempre la dottrina, pressoché unanime, ha ritenuto la codificazione napoleonica fulgido esempio di carta fondamentale dell'individualismo giuridico. Stefano Rodotà, tuttavia, ha criticato tale lettura, non ritenendola coerente, ricordando anche una decisione della Corte d'Appello di Colmar del 1855 nella quale fu sanzionato l'abuso del diritto.

[98] Sulla funzione sociale della proprietà, cfr. M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 459 ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986; P. MADDALENA, *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, in cortecostituzionale.it; N. ABRIANI, *La*

assumono dunque un rilievo preminente *il lavoro* e *l'impresa*, disciplinati nel libro V, più che la proprietà, disciplinata nel libro III, essendo passati dai codici della proprietà ottocenteschi ai codici dell'impresa e del lavoro attuali.

II) Ferri ricorda che, conformemente alla modificazione dell'ordinamento, si è passati *dalla eguaglianza formale alla eguaglianza sostanziale*. Numerose sono state, infatti, le modifiche che nell'arco di tempo preso in considerazione hanno riguardato eguaglianza e libertà. Se nel codice napoleonico la eguaglianza – intesa in senso negativo – era una eguaglianza meramente formale, una eguaglianza di fronte alla legge, si comprese, poi, che per l'esercizio effettivo della libertà, era necessaria una eguaglianza sostanziale e non formale: la libertà diviene libertà *dal* bisogno perché non si è liberi se non si è liberi economicamente, autonomi ed indipendenti.

III) Ferri ricorda anche la trasformazione avvenuta dall'individualismo tipico del codice napoleonico ai principi del solidarismo. La struttura portante della Costituzione è rappresentata dai doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale di cui all'art. 2 Cost. e lo spirito di socialità, presente già in alcuni articoli del codice civile del 1942, è penetrato capillarmente nei rapporti tra privati. Il contratto, atto di cooperazione individuale, la cui causa assolve ad una

---

proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna, in *Giur. it.*, 2010, c. 2226; P. RESCIGNO, *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971, *passim*; A.M. SANDULLI, *La Costituente e la Costituzione italiana*, in *Storia e politica*, 1975, p. 99 ss.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1791 ss.; A. FEDERICO, *La proprietà in Europa tra "funzione sociale" e "interesse generale"*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013, p. 141 ss.

funzione economico-individuale (è, infatti, proprio Ferri, infatti, il teorico della funzione economica-individuale), è rilevante anche nell'ambito sociale: le parti devono improntare i loro rapporti allo spirito di socialità ed i comportamenti oggettivi, le dichiarazioni, possono determinare il ragionevole affidamento dei terzi.

IV) Ricorda *la centralità della buona fede*, che trova applicazione in tema di interpretazione (art. 1366 cod. civ.) e di esecuzione (art. 1375 cod. civ.) del regolamento contrattuale, estendendosi anche alla fase delle trattative (art. 1337 cod. civ.) e la cui violazione è fonte di responsabilità (*culpa in contrahendo* nel caso specifico delle trattative). Accanto alla buona fede, il dovere di correttezza (art. 1175 cod. civ.). Entrambi trovano una copertura costituzionale nell'art. 2 Cost. e, come si dirà, per Ferri sono espressione della clausola generale del buon costume.

V) Ferri ricorda *la tutela della situazione apparente* presente nel codice civile. Porta, per questo, gli esempi degli artt. 1398 e 1399 cod. civ. sulla rappresentanza apparente e sull'affidamento incolpevole da parte del terzo, dai quali emerge l'importanza che il sistema assegna alla tutela dell'affidamento e alla situazione apparente.

VI) L'Autore prende in esame *l'abuso del diritto*. Pur non espressamente disciplinato dal codice civile, parte della dottrina rintraccia un argomento per la repressione del fenomeno nell'art. 833 cod. civ. sul divieto di atti emulativi. Peraltro, la prima decisione circa la repressione dell'abuso del diritto viene fatta risalire ad una sentenza della Corte di Colmar del 1855 che, nonostante l'allora vigente codice napoleonico con l'assolutezza dei diritti attribuiti al proprietario, ritenne integrato l'abuso nella condotta del proprietario che aveva costruito una canna fumaria di dimensioni spropositate, con l'unico scopo di recare molestia al vicino impedendogli la veduta.[99]

VII) Infine, Ferri ricorda *la repressione dell'abuso di posizione dominante e dei fenomeni di boicottaggio*. Peraltro, rispetto al 1970, vi è stata

[99] Sul punto, cfr. S. RODOTÀ, *Note sul diritto di proprietà*, op. cit., *passim*.

una ulteriore evoluzione con l'introduzione della legislazione comunitaria antimonopolistica.

VIII) L'insigne studioso, poi, trova una serie di applicazioni della *richtige Regelung* che non assurge comunque a principio generale. Individua applicazioni di tale concetto nell'equo canone in materia di locazione di immobili non commerciali, nella rescissione che tutela il contraente laddove si appuri una sproporzione originaria della prestazione (artt. 1447 e 1448 cod. civ.), nella risoluzione per eccesiva onerosità della prestazione laddove la sproporzione tra prestazioni sia sopravvenuta (art. 1467 cod. civ.), nella revisione dei canoni di affitto per sopravvenuta modificazione delle condizioni di mercato (art. 1623 cod. civ.), nella revisione del prezzo dell'appalto per sopravvenuta onerosità o difficoltà d'esecuzione (art. 1664 cod. civ.), ecc. Ritiene peraltro, che al principio di solidarietà si ispirino altre norme come quella che limita la validità delle clausole di esonero della responsabilità sancendone quando esse sono stipulate con riferimento ad ipotesi in cui la responsabilità derivi dalla violazione di norme di ordine pubblico (art. 1229 cod. civ.), quelle che limitano l'efficacia dei patti di concorrenza a precisi requisiti di forma e di sostanza e ne limitano l'efficacia nel tempo (artt. 2125 e 2596 cod. civ.), quelle che consentono la deroga a norme di legge, solo se la deroga sia più favorevoli all'assicurato o al lavoratore (artt. 1923 e 2066 cod. civ.).

IX) Non sfugge a Ferri l'evoluzione verificatasi in tema di responsabilità civile. In particolare, la responsabilità extracontrattuale si evolve, con una diversa concretizzazione della clausola generale del danno ingiusto nel senso che questo viene ampliato, andando a ricomprendere non solo i diritti soggettivi ma anche interessi non protetti, conseguenza di comportamenti antisociali o scorretti e dunque comportamenti commessi in violazione di una clausola generale e non di una norma. In funzione della solidarietà si offre tutela alla posizione del danneggiato e alla esigenza di riparazione del danno, assumendo una minore rilevanza l'elemento soggettivo, così da costruire un sistema fondato sulla *sicurezza sociale*, con forme obbligatorie di assicurazione, previdenza ed assistenza.

Non può, tuttavia, passare in secondo piano l'appunto fatto recentemente da Mario Barcellona. Per l'Autore, infatti, la dottrina all'indomani della caduta del regime fascista e fino agli anni '70 era caduta in una "vistosa mancanza" e cioè che, pur avendo ben compreso il funzionamento dell'ordine pubblico "nella selezione delle fonti dalle quali approvvigionarlo [omettevano la] Costituzione repubblicana [che si traduceva] in un radicale oscuramento del nuovo ordine che essa aveva inaugurato e che avrebbe segnato un inedito tempo del diritto e della società".[100] A parte la voce di Paladin del 1957 sul *Novissimo Digesto* che richiamava la Costituzione (almeno per definire l'ordine pubblico economico),[101] dottrina e giurisprudenza erano mute circa la rilevanza della Costituzione nella concretizzazione della clausola generale "ordine pubblico". Per Barcellona "la questione grave (…) non è tanto che non si fosse tratto alcun nuovo contenuto dell'ordine pubblico dalla fonte primaria dell'ordinamento, quella che si indicava proprio come la sede dei suoi nuovi principi fondamentali (…) ma che non si fosse avvertito neanche il problema del se qualcosa se ne sarebbe potuto, e dovuto, trarre".[102] Il clima – la nuova gerarchia assiologica e normativa – iniziò a cambiare (come ricorda sempre Barcellona) tra la seconda metà degli anni sessanta e gli anni settanta del Novecento: "una nuova generazione di giuristi prendeva la parola e la prendeva rivolgendo lo sguardo alla Costituzione ed all'ordine solidaristico e progressivo da essa introdotto, per immaginare una generale riconsiderazione del diritto privato":[103] rilettura del contratto e della responsabilità civile alla luce della solidarietà sociale, la tutela del contraente debole, l'uso delle tecniche giuridiche per la promozione della persona, la declinazione dell'autonomia privata con l'intervento statale in economia, ecc. Tuttavia, per Barcellona, "l'accademia [nonostante le crescenti monografie che si confrontavano con i principi costituzionali] non si spingeva molto oltre una sofferta tolleranza".[104] L'Autore ricorda che in questi anni venne

---

[100] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 938.

[101] L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 130 ss.

[102] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 939.

[103] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 939.

[104] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 939.

riconsiderato l'ordine pubblico ed il suo rapporto con il diritto dispositivo. Se, infatti, l'ordine pubblico si collegava (e veniva alimentato) dalle fonti imperative, si disse che le norme dispositive prospettavano un assetto equilibrato delle relazioni negoziali sì che una deroga ad esse dettata dalla specificità dell'affare era legittima mentre una deroga sistematica era contraria all'ordine pubblico (!).[105]

6. Le numerose classificazioni dell'ordine pubblico.

Le numerosissime definizioni e classificazioni che dell'ordine pubblico sono state (e vengono) proposte e che hanno portato la dottrina francese a discorrere non già di un ordine pubblico al singolare ma di ordini pubblici al plurale: non di *ordre public* ma di *ordres publics*.[106]

Testimoniano da sole come l'ordine pubblico abbia rappresentato un vero e proprio "enigma". Scriveva già Paladin che "la nozione di ordine pubblico assume in diritto positivo una varietà di contenuti vicendevolmente irriducibili – a dispetto degli sforzi dottrinali – e muta secondo le ipotesi il proprio ambito d'applicazione, il proprio fondamento giuridico e politico, la propria stessa natura".[107]

È noto che l'ordine pubblico sia un concetto giuridico presente in vari rami dell'ordinamento. Anche se ai fini della nostra indagine,

---

[105] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 939 che cita due scritti di Adolfo di Majo. Cfr. A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole* (Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p. 229 ss.; ID., *Deroga abusiva del diritto dispositivo, nullità, sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e Impr.*, 2006, p. 673 ss.

[106] Si veda l'emblematico titolo del colloquio svolto a Caen nel maggio 2000: "L'ordre public: ordre public ou ordres publics?". Gli atti sono stati pubblicati, cfr. M.J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruxelles, 2001.

[107] L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 130 ss.

interessa la rilevanza che l'ordine pubblico ha nel diritto civile (ed in particolare nel diritto di famiglia), può avere una certa utilità svolgere qualche breve osservazione sul concetto in generale. Accade, ad esempio, che la nozione di ordine pubblico venga più facilmente collegata con il diritto pubblico (in particolare, con il diritto penale e con il diritto amministrativo). Il codice penale disciplina i delitti contro l'ordine pubblico (Libro II, Titolo V, artt. 414 - 421, cod. pen.)[108] ed i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume (Libro II, Titolo IX, artt. cod. pen.):[109] i beni giuridici tutelati sono la tranquillità e la sicurezza pubblica, così come la morale. Tuttavia, come già ricordava Ferri, nel 1970, i risultati raggiunti dalla dottrina penalistica possono offrire spunti di lettura, indici di orientamento, ma l'indagine non può considerarsi esaurita per definire l'ordine pubblico rilevante nel diritto privato.[110] Se, infatti, oggetto dell'indagine è il ruolo che la clausola generale di ordine pubblico svolge nel diritto privato, è evidente che le ricerche devono essere focalizzate all'interno del codice civile e della legislazione speciale. Sta di fatto che la nozione di ordine pubblico, come quella di buon costume, non sono definite all'interno del codice civile: inde lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza nel delimitare il concetto. Loris Lonardo esclude, ad esempio, una ricostruzione unitaria – e cioè a livello ordinamentale – della nozione di ordine pubblico, preferendo occuparsi dell'ordine pubblico "civilistico" per una serie di ragioni.[111] In primo luogo, preferisce una ricostruzione separata dell'ordine pubblico civilistico in considerazione delle diverse funzioni e dei diversi significati che vengono assegnati all'ordine pubblico nell'ordinamento, sì che è necessaria una contestualizzazione del concetto. In questi termini, nel diritto privato

---

[108] Sui delitti contro l'ordine pubblico, cfr. G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 72 ss.; ID., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, *passim*. Più di recente, si veda G. FRANCOLINI, *Introduzione ai delitti contro l'ordine pubblico*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Parte Speciale, III, Torino, 2009, p. 949 ss.

[109] Il Titolo ha subito numerose modifiche ed abrogazioni. In particolare, è ancora vigente il capo II intitolato alle "offese al pudore e all'onore sessuale".

[110] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 3.

[111] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 317 ss.

all'ordine pubblico è assegnato il criterio di valutazione della validità (o invalidità) dell'atto di autonomia, mentre nel diritto internazionale privato l'ordine pubblico è il criterio per valutare l'efficacia o inefficacia della legge straniera richiamata dalla legge di conflitto o il riconoscimento della sentenza straniera. In secondo luogo, Lonardo ricorda come a volte l'ordine pubblico si accompagna al buon costume e alle norme imperative (come nell'art. 1343 cod. civ.), a volte è richiamato da solo (es. art. 16 l. 218/1995), altre con il solo buon costume (art. 43 cod. propr. ind.). In ogni caso, si può dire sinteticamente che l'ordine pubblico viene generalmente inteso come strumento a difesa dei valori dell'ordinamento giuridico.

Ferri ricorda la posizione di chi identifica l'ordine pubblico con il diritto pubblico, chi distingue tra un ordine pubblico principale ed uno secondario, e così via. Tuttavia, il dilemma, nella dottrina, è se sussista un collegamento tra l'ordine pubblico e le norme imperative poste. Varie le posizioni. Per Mirabelli, ad esempio, l'ordine pubblico consta di quei principî fondamentali su cui poggia l'ordinamento dello Stato, desumibili da norme imperative, anche se non espressamente formulate.[112] Per Scognamiglio, l'ordine pubblico è l'insieme dei principî immanenti dell'ordinamento giuridico, che in rispondenza allo spirito e alle finalità che esso persegue, sono considerati fondamentali ed inderogabili in un

[112] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, p. 118 ss. Si legge, in particolare: "[le norme imperative] che contengono veri e propri divieti di attività o limiti proibitivi dell'autonomia negoziale, sono, però, eccezionali e, come tali, di stretta interpretazione. Si è sentito, quindi, il bisogno di porre, accanto ai singoli divieti sparsi nei testi legislativi, una ulteriore disposizione proibitiva generale, con la quale si commina la nullità dei negozi che, comunque, contrastino con gli interessi tutelati dall'ordinamento (…) La nozione generalmente accolta di ordine pubblico si riferisce ai principi fondamentali sui quali poggia l'ordinamento giuridico dello Stato ed agli interessi generali della collettività, che questo riconosce e tutela, principi desumibili dalle norme positive (imperative) anche se non espressamente formulati. Sebbene si tratti di una nozione essenzialmente variabile ed elastica, pur tuttavia, è ancorata all'ordinamento e da questo può essere desunta attraverso un procedimento interpretativo".

determinato periodo storico.[113] Per Roppo l'ordine pubblico è la serie di principi politici, sociali, economici che sono alla base dell'ordinamento, non necessariamente enunciati in modo espresso che si ricavano per lo più da norme e complessi di norme, che, pur senza enunciarli, li presuppongono.[114] Per Trimarchi, l'ordine pubblico "esprime l'insieme dei princìpi di struttura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente [che si ricavano] per induzione dal sistema delle leggi, e i più importanti e generali tra essi sono dichiarati nella Costituzione: al giudice il compito di tradurli in regole praticamente applicabili ai casi concreti, ad integrazione del complesso delle disposizioni di ordine pubblico espressamente dettate dal legislatore".[115]

Tra le principali distinzioni all'interno dell'ordine pubblico, vi è quella tra *ordine pubblico normativo* e *ordine pubblico materiale*: il primo, anche detto ordine pubblico ideale, rappresenterebbe il complesso dei principi e dei valori, l'*ordo ordinans*; il secondo, invece, è espresso dalla celebre definizione di *ordre dans le rue* cioè di pace e sicurezza sociale,

---

[113] R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, II ed., Milano, 1966, p. 165. Scrive: "il concetto di ordine pubblico offre un *criterio sussidiario*, e ad un tempo *integrativo*, dell'altro fin qui considerato, della contrarietà a norme imperative. (…) Quest'altra nozione assume una *certa autonomia*, quando si riferisce alla considerazione dei principi immanenti nell'ordinamento giuridico, ravvisato nella sua interezza; principi che, in rispondenza al suo spirito ed ai suoi scopi, debbono considerarsi in una certa epoca storica come inderogabili e preclusivi di ogni difforme disciplina (e non si tratta dunque di un ordine di valori metagiuridici). (…) Si ha riguardo per l'appunto a quel compendio di principi normativi che, secondo gli indirizzi seguiti dal vigente ordinamento, non possono cedere all'ordine come dire privato, che le parti intendono instaurare mediante gli atti di autoregolamento dei propri interessi". Renato Scognamiglio include nell'ordine pubblico anche le norme dispositive: "non vi è ragione di escludere senz'altro dall'ordine pubblico le norme dispositive, che assolvono alla funzione di realizzare principi latenti nell'ordinamento positivo".

[114] V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Milano, 2011, p. 383.

[115] P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, p. 205 ss.

l'*ordo ordinatus*.[116] Lonardo ritiene che la percezione dei termini concernenti l'ordine pubblico sia uno tra i fattori che ha contribuito a generare difficoltà nella ricostruzione della nozione. L'Autore cerca per questo di comporre una sintesi tra le due componenti per dare la propria definizione di ordine pubblico civilistico, volendo superare la "tramandata", "radicabile e insanabile" distinzione tra ordine pubblico materiale ed ordine pubblico ideale.[117]

In particolare, fa riferimento alla distinzione tra ordine ed ordinamento; a quella tra *ordo ordinans* ed *ordo ordinatus*, che corrisponde alla distinzione tra ordine pubblico ideale ed ordine pubblico materiale; al qualificativo pubblico dell'ordine. L'aggettivo pubblico viene sempre riferito al codice Napoleonico ed all'interpretazione di Portalis che lo aveva identificato con il diritto pubblico, come prevalenza dello Stato nei confronti dei cittadini. In realtà, per Lonardo, a quel tempo non vi era una netta separazione tra il diritto pubblico ed il diritto privato ed allora con l'aggettivo pubblico, riprendendo quanto affermato da G.B. Ferri, si volevano affermare nettamente i valori del nuovo ordine voluto da Napoleone sì che l'interesse egoistico dei privati non potesse mai prevalere sul bene comune. È questa la nozione di ordine pubblico ideale,

---

[116] La distinzione viene, ad esempio, ben illustrata da L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, op. cit., p. 306 ss. per il quale l'ordine pubblico materiale "esprimerebbe, a seconda degli autori, uno 'stato di concreta, tangibile, esteriore pace sociale' ovvero 'stato materiale di pace', l'ordine pubblico, insomma, 'quale lo raffigura la concettuologia volgare', una 'condizione concreta di tranquillità e di quiete', o, in negativo, l'assenza di 'perturbazioni e di disordini che possono minacciare il buon funzionamento della società civile', in definitiva il tradizionalissimo 'ordre dans la rue'", mentre quello ideale o normativo è visto come "sistema coerente ed unitario di valori e di principi', di principi 'inderogabili sottratti al dibattito ed alla possibilità di modifica (o con possibilità di modifica realizzabile solo a mezzo di una rottura della Costituzione)' – e contro i quali anzi 'non può dirigersi neanche la parola' -, che integra una 'realtà ideale', ovvero che impone 'il rispetto di alcuni e determinati principi politici che l'ordinamento ritiene indispensabili per la sua sopravvivenza', ovvero ancora 'complesso' di principi 'etici e sociali che stanno alla base dell'assetto del vivere civile in un determinato momento storico'".

[117] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 305.

come insieme di valori allora espressi dalla concezione di società voluta da Napoleone. Anche la nozione di ordine pubblico materiale deve essere riferita all'epoca napoleonica. Era già presente nell'art. 10 della Dichiarazione del 1789 quando si faceva riferimento all'ordine pubblico stabilito dalla legge: allora i governanti avevano conquistato il monopolio della legge, potendo essi esercitare il potere legislativo indipendentemente dalla volontà generale e dai principi di diritto naturale. Da qui, dunque, la distinzione dell'ordine pubblico, tra *ordine pubblico ideale o normativo* come "progetto di ordine da offrire alla società", come *ordo ordinans* e l'*ordine pubblico materiale* come "stato di fatto già consolidato nella sua conseguita, ordinata, staticità", come *ordo ordinatus*. Tuttavia, quest'ultima nozione di ordine pubblico materiale ha il difetto per Lonardo di non interrogarsi sul come sia stata ottenuta questa pace sociale.

Un'altra importante distinzione è quella tra *ordine pubblico interno* ed *ordine pubblico internazionale*. La tesi più accreditata,[118] (anche se non sempre seguita),[119] è quella che li distingue secondo la rilevanza interamente domestica ovvero con un elemento di estraneità dell'atto di autonomia o del provvedimento, ritenendo che l'art. 31 disp. prel. cod. civ., oggi abrogato,[120] norma di diritto internazionale privato contenesse

---

[118] La ricorda, di recente, O. FERACI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 28-29: "La distinzione tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno è netta. Il primo costituisce un limite all'applicazione del diritto straniero e, dunque, si manifesta con un'efficacia prevalentemente territoriale e negativa; l'ordine pubblico interno, invece, costituisce un limite all'autonomia privata identificabile con le norme imperative di diritto interno. Le norme che lo formano non riguardano il funzionamento del diritto internazionale privato ma esauriscono la loro funzione nell'ambito del diritto interno o del diritto straniero applicabile, che determina, autonomamente, il proprio nucleo di norme imperative".

[119] Lo ricorda sempre, O. FERACI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 29: "Vi sono stati, tuttavia, anche autori che hanno negato la possibilità di una distinzione tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno".

[120] Si ricordi la formulazione originaria dell'art. 31 disp. prel. cod. civ.: "Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessuno caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o

tanto una disposizione di diritto interno che una di diritto internazionale privato. Peraltro, con il mutato assetto delle fonti e della società (si pensi, da un lato alla crescente rilevanza del diritto sovranazionale nel diritto interno e, dall'altro, alla crescente globalizzazione di modelli sociologici – prima ancora che giuridici – nelle relazioni, come in quelle familiari).

C'è chi ha proposto di disallineare la nozione di ordine pubblico dal diritto interno, vuoi proponendo la nascita di un *ordine pubblico europeo*,[121] vuoi proponendo un *ordine pubblico globalizzato*, veramente internazionale (o transnazionale), che comporterebbe un nocciolo duro di principi comuni a molteplici esperienze giuridiche, molto simile ad un giusnaturalismo del terzo millennio, sì che il concetto verrebbe (almeno parzialmente) scisso dal diritto interno per avere connotati globalisti,[122] rappresentando così un argine ben più limitato al riconoscimento di istituti stranieri.

A parte queste tradizionali distinzioni le complicazioni sono apparse crescenti nel momento in cui la dottrina ha proposto molteplici sottocategorie dell'ordine pubblico: si è così fatto riferimento all'ordine pubblico economico e a quello familiare, all'ordine pubblico costituzionale e a quello tecnologico, all'ordine pubblico ecologico e a quello finanziario, all'ordine pubblico monetario, ecc.

---

ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume. L'ordine corporativo fa parte integrante dell'ordine pubblico".

[121] Sull'ordine pubblico europeo, cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 323 ss. Su questa nozione, si vedano una serie di sentenze dell'ottobre 2020 sui lodi arbitrali (cfr. Cass., 8 ottobre 2020, n. 21696; Cass., 9 ottobre 2020, n. 21850) nelle quali la Cassazione discorre di *ordine pubblico unionale* che sarebbe costituito dall'"insieme di principi fondamentali dell'ordinamento unionale, funzionali per l'integrazione e l'armonizzazione degli Stati membri dell'Unione, la cui osservanza e conservazione è essenziale per la stessa esistenza dell'ordinamento unionale", richiamando altresì l'importanza delle decisioni della Corte di Giustizia per la costruzione del nucleo effettivo di questa nozione.

[122] Si veda i già richiamati contributi di Mauro Grondona e Luca Nivarra. Cfr. M. GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi*, op. cit., *passim*; L. NIVARRA, *La Cassazione*, op. cit., *passim*.

L'*ordine pubblico economico* fu una delle prime ad essere proposte dalla dottrina francese negli anni '60 del Novecento. In un celebre libro di Gérard Farjat – oggetto di una nota critica da parte di Ferri – l'ordine pubblico economico si legherebbe alla crescente economicizzazione del fenomeno giuridico, che ne avrebbe consentito la separazione dalla generale nozione di ordine pubblico assumendo una forza propulsiva a differenza del tradizionale concetto nato nel codice napoleonico quale limite negativo alla libera determinazione dei contraenti. L'ordine pubblico economico che isola, nell'ampio genere dell'ordine pubblico, una specie rinvenibile nei principi essenziali che costituiscono l'ordine giuridico della relazione economica (per usare una terminologia attuale, dello scambio di mercato),[123] ha trovato nuova vita con la normativa sulla tutela del consumatore.[124]

---

[123] F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, op. cit., p. 64. Ma si veda già L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 134: "In particolare, nel nostro ordinamento, l'affermazione d'eguaglianza sociale recata dall'art. 3, 2° comma, il diritto al lavoro enunciato nell'art. 4, le limitazioni dell'iniziativa economica introdotte nell'art. 41, capov., la stessa «funzione sociale» attribuita all'istituto (oppure al concreto diritto?) della proprietà privata nell'art. 42, 2° comma, per non dire degli obblighi e dei limiti imponibili alla proprietà terriera secondo l'art. 44 Cost., pongono in rilievo anche in Italia la figura – altrove oggetto di specifiche ricerche dottrinali – dell'*ordine pubblico in senso economico*; figura la quale potrebbe acquistare maggiore concretezza, all'atto in cui entrassero in vigore le organiche leggi di programmazione e di controllo dell'attività economica, volute dal medesimo art. 41, ult. comma, della Carta Costitituzionale".

[124] Solo per finalità descrittive, Trimarchi distingue tra *ordine pubblico politico* ed *ordine pubblico economico*: il primo attiene alla difesa della struttura dello Stato e della famiglia e alla difesa della libertà e dell'integrità dell'individuo, il secondo viene ulteriormente suddiviso in ordine pubblico di protezione (che ha lo scopo di proteggere, in certi rapporti contrattuali la parte economicamente debole che abbia subito l'imposizione di condizioni contrattuali inique, o la parte che possa aver stipulato il contratto senza una sufficiente ponderazione, non rendendosi conto del carattere vessatorio di certe clausole, o sottovalutandolo) ed ordine pubblico di struttura e di direzione economica (che è costituito dai criteri secondo i quali va condotta l'attività economica degli operatori privati e pubblici e rientrano in quest'ambito le norme e i principi che regolano la concorrenza,

È sempre alla dottrina francese che si deve la nascita (e poi lo sviluppo) della nozione di *ordine pubblico tecnologico*. Fu, infatti, un giurista francese, Théodore Ivainer, con un contributo apparso negli anni '70, a proporre l'utilizzo di questa sotto-categoria di ordine pubblico.[125] In particolare, partendo dal presupposto che le modalità di esercizio della tecnologia costituiscono un volano per lo sviluppo dell'economia. Ivainer ritenne identificabile un ordine pubblico tecnologico che, contraddistinto a suo dire da un controllo giudiziale diretto a verificare che l'esercizio delle tecnologie, non si attuasse in maniera tale da pregiudicare la sicurezza ed il buon funzionamento dell'economia: una categoria di ordine pubblico utilizzabile anche in assenza di specifiche norme. La nozione venne criticata subito da parte della dottrina italiana, con Mario Bessone in un articolo pubblicato su *Politica del diritto*. Secondo lui tale nozione "rischia[va] perciò di aggiungere ai difetti di consistenza della nozione tradizionale [di ordine pubblico] tutti i pericoli di astrazione della realtà resi inevitabili dalla mancanza di adeguati indici di valutazione dell'incidenza della tecnologia sul gran numero dei rapporti socio-economici, che la teoria giuridica potrebbe assicurarsi solo a mezzo di una analisi della dinamica del sistema produttivo ancora da avviare".[126] È verosimile che la nozione di ordine pubblico tecnologico possa tornare in auge con i nuovi progressi della tecnologia, con lo sviluppo di internet, degli algoritmi, dell'intelligenza artificiale.[127]

---

per assicurarne la libertà e la correttezza). Sul punto si rinvia al paragrafo dedicato all'ordine pubblico economico. Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni*, op. cit., p. 205 ss.

[125] T. IVAINER, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, in *J.C.P. (Le Semaine Juridique)*, 1972, I, p. 2495. Su questo, si veda il commento di M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 122 ss.

[126] Così, M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa*, op. cit., p. 129.

[127] E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, *passim*; F. NADDEO, *Intelligenza artificale: profili di responsabilità*, in *Comparazione e diritto civile*, 2020, p. 1141 ss. Si ricordi anche il XIV Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile dal titolo *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, svoltosi a

La crescente attenzione per i *valori ambientali*, ha fatto poi sì che una parte della dottrina coniasse la nozione di *ordine pubblico ecologico*.[128] Si tratta di una categoria frutto di uno studio a livello di diritto comparato, prodotto ancora della dottrina francese secondo la quale starebbe nascendo un nuovo concetto di ordine pubblico ecologico, derivante dall'ordine pubblico, venendo a costituire un *alter ego* dell'ordine pubblico economico. Il presupposto per la costruzione di tale categoria è che un potenziale cedimento del sistema ecologico comprometterebbe la pace e la sicurezza pubblica. Da qui la creazione di una imposizione di limiti ecologici inderogabili all'esercizio dell'autonomia privata e al diritto di proprietà.

Una critica all'ordine pubblico ecologico (estendibile anche alle altre sottocategorie di ordine pubblico) è messa in evidenza da un'autorevolissima dottrina. Con riferimento al rapporto tra contratto ed ambiente, Pietro Perlingieri[129] afferma infatti che un contratto, anche laddove non preveda cd. clausole ambientali (cioè clausole di tutela dell'ambiente), possa egualmente considerarsi immeritevole di tutela laddove esso si ponga in contrasto con alcuni valori, quali, ad esempio, la salute dell'uomo o/e la sua integrità psicofisica. La mancata previsione di clausole ambientali, il silenzio del contratto insomma, non osta alla qualificazione di immeritevolezza dello stesso poiché, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., il contratto viene integrato e soprattutto perché i valori che lo riguardano sono espressi da principi gerarchicamente superiori, quali quelli di *ordine pubblico costituzionale*. In questi termini, Pietro Perlingieri individua un ordine pubblico costituzionale, gerarchicamente superiore, criticando l'impostazione dottrinale che delinea un ordine pubblico ecologico (quale sottocategoria dell'ordine pubblico) capace di esaltare

---

Napoli dal 9 all'11 maggio 2019, la cui registrazione è disponibile sul sito Convegni SISDiC.

[128] M. MONTEDURO – S. TOMMASI, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Atti del Convegno – Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 192 ss.

[129] P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente*, op. cit., p. 321 ss. (in part., p. 330).

tale profilo (quello meramente ecologico), preferendo invece discorrere di ordine pubblico costituzionale includente anche valori ecologici. L'insigne studioso scrive che: «*esiste un unitario ordine pubblico, ricavabile dal sistema ed è il medesimo di tutto il sistema*»,[130] sì che il giudice, utilizzando tutte le fonti a sua disposizione, individua la normativa da applicare al caso concreto. Per lui vi è un *unico ordine pubblico fondato sul valore della persona*, tanto che lo stesso Trattato di Lisbona pone al centro del sistema quest'ultimo valore, con la necessità dunque che non trovi applicazione la singola disposizione ma che tutte vengano applicate e coordinate tra loro, anche giovandosi del combinato disposto, tramite una lettura sistematica ed assiologica. Pietro Perlingieri affronta nuovamente il tema dell'ordine pubblico, ribadendone l'unitarietà, quando esamina l'aspetto della libertà religiosa, ritenendo che l'unitarietà dell'ordine pubblico non viene scalfita neppure dalla pluralità delle fonti, affermando che: "[L'ordine pubblico] resta nozione unitaria, sintesi di normative ricollegabili a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei princípi identificativi dell'assiologia costituzionale di una complessa civiltà storicamente condizionata".[131]

7. L'ordine pubblico e il dibattito sulle clausole generali.

La ricostruzione della nozione di ordine pubblico passa necessariamente da brevi cenni sul sintagma 'clausole generali',[132] poiché,

---

[130] P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e* ambiente, op. cit., p. 331.

[131] P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 183 ss.

[132] Sulle clausole generali, in via non esaustiva, cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; F. FEDRINI, *Le clausole generali: profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; P. FABBIO, *Il dibattito italiano su principi e clausole generali e l'ideale della certezza del diritto. A proposito di un recente libro a cura di Giovanni D'Amico*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 587 ss.; V. VELLUZZI, *Le*

clausole generali. Semantica e politica del diritto, Milano, 2010; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in AA. VV., *Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio Romagnoli*, Milano, 2000, p. 1275 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede. Giornata di studio* (Pisa, 14 giugno 1985), Milano, 1987, p. 247 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede*, op. cit., p. 19 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede*, op. cit., p. 3 ss.; U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in AA. VV., *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, p. 249 ss.; T. PASQUINO, *Le clausole generali*, in F. MACARIO – T. PASQUINO (a cura di), *Il rischio del* running the business *giurisprudenziale. Atti del Convegno* (Trento, 22-23 maggio 2009), Milano, 2014, p. 1 ss.; P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in G. PERLINGIERI – M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo, interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato (10-11 novembre 2016)*, Napoli, 2017, p. 209 ss.; S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU – L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell' argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Padova, 1998, p. 39 ss.; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in F. SERRAO – L. PALADIN (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione. Atti del convegno tenuto a Trieste il 28 e 29 ottobre 1988*, Trieste, 1988, p. 49 ss.; F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 117 ss.; G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali*, op. cit., p. 49 ss.; S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali*, op. cit., p. 157 ss.; P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. CABELLA PISU – L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali*, op. cit., p. 29 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in F. MACARIO – T. PASQUINO (a cura di), *Il rischio del* running, op. cit., p. 63 ss.; L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in L. NOGLER – A. NICOLUSSI (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, p. 159 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato: una proposta di distinzione*, in B. LEUCADITO – G. PETROCCO (a cura di), *Giuristi della Sapienza. Questioni di filosofia del diritto*, Torino, 2015, p. 304 ss.;

generalmente, le nozioni di ordine pubblico (e di buon costume) vengono ricomprese tra queste.[133] È dibattuto se l'antecedente delle clausole generali possa essere rinvenuto nei *generalia brocardi* del diritto intermedio. Aurelio Gentili,[134] nella presentazione del pregevole volume del filosofo del diritto Vito Velluzzi sulle clausole generali,[135] ha chiaramente evidenziato che l'introduzione di queste, nei codici ottocenteschi, pose ai giuristi positivisti non pochi dilemmi. Persuasi dalla completezza dell'ordinamento giuridico, essi ritenevano il sillogismo giudiziale lo strumento principe per l'applicazione del diritto, relegando dunque il giudice a *bouche de la loi*. Ravvisarono nelle clausole generali una *singolarità*, non avendo esse una determinazione della fattispecie analoga a quella delle disposizioni ordinarie e un *problema* poiché, la loro presenza, metteva in dubbio proprio quel sillogismo giudiziale che propugnavano per l'applicazione del diritto perché, di

---

A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 631 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA. VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, vol. I, Napoli, 2007, p. 429 ss.; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 426 ss.; ID., *Clausole generali e controllo del giudice*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss.; ID., *Rodotà e la stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 129 ss.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 1 ss.; J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, *passim*; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984; C. LUZZATI, La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico, Milano, 1990, *passim*; F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile online, 2009, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2002; F. ROSELLI, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 667 ss.; M. TARUFFO, *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali" di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, p. 328 ss.; G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfürt, 1971.

[133] Secondo Federico Roselli la norma elastica è norma con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica. Cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile*, op. cit., p.

[134] A. GENTILI, *Prefazione* a V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, op. cit., p. XIV.

[135] V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, op. cit., *passim*.

fronte ad una clausola generale, l'integrazione valutativa da parte del giudice non solo era ammessa ma era *necessaria* per concretizzarne il significato. Pur se introdotte, in età moderna, dalle codificazioni ottocentesche, il dibattito sulle clausole generali si è spesso riproposto in dottrina a prescindere dalle forme di stato. Così, in uno Stato totalitario, come la Germania nazionalsocialista, accanto a chi le guardava con sospetto e preoccupazione, dati i rischi per l'incertezza del diritto, l'arbitrio del giudice e l'indebolimento dell'autorità della legge,[136] vi erano coloro – come Carl Schmitt – che raccomandavano l'utilizzo delle clausole generali al fine di esaltare la personalità creativa del giudice.[137] Come ricorda Federico Roselli, le clausole generali sono una costante della legislazione, essendo utilizzate anche dagli stati liberali democratici pur se la loro funzione e concretizzazione è diversa. Per l'Autore l'ordine pubblico rientra tra le "disposizioni di legge elastica" – è così che chiama le clausole generali e quei termini linguistici caratterizzatati da un'eccedenza assiologica[138] e che, consentendo la concretizzazione in considerazione della relatività storica e della mutevolezza del concetto, esprime la modernità stessa della codificazione. Nella dottrina italiana, già Francesco Ferrara, nel 1911, studiava i concetti elastici nel codice civile del 1865 e fra questi menzionava l'ordine pubblico ricordando come, in questi casi, la giurisprudenza potesse svolgere una funzione creativa: "dolo, colpa, frode, buona fede, ordine pubblico, buoni costumi, giusto prezzo, diligenza del buon padre di famiglia".[139] Il Ferrara, fervente sostenitore di una concezione positivistica, aveva per Ferri una

---

[136] Nel 1933, l'Hedemann (cfr. J.W. HEDEMANN, *Die Flucht*, op. cit., p. 3) riteneva che le clausole generali rappresentassero il problema più importante per il giurista del XX secolo.

[137] Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933. Nello stesso anno in cui l'Hedemann ricordava le problematicità delle clausole generali, lo Schmit le riteneva "inevitabili e indispensabili, e determinano interamente il quadro generale della nostra amministrazione della giustizia tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico".

[138] Così, F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 4.

[139] F. FERRARA SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 510.

preoccupazione: quella di non attribuire al giudice un potere creativo.[140] Ciò è vero, anche se Federico Roselli, nella sua monografia su *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, annovera Francesco Ferrara tra gli Autori che, a discapito dell'imperante liberalismo ottocentesco, negavano che il giudice facesse solo sillogismi, costituendo questo Autore un esempio di dottrina che velatamente criticava quel sillogismo giudiziale che mirava ad identificare il giudice quale *bouche de la loi*. Roselli riporta così un passaggio del Ferrara da cui risulta che il giudice faceva anche «delle valutazioni d'interessi, degli apprezzamenti delle esperienza sociali, dei risultati pratici della norma»: tra i concetti elastici per i quali il Ferrara ammetteva tali apprezzamenti vi erano anche l'ordine pubblico e i buoni costumi.[141]

---

[140] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 126: "Francesco Ferrara risente, inevitabilmente, delle concezioni positivistiche del suo tempo e nell'impostare il problema, muove dalla fondamentale preoccupazione di non lasciare al giudice un largo margine di discrezionalità, di non attribuirgli cioè la funzione di creare, lui stesso, il diritto. Si tratta di una preoccupazione riscontrabile anche in Francia, di una preoccupazione talmente sentita dal legislatore tedesco, da fargli rinunciare addirittura al richiamo all'ordine pubblico". Anche Fabrizio Di Marzio concorda con tale interpretazione del pensiero di Ferrara. F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 48: "La tesi, mossa dalla preoccupazione di preservare la libertà contrattuale dall'arbitro giudiziale, ha influenzato a lungo la dottrina successiva".

[141] F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 91 ss.: "Tra la fine del vecchio e l'inizio del nuovo secolo sempre più spesso la dottrina esalta la funzione dell'interprete, non mero ripetitore della formula legislativa, non semplice vox legis, ma partecipe della funzione normativa, almeno nei casi di lacuna del sistema positivo. La frequenza con cui torna a porsi, sul finire del secolo, la questione delle «lacune» dell'ordinamento è la più evidente spia di crisi del codicismo. (…) assai lucida è la posizione di Francesco Ferrara, il quale nega esplicitamente che il giudice faccia dei soli sillogismi, giacché «fa anch'esso, e come, delle valutazioni di interessi, degli apprezzamenti delle esperienze sociali, dei risultati pratici della norma, quando opera con l'interpretazione logica o per colmare delle lacune». (…) Ed il Ferrara vede anche quanto la funzione creativa della giurisprudenza debba esplicarsi quando la legge faccia ricorso a concetti elastici, quali «(…) ordine pubblico, buoni costumi». (…) Ferrara coglie, anticipando i risultati delle ricerche più moderne, la natura di *limite*, più che di *fonte*, della legge generale ed astratta, la quale lascia al giudice-

È questo, appunto, il problema che ponevano (e pongono tutt'ora) le clausole generali: quello della concretizzazione del loro significato. Tale problema equivale a comprendere se il significato da attribuire ad esse si rintracci all'interno dell'ordinamento giuridico – è questo ad esempio il pensiero di Vincenzo Barba[142] – o se, viceversa, si possano recepire contenuti presenti in ordinamenti extra-giuridici, come quello morale e sociale. È questo il pensiero di Pietro Rescigno.[143]

La stessa giurisprudenza utilizza un ventaglio di sinonimi[144] quando si trova al cospetto della ambigua nozione di clausola generale:

---

interprete non già un'illimitata libertà, ossia l'arbitrio, ma un campo ben delimitato di scelta: «… il diritto positivo non è tanto la fonte, quanto la barriera oltre la quale il giudice non può andare e nell'ambito segnato da questa barriera il giudice dovrà ricorrere alla sociologia, alla filosofia, alla psicologia, all'etica, al diritto pubblico, alla legislazione comparata, alla statistica»". Si consideri, tuttavia, che Federico Roselli cita un lavoro di F. Ferrara addirittura precedente alla pubblicazione della *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Si tratta, infatti, di F. FERRARA SR., *Potere del legislatore*, op. cit., p. 510.

[142] V. BARBA, *L'ordine pubblico*, cit., p. 425 ss.: "In un sistema ordinamentale come il nostro, caratterizzato da una gerarchia e complessità di fonti di produzione, si deve escludere che l'interprete possa rinviare e attingere a valutazioni e norme sociali, o a norme morali, o alla coscienza e ai convincimenti individuali, e affermare che egli deve attingere, esclusivamente, al sistema giuridico. Ossia al complesso dei principi che fondano il nostro ordinamento giuridico e che non soltanto costituiscono l'unica garanzia di pluralismo e democraticità, ma anche conferiscono alle clausole generali un significato normativo".

[143] In questi termini, P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1-2.

[144] Ad es., Cass., 26 marzo 2018, n. 7426, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce Lavoro (rapporto), n. 1090 per la quale la clausola generale è sinonimo di "disposizion[e] di limitato contenuto". Si legge in questa sentenza che: "I concetti di giusta causa di licenziamento e di proporzionalità della sanzione disciplinare costituiscono *clausole generali*, vale a dire *disposizioni di limitato contenuto*, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica e la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come

standard valutativo, concetto indeterminato, norma elastica, concetto valvola (*Ventilbegriffe*), nozione a contenuto variabile, ecc.[145] Viste dal punto di vista della tecnica normativa,[146] possono essere considerate

violazione di legge, a condizione però che la contestazione in tale sede contenga una specifica denuncia di incoerenza del giudizio rispetto agli *standards* esistenti nella realtà sociale e non si traduca in una richiesta di accertamento della concreta ricorrenza degli elementi fattuali che integrano il parametro normativo, accertamento che è riservato ai giudici di merito". Non si dimentichi, poi, che a volte vengono sovrapposti ai principi. Lo evidenzia, ad esempio, F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, in *forumcostituzionale.it*, 2015, p. 1 ss. (in part., p. 2-3: "Il secondo ordine di ragioni [per mantenere sullo sfondo le riflessioni di carattere squisitamente teorico-giuridico e argomentativo] riguarda invece un elemento di specifica affinità tematica tra i principi (e i diritti fondamentali come principi) e le clausole generali. Le clausole generali, invero, a prima vista parrebbero vantare coi principi una connessione contenutistica e strutturale particolarmente stretta. A volte, invero, le clausole generali sono indicate come sinonimo di quel che da altri è individuato come diritto o principio fondamentale, altre volte i principi sono presentati come archetipi delle clausole generali. E neppure sono mancati i casi in cui il rapporto «privilegiato» tra principi e clausole generali parrebbe anche «di secondo grado», esprimendosi (oltre che direttamente, pure) indirettamente al livello di quel meta-critierio (o principio) costituito dalla proporzionalità o – secondo un lessico maggiormente in uso in Italia – dalla ragionevolezza. Il principio della proporzionalità (o ragionevolezza), infatti, oltre a essere concepito, esprimendone la «legge» di reciproca ponderazione, come la necessaria modalità di funzionamento dei diritti fondamentali e dei principi (ed eventualmente anche delle clausole generali intese come principi) sarebbe esso stesso da considerare in termini di clausola generale".

[145] La distinzione tra clausola generale e *standard* si trova, di recente, nel pensiero di Vito Velluzzi. Per V. VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2018, p. 19 ss. se "la clausola generale è, infatti, il termine o il sintagma valutativo indeterminato (…); lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l'indeterminatezza".

[146] Lo stesso Rodotà ricorda come negli anni '80 seppur non si potesse parlare di un'adozione completa della tecnica legislativa per principii, nella legislazione si stava dilatando il ricorso alla tecnica delle clausole generali ricordando altresì come la legislazione più recente si allontanasse dal modello della legislazione micro-settoriale facendo viceversa ricorso alle clausole generali che comportano

come vere *valvole di sicurezza* (*Sichereitsventile*) che, seppur importanti da un punto di vista di tecnica normativa, hanno appunto il difetto (o il pregio) che necessitano di una *integrazione valutativa* da parte dell'interprete. Integrazione valutativa che, secondo la tesi forte comporta un vero e proprio potere creativo da parte dell'interprete, mentre per quella debole la discrezionalità è comunque maggiore rispetto a quella ordinaria. È evidente, allora, quanto scriveva Stefano Rodotà e cioè che le clausole generali non erano ben viste durante il periodo del positivismo, stante la richiamata concezione logicistica e l'idea del giudice quale *bouche de la loi*.[147] Storicizzando, infatti, la vicenda delle clausole generali, può dirsi che accanto a periodi di fuga *dalle* clausole generali,[148] proprio per il timore del loro utilizzo, si sono avuti periodi di

---

anche la deresponsabilizzazione del legislatore per trasferire al giudice scelte che dovrebbero, viceversa, essere fatte dal Parlamento. Cfr. S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica diritto privato*, 1987, p. 709 ss. (in part., p. 710-711).

147 S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, op. cit., p. 709 ss.;

148 P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, op. cit., p. 4; S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1283. In altro scritto, Rodotà ricorda come le diffidenze per l'utilizzo delle clausole generali non sia mai venuto meno anche se nota come negli anni '80 – lo si è già detto – vi fosse un ricorso costante e crescente alle clausole generali. Cfr. S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, op. cit., p. 712, il quale richiama, quali ipotesi più rilevanti, i seguenti concetti: «dignità e riservatezza del lavoratore», «condotta antisindacale» (art. 6 e 28 l. 300/70); «comunione spirituale e materiale tra coniugi», «interesse morale e materiale dei figli» (art. 1 e 6 l. 898/70 sui casi di scioglimento del matrimonio); «imprescindibili motivi di coscienza» (art. 1 l. 772/72 sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza); «vita privata» (art. 615 bis introdotto nel codice penale dall'art. 1 l. 98/74); «indirizzo della vita familiare», «affari essenziali», «esigenze dell'unità e della vita della famiglia», «capacità, inclinazione naturale, aspirazione dei figli», «intollerabile prosecuzione della convivenza», «grave pregiudizio all'educazione della prole», «comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio», «interesse morale e materiale» dei figli, «interesse del figlio e dell'unità familiare», «esclusivo interesse del minore» (art. 144, 145, 147, 151, 155, 316, 317 bis introdotti nel codice civile dalla l. 151/75 sulla riforma del diritto di famiglia); «salute fisica e psichica» (art. 4 l. 194/78 sull'interruzione della gravidanza); «condizioni psico-sessuali» (art. 4 l. 164/82 in materia di rettificazione di sesso); «situazione di abbandono», «gravi

fuga *nelle* clausole generali,[149] assegnando un diverso ruolo all'interprete. Se nel primo il giurista è automa, nel secondo il giurista è uomo eticamente e politicamente responsabile dell'uso della libertà. È evidente che l'ordine pubblico, come clausola generale, ha avuto una riscoperta ed una separazione dalle norme imperative quando vi è stato un cambio di paradigma da parte della dottrina in tema di clausole generali anche grazie all'opera di Rodotà, che plaude all'effettività dei precetti della Costituzione e delle leggi speciali. Con la fuga nelle clausole generali vi è anche l'esaltazione del metodo antiformalistico, prendendo atto dell'allargamento della teoria delle fonti del diritto, con l'entrata in vigore della Costituzione ed il rilassamento della centralità della dogmatica.

Lo stesso Ferri ricorda che l'utilizzo di formule vaghe, aventi cioè un carattere non precisato positivamente, è *consapevole* (cd. intenzionalità dell'indeterminatezza)[150] ed il legislatore, nel 1942, ha introdotto due clausole generali – l'ordine pubblico e il buon costume – entro le quali l'agire autonomo dei privati può (e deve) muoversi. Il punto è che nel

---

difficoltà d'idonea convivenza», «interesse del minore», «esclusivo interesse del minore» (art. 8, 23, 25, 34 l. 184/83 sull'adozione e l'affidamento dei minori); «sicurezza della repubblica» (art. 2 l. 123/83 in materia di cittadinanza). Tuttavia, per l'Autore non tutti i casi di cui a tale elenco "possono essere ricondotti ad una nozione rigorosa di clausola generale".

[149] Cfr. P. RESCIGNO, *Le clausole generali*, op. cit., p. 33; A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 405; S. RODOTÀ, Ideologie e tecniche nella riforma del codice civile, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

[150] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 32-33: "La premessa da cui conviene muovere è che l'uso, da parte del legislatore, di formule (come quelle, appunto, dell'ordine pubblico e del buon costume) aventi un contenuto non precisato positivamente, ma sufficientemente espressivo, non è casuale ma consapevole. Effettivamente, con tali formule, anche se la tecnica dell'uso di clausole generali, esprimenti, con una certa elasticità, determinate direttive e determinati limiti, relativi all'agire autonomo dei privati, è una tecnica che soltanto di recente viene considerata con favore dalla dottrina, il legislatore ha inteso porre *due clausole generali, cioè due direttive fondamentali, nell'ambito delle quali, l'agire dei privati deve muoversi;* direttive fondamentali che possono, in singoli settori o sotto determinati aspetti, trovare ulteriori specificazioni e precisazioni, ma che improntano di sé l'intero sistema del diritto privato".

codice civile non si trova né una definizione dell'ordine pubblico né si rintracciano criteri per la sua determinazione, tanto che dottrina e giurisprudenza hanno avuto diverse (e non poche) prospettive. Una definizione che spesso è riportata è quella per cui l'ordine pubblico è l'insieme dei principî immanenti nell'ordinamento giuridico che, in rispondenza allo spirito e alle finalità che persegue, debbono considerarsi in una certa epoca storica come fondamentali e inderogabili.[151] Sono due le questioni circa il contenuto. La prima è se l'ordine pubblico è autonomo (o meno) rispetto alle norme imperative: vi è chi collega l'ordine pubblico alle norme positive e vi è chi collega l'ordine pubblico alle esigenze e ai principî di carattere politico, come supreme considerazioni dello Stato, nella sua unità e comunque non necessariamente espressi in norme. Ferri, ad esempio, aderisce a tale ultima tesi ritenendo l'ordine pubblico concetto autonomo dalle norme imperative.[152] La seconda è il rapporto

---

[151] Si tratta della definizione data da Renato Scognamiglio. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, op. cit., p. 165. Sarebbero dunque l'inderogabilità e la fondamentalità dei principî (immanenti) al sistema a contraddistinguere l'ordine pubblico.

[152] Di recente, cfr. E. NAVARRETTA, *sub art. 1343 – Della causa del contratto*, in *Commentario* (diretto da E. GABRIELLI), Torino, 2011, p. 666 ss. Scrive la studiosa che: "non ci si può sottrarre al doveroso onere di una ricostruzione autonoma dell'ordine pubblico sul piano concettuale e sostanziale [e] la ricerca di un filo rosso concettuale che consenta di identificare sul terreno sostanziale l'ordine pubblico conduce verso un metodo di indagine [basato sul] dato applicativo e [sulla] casistica". Si rinvia, così, alla Costituzione, ai diritti inviolabili ex art. 2 Cost., ai principi dell'Unione e alla CEDU, presupponendo al contempo "la non equivalenza assiologica di tutti i principi fondamentali del sistema, oltre che l'ontologica conflittualità di quelli aventi pari rango" sì che la clausola generale dell'ordine pubblico è ancora più complessa, dovendo il giudice operare gerarchizzazioni e bilanciamenti tra principi. Si veda sul punto, M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 954: "Dunque, l'ordine pubblico si darebbe come un concetto sostantivo, la sua sostantivizzazione finirebbe, però, per evaporare in una clausola generale latrice di direttive altrettanto generali, che si dovrebbero attingere o direttamente interrogando(si) (sul)la coscienza sociale o per il tramite di un'altra clausola generale, quella dell'art. 2 Cost., e, nell'un caso e nell'altro, si consegnerebbe all'*ars inveniendi* del giudice, un'*ars inveniendi*, però, cui ora è dato di ignorare i confini

tra auto-integrazione ed etero-integrazione dell'ordinamento sì che Ferri si interroga se l'ordine pubblico stia dalla parte della realtà sociale o da quella dell'ordinamento giuridico. A ben pensare, è il rapporto tra autointegrazione ed eterointegrazione. Era già presente nella giurisprudenza e dottrina francese di fine Ottocento, quando alla tesi per la quale l'ordine pubblico avrebbe fatto riferimento ai fondamentali interessi della società (proteggendo la clausola l'individuo nella società) si contrapponeva quella per cui l'ordine pubblico era integrato dai principî fondamentali dell'ordinamento giuridico (proteggendo la clausola l'ordinamento giuridico statuale).

Da un lato, per chi sostiene che l'ordine pubblico getti un ponte con la realtà sociale, la clausola esprimerebbe principî il cui contenuto è rimesso a fattori sociali, politici, economici, morali di una data realtà storica, flottanti nel tempo.[153] In questi termini, l'ordine pubblico costituirebbe una valvola di sicurezza in grado di attenuare la rigidità del sistema, permettendo a questo di adattarsi secondo la mutevole esperienza della realtà, superando così quella massima per cui il codice nasce vecchio sì da permettere l'ingresso nell'ordinamento giuridico di regole espressione delle esigenze della realtà, principî non rigidamente predeterminati che costituiscono il riflesso della realtà sociale (come gli usi e l'equità). Dall'altro lato – è questa la tesi di Ferri (che taccia la prima di miopia e disattenzione) – vi è chi ritiene un errore inquadrare l'ordine pubblico in questa categoria di principi poiché l'ordine pubblico (ed il buon costume) "non intendono esprimere il modo di organizzarsi della realtà sociale, ma [pongono] un criterio di valutazione, (…) un indirizzo vincolante, anzi rigorosamente vincolante, che vuol condizionare lo stesso organizzarsi della realtà, la stessa esperienza giuridica".[154] Ordine pubblico e buon costume esprimono allora un principio ordinante e non una modalità di organizzazione della realtà sociale. In questi termini, ordine pubblico e buon costume *stanno dalla parte dell'ordinamento giuridico e non da quella della realtà sociale*, rappresentando la sintesi degli

dell'ordinamento per attingere da qualcosa che, in un modo o nell'altro, lo oltrepassa".

[153] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 33.

[154] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 34.

aspetti più rilevanti e fondamentali dell'ordinamento.[155] Se è vero che il loro valore sacramentale potrebbe e dovrebbe essere espresso in carte costituzionali, più che nel codice civile, Ferri ricorda in proposito che il codice civile ottocentesco assumeva un carattere costituzionale (in particolare le disposizioni preliminari).[156]

Giova dire che Ferri parla talvolta di ordine pubblico come principio, mentre altre volte di ordine pubblico come clausola generale. Per la dottrina, la distinzione tra clausola generale e principio è più netta:[157] c'è un vivace dibattito circa i criteri per distinguere tra clausola generale e principio.[158] La clausola generale è, infatti, un frammento di

---

[155] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 35.

[156] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 35-36.

[157] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 423. Scrive F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 16: "La clausola generale, potremmo dire, rimanda ai principi, li contiene in sé, ma *non si fa mai essa stessa principio*, se non nell'istante in cui viene interpretata, e quindi «riempita»". La studiosa ricorda (p. 16, nota 20) la tendenza della dottrina di riempire le clausole generali ispirandosi ai principi costituzionali che solleva il rischio di rendere inutili le clausole generali laddove queste si appiattissero sui principi costituzionali. La soluzione che individua è quella di "riconsiderare lo stesso rapporto tra clausole generali (codicistiche) e principi (costituzionali), nel senso che talvolta i due strumenti si porrebbero in un rapporto di genere (principi) a specie (clausola generale), talvolta invece essi esprimerebbero valori distinti, sebbene necessariamente compatibili". Scrive sempre l'Autrice (p. 20): "(…) l'ordine pubblico è una clausola generale [; della clausola generale e non del principio] condivide (…) la struttura (e in parte la funzione). (…) Dal punto di vista strutturale (…) la clausola di ordine pubblico è rimasta invariata, pure in un contesto di radicale rivolgimento dei principi ispiratori dell'ordinamento".

[158] F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, *passim*; A. GUARNERI, *Clausole generali*, op. cit., p. 408; P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, c. 1960. Di recente, F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 20 ss. si interroga sul rapporto che lega principi e clausole generali. Per entrambe le ipotesi, "all'ordinamento giuridico viene assicurato un collegamento con il piano fattuale" anche se si articola diversamente. In particolare, la Caroccia evidenzia la diversità tra dimensione valoriale diretta del principio e dimensione valoriale indiretta della clausola generale. Si dice che

norma, una espressione dal valore semantico indeterminato, contenuta in una norma (regola o principio) ed è incerto è il parametro di valutazione del comportamento, in considerazione della vaghezza di contenuto; viceversa il principio è una norma compiuta in cui è certo il parametro di valutazione del comportamento ma è incerto il livello di soddisfazione. Già Rodotà avvertiva che le clausole generali non sono principi – cioè valori fondativi di un ordinamento o di una parte – perché le clausole generali operano nell'ambito segnato dai principi. Più recentemente Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra hanno ritenuto improprio l'accostamento dell'ordine pubblico alla categoria 'principio' poiché, partendo dal presupposto che per 'principio' si deve intendere sia ogni norma di particolare importanza, dalla quale emerge il senso complessivo di un ambito della vita e del diritto sia la costante di una pluralità di norme, l'ordine pubblico "non è un principio, ma si compone di principi e delle regole che ne sono espressione".[159] In questi termini, gli Autori collegano l'ordine pubblico alle clausole generali che non sono principi (né deduttivi né di argomentazione dialettica), ma impartiscono al giudice una direttiva per la ricerca delle norme di decisione, una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto e che

---

i valori vivono attraverso la positivizzazione nei principi. Se è vero che i valori vivono principalmente, seppure non esclusivamente, attraverso la loro positivizzazione nei principi, scrive A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, p. 360 che i principi costituzionali sono "la manifestazione nell'ordinamento della natura sistemica dei valori" e dagli stessi si può "scorgere la forma del sistema assiologico costituzionale". Viceversa, con riferimento alle clausole generali, non viene richiesto all'interprete l'individuazione/selezione del valore di riferimento ma l'individuazione/selezione del principio. Conclude la Caroccia (p. 24) che "la clausola generale rinvia al valore soltanto attraverso la mediazione del principio". Per la Caroccia, dunque, "è nel rapporto con i valori, dunque, che la differenza tra clausole generali e principi può essere meglio colta: se i principi *lato sensu* costituzionali sono l'espressione di un sistema assiologico che proprio attraverso di essi si viene a strutturare, nella clausola generale quel sistema è già dato, e all'interprete è rimessa solo la scelta (*rectius*) il bilanciamento tra principi. L'applicazione della clausola generale non è mera applicazione di un principio, ma è ricostruzione del sistema di principi dato" (p. 25).

[159] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 29.

richiedono, per la applicazione, la mediazione di regole che descrivono casi e comportamenti. È nota in proposito la definizione di clausola generale data da Pietro Perlingieri e Pasquale Femia: le clausole generali sono "frammenti di disposizioni normative caratterizzati da un particolare tipo di vaghezza in cui è incerto il parametro di valutazione".[160] È questa definizione che permette di dare risposta ad una domanda ricorrente quando si affronta la tematica delle clausole generali e cioè se esse siano norme o, viceversa, costituiscano parti di norme. Così, alcuni definiscono la clausola generale come "frammento di norma giuridica", nel senso che esse costituiscono una componente della norma;[161] altri parlano di "disposizione di legge elastica";[162] altri, ancora,

---

[160] P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., Napoli, 2004, p. 28 ss.

[161] A. BELVEDERE, *Le clausole generali*, op. cit., p. 632: "(…) è quindi molto apprezzabile lo sforzo per una maggiore precisione di chi parla (…) di norma contenente una clausola generale, facendo capire che per clausola generale dobbiamo intendere soltanto una componente (dell'enunciato normativo e) della norma".

[162] F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., *passim* (in part., p. 4-7: "Con l'espressione «disposizione di legge elastica» ci si riferirà qui ad ogni enunciato di legge formulato in termini linguistici tali, per la loro genericità, da richiedere all'interprete giudizi di valore, ossia giudizi fondati su regole o criteri della morale o del costume, ovvero propri di determinate cerchie sociali, o discipline o arti o professioni. Si ritiene assai perspicua la definizione secondo cui una disposizione elastica è caratterizzata da un'eccedenza di contenuto assiologico rispetto alle altre disposizioni legislative del sistema. Può anche dirsi che essa rappresenta l'opposto della norma definitoria, la quale, specificando il significato di altre norme, e perciò limitando e dirigendone l'interpretazione, garantisce una maggiore sicurezza nell'applicazione del diritto, che è quanto dire (in termini di realismo giuridico) una più ridotta imprevedibilità dell'esito dei processi. (…) Norma elastica dunque è qui da intendere nel senso di norma con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica. Il termine di origine tedesca «clausola generale» è oggi diffusa nella letteratura giuridica italiana ed è entrato anche nel lessico anglosassone (*general clause*), ove si parla però più spesso di *legal standard*: nel presente testo si preferisce tuttavia parlare di «disposizione di legge elastica», data la troppa genericità dell'espressione «clausola generale», spesso segnalata e risultante anche dalla dottrina italiana,

di regola incompleta, nel senso di norme prive di fattispecie.[163] In particolare, dal pensiero di Luigi Mengoni emerge il passaggio delle clausole generali da norme di rinvio (ad altre norme) a norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma concreta di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale.[164] Recentemente, a proposito dell'ordine pubblico internazionale, Vincenzo Barba ha scritto che esso è una clausola generale, cioè "un frammento di norma giuridica caratterizzato da una certa vaghezza intenzionale, dipendente dal fatto che il suo contenuto rinvia ad altre valutazioni. Clausola generale è, infatti, espressione con la quale si evoca una vera e propria tecnica di normazione, per effetto della quale il legislatore inserisce in una norma giuridica (e di qui la circostanza che si tratta soltanto di un frammento di norma e mai di una norma in sé compiuta) un criterio di valutazione elastico, che rinvia a una pluralità di altre valutazioni; più semplicemente parole o espressioni di valore semantico intenzionalmente indeterminato (es. buona fede, ordine pubblico, utilità sociale, dignità umana, danno ingiusto), che introducono

---

sul riflesso di quella tedesca, ove non si concorda, ad esempio, sull'opportunità di escludere dalle clausole generali le direttive del legislatore costituzionale").

[163] Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica dir. privato*, 1986, I, p. 10 ss. parla di regola incompleta cioè di regola priva di una fattispecie: "In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni".

[164] L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, op. cit., p. 10 e p. 13: "Le clausole generali impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta (…). Da norme di rinvio (ad altre norme), quali erano concepite all'origine, le clausole generali si sono trasfigurate in norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale. La direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento, che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale".

elementi di elasticità applicativa della norma".[165] La clausola generale, ricorda Barba, deve essere poi distinta dal principio che è, invece, una norma compiuta che esprime la massima realizzazione di un valore in cui il parametro di valutazione del comportamento è sempre certo mentre incerto è il livello di soddisfazione, cioè con quale intensità e in quale soluzione è attuato nei singoli casi concreti.[166]

La caratteristica propria della clausola generale è il contenuto, intenzionalmente indeterminato, parlandosi di elasticità applicativa della norma che si lega, inscindibilmente, alla necessità per l'interprete di concretizzare, di riempire di contenuto la clausola generale, rinviando ad altre valutazioni. Secondo Pietro Rescigno, le clausole generali sono norme che contengono una eccedenza di contenuto assiologico rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole. Vi è una delega al giudice, ricercando così valori al di fuori dell'ordinamento positivo. Sulla stessa linea di pensiero, anche Cesare Massimo Bianca secondo il quale le clausole generali consentono all'ordinamento di adeguarsi alla progressiva evoluzione della realtà sociale, affidando al giudice un ampio potere di concretizzazione del contenuto precettivo delle norme giuridiche. Da parte sua, Carlo Castronovo (ricordando il potere giudiziale di concretizzazione della clausola generale) definisce la clausola generale come un concetto elastico, che per l'applicazione della norma in riferimento al caso concreto necessita di una *previa integrazione valutativa da parte del giudice*. Rodotà si sofferma, poi, non tanto sulla necessità di integrazione valutativa delle clausole generali ma sulla loro struttura come fattispecie aperte ed intenzionalmente indeterminate.

---

[165] V. BARBA, *L'ordine pubblico*, cit., p. 423-424.

[166] Secondo V. BARBA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 424-425: "La clausola generale si differenzia dal principio non soltanto perché l'ultimo è norma compita, che esprime la massima realizzazione di un valore, mentre la prima è soltanto un frammento di norma, ossia un'espressione di valore semantico indeterminato incluso in una norma (regola o principio), ma anche perché nel principio è sempre certo il parametro di valutazione del comportamento, essendo incerto soltanto il suo livello di soddisfazione (ossia con quale intensità e in quale soluzione esso sarà attuato nei singoli casi concreti), mentre nella clausola generale è incerto proprio il parametro di valutazione del comportamento, in ragione della necessaria vaghezza del suo contenuto".

Se l'indeterminatezza è intenzionale, è pur vero che il pregevole volume di Federico Roselli analizza gli strumenti interpretativi atti a ridurre l'indeterminatezza delle disposizioni di legge elastiche. Analizzando gli argomenti interpretativi volti ad attribuire un significato alle clausole generali, Roselli distingue tra strumenti *auto-integrativi* ed *etero-integrativi*,[167] tra argomenti interpretativi che attribuiscono il

[167] Per completezza, si dica che Federico Roselli individua una serie di argomenti che possono essere utilizzati dalla Cassazione "per ridurre l'area di indeterminatezza delle disposizioni di legge elastiche". Precisa Roselli che sono argomenti interpretativi, da riferire cioè all'attività con cui il giudice attribuisce il significato alle formule legislative. Gli strumenti auto-integrativi dell'ordinamento si riconducono ad una disposizione di legge ordinaria (art. 12 preleggi), mentre quelli etero-integrativi sono collegati con disposizioni della Costituzione. In particolare, Roselli analizza uno strumento auto-integrativo, come l'argomento della completezza e coerenza dell'ordinamento, resi legittimi dall'art. 12 preleggi. In questi termini si legittima l'interpretazione sistematica: "il primo modo di interpretare le clausole generali è quello di inserirle nel sistema delle altre norme positive, e anzitutto di quelle costituzionali" (p. 213). L'interpretazione sistematica "richiede che l'interprete operi come se tutte le norme, nel cui contesto quella da interpretare è collocata, siano state emanate in vista di un fine comune o di fini tra loro coordinati" (p. 213). Si afferma, così, che l'interprete nell'utilizzare questo argomento, è assoggettato alle scelte di valori presenti in Costituzione. Si tratta di argomento, per Roselli, reso attuale tanto dal testo della Costituzione che dalle pronunce della Corte Costituzionale. All'interno dell'argomento sistematico, Roselli colloca oltre all'interpretazione sistematica in relazione alle norme infra-costituzionali, anche l'*analogia legis* e quella *iuris*. Oltre agli argomenti quasi logici (argomento *a contrario* ed argomento *a fortiori*), vi sono poi argomenti affidati a tecniche che si allontanano dal ragionamento apodittico avvicinandosi a quello del verosimile e dell'opinabile. Così, ad esempio, per l'argomento *ab auctoritate*, l'indeterminatezza della disposizione di legge elastica sarebbe ridotta dall'autorità costituita dalla giurisprudnza teorica (e dalla *communis opinio* della dottrina). Ancora, per gli *argomenti sociologici* – che vengono ricompresi nella più ampia categoria degli *argomenti naturalistici* – alle norme di legge viene attribuito un significato attraverso norme e valori estranei all'ordinamento statuale. Per Roselli questi argomenti "permettono di cogliere meglio l'evoluzione della giurisprudenza – quanto all'interpretazione delle clausole generali – nel

significato alle clausole generali attraverso criteri desumibili dall'ordinamento (e non dall'arbitrio dell'interprete) e quelli che, allontanandosi dal ragionamento apodittico (o del certamente vero), entrano in quello del verosimile e dell'opinabile.[168] Concentrandosi solo sui primi, Roselli ricorda che questi riconducono il significato delle formule elastiche alle disposizioni di legge, basandosi sugli argomenti della completezza e della coerenza dell'ordinamento e sull'interpretazione sistematica, inserendo le clausole generali nel sistema delle norme positive, prime fra tutte quelle costituzionali, essendo la Costituzione àncora di salvataggio da ogni arbitrarietà. Secondo Roselli, uno strumento utilizzabile dall'interprete per definire il contenuto delle clausole generali, per concretizzare cioè il contenuto, si trova nella Costituzione e nei principi che questa esprime con le norme costituzionali che divengono direttive interne del sistema civilistico.[169] Così, ad esempio, il principio di solidarietà (è solo uno dei tanti che si evincono dalle norme costituzionali) diviene uno "strumento di definizione concreta delle clausole generali, utile nel diritto delle obbligazioni per definire, nel suo contenuto, il comportamento a cui sono tenuti i soggetti, attivo e passivo del rapporto obbligatorio (buona fede e correttezza), ovvero per definire la misura dell'impegno (diligenza) richiesto al debitore, una volta che sia stato determinato il contenuto della prestazione".[170] Negli anni '80 Roselli ricordava come la norma costituzionale potesse svolgere, alternativamente, una *funzione negativa* o una *funzione positiva*: da un lato, la norma costituzionale poteva funzionare come limite di compatibilità (cd. funzione negativa) nel senso che il significato da attribuire alla disposizione di legge elastica non doveva essere incompatibile con la norma costituzionale;[171] dall'altro la

---

passaggio dall'ordinamento autoritario a quello pluralista" (p. 232). È riconducibile alla categoria dell'argomento naturalistico quello che comporta il ricorso a norme extra-statali, formate nell'ambito di ordinamenti minori, come comunità intermedia. Cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 211 ss.

168 F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 229.

169 F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 217.

170 F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 218.

171 F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 219.

norma costituzionale poteva influire direttamente (cd. funzione positiva) sull'operazione interpretativa come principio generale o presupposto da cui desumere il significato della disposizione di legge elastica, favorendo una giurisprudenza innovativa.[172]

Secondo Pietro Perlingieri, se è vero che attraverso le clausole generali viene lasciata all'interprete la possibilità di adeguare la norma alla situazione di fatto, esse devono essere applicate nella logica della solidarietà costituzionale e non in quella per le quali esse nacquero. In particolare, devono essere lette alla luce dei principi costituzionali dove emerge il valore della persona come individuo e della sua dignità,[173] nell'ambito segnato dai principi costituzionali. Giovanni Perlingieri precisa poi che la ragionevolezza è essenziale anche nella interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali.[174] Si consideri, altresì, che

---

[172] F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 221.

[173] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 83 ss.: "Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto. (…) Le clausole che nel codice del 1942 erano ispirate ad una ideologia produttivistica ed autarchica assumono un diverso significato se lette ed applicate nella logica della solidarietà costituzionale. (….) Le clausole generali vanno lette nella logica che si è proposta, non in quella nella quale esse nacquero e per la quale furono inserite nelle leggi e nel codice".

[174] G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Iberoamericana*, 2019, p. 10 ss. (in part., p. 28: "La ragionevolezza è essenziale anche nell'interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali". A proposito del rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza, Giovanni Perlingieri scrive che: "«Nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre». La ragionevolezza non è concepibile isolatamente né dai principi fondamentali, che in quanto tali identificano e caratterizzano il sistema ordinamentale vigente, né da altri concetti ormai noti anche alla scienza giuridica. Ragionevolezza e proporzionalità cooperano per la decisione del caso senza mai sovrapporsi. La ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura. Ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole. Una reazione proporzionata può risultare irragionevole. Un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo rispetto agli interessi e ai valori coinvolti in un caso concreto. Ad esempio, la scelta, condivisa

sempre Roselli, ritiene che il significato delle disposizioni di legge elastiche possa essere desunto, oltre che dalle norme costituzionali, anche attraverso le norme legislative ordinarie[175] ed in particolare attraverso i principi generali dell'ordinamento dello Stato ex art. 12 disp. prel. cod. civ. che possono essere intesi, alternativamente, come norme inespresse (e dunque si opererebbe all'interno della interpretazione sistematica), ovvero come espressione di valori e principi della Costituzione (ed è questa la tesi di G.B. Ferri) sì che si rientra alla rilevanza della Costituzione nella interpretazione delle disposizioni di legge elastiche.

Anche l'analisi giurisprudenziale mette in luce talune problematiche:[176] a) se le clausole generali sono norme o parti di norme elastiche; b) le clausole generali sono caratterizzate da indeterminatezza semantica e da elasticità, il tipo o la forma di indeterminatezza semantica da cui sono caratterizzate; c) la determinazione del contenuto richiede una integrazione valutativa da parte dell'interprete e dunque la questione della integrazione valutativa; d) il rapporto tra indeterminatezza ed integrazione valutativa. Così, ad esempio, una recente sentenza della Cassazione in materia di lavoro ha stabilito che i concetti di giusta causa e di giusta causa di licenziamento sono clausole generali definite come "disposizioni di limitato contenuto, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica". In questo senso, sembra che il carattere proprio sia rappresentato dalla opera di concretizzazione della clausola generale che avviene tramite fattori esterni ed interni al sistema giuridico. Con riferimento, poi, al

---

dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fino alla metà del '900, di separare *in egual misura* all'interno di un *autobus* le zone riservate ai bianchi da quelle riservate ai neri (secondo la nota dottrina del "separati ma uguali") è, come evidente, *proporzionata* ma irragionevole nel nostro sistema" (p. 38). Per Perlingieri, la proporzionalità e la ragionevolezza *cooperano* nella decisione del caso, pur divergendo sul piano concettuale.

[175] F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile*, op. cit., p. 226.

[176] V. VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali,* op. cit., p. 20; ID., *Le clausole generali*, op. cit., p. 24.

criterio per concretizzare la clausola generale si legge che: "L'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali (…) non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale e… agli ulteriori standard valutativi rinvenibili, oltre che nella disciplina collettiva, anche nella coscienza sociale". Dunque: è possibile un controllo di legittimità del metodo seguito nella concretizzazione della clausola generale[177] poiché l'interpretazione-applicazione di una disposizione formulata con una clausola generale dà luogo ad una questione di diritto e quindi è sottoposta al sindacato del giudice di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Scrive Salvatore Patti che: "Facendo uso della clausola generale si pongono nella premessa maggiore del sillogismo i parametri e il risultato dell'analisi sui parametri [di giudizio; sì che] quando il giudice di merito sbaglia in questa fase non commette un errore di fatto ma di diritto. Di conseguenza, sotto questo profilo, è certamente ammissibile il controllo della Corte di cassazione sull'applicazione della clausola generale".[178]

---

[177] Si veda, ad esempio, Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Foro it.*, 1970, c. 1977 ss. in tema di ripudio. Si legge nella motivazione che: "(…) i poteri della Suprema Corte incontrano i consueti limiti istituzionali, per cui, mentre *le è consentito di sindacare il giudizio espresso dalla corte d'appello in ordine alla definizione del concetto di ordine pubblico*, alla qualificazione giuridica del contenuto del provvedimento delibando, ed alla contrarietà, o meno, di esso all'ordine pubblico predetto (trattandosi di problemi che involgono la soluzione di questioni giuridiche), le è inibita quell'indagine di fatto costituita dall'esame diretto del provvedimento medesimo e volta ad identificare in concreto il contenuto materiale di esso".

[178] S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, op. cit., *passim* (in part., p. 93). Nello stesso senso, si esprime il legislatore, cfr. art. 1, comma 43, l. 92/2012 (in tema di giusta causa e giustificato motivo oggettivo). Si consideri che il giudizio di applicazione delle clausole generali non deve essere confuso con il giudizio di equità. Al riguardo, si distingue tra equità sostitutiva ed integrativa. Il giudizio di equità sostitutiva non è suscettibile di controllo in Cassazione se non per vizio di motivazione mentre il giudizio di equità integrativa può essere sindacato ex art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. quando il giudice, sconfinando, abbia

Si afferma tradizionalmente che l'ordine pubblico deve essere ricavato dal sistema positivo, a differenza del buon costume che andrebbe collegato alla tradizione morale che viene espressa dalla società in un determinato periodo storico e quindi riferendosi a valori esterni all'ordinamento giuridico. Nella voce apparsa nel 1965 sul *Novissimo Digesto Italiano*, Livio Paladin scriveva che: "l'ordine pubblico viene accompagnato e contrapposto al buon costume; ed in quanto quest'ultimo concetto è tradizionalmente sistemato in diritto civile sul terreno metagiuridico della morale corrente, la prima nozione si vede – per converso – attribuire un contenuto giuridico-positivo".[179] Tuttavia, come si dirà oltre, G.B. Ferri (così come moltissimi altri studiosi) da un lato ritiene che l'ordine pubblico sia concetto normativo che non si confonde né con le norme imperative, né con il buon costume, anche quest'ultimo da legare all'ordinamento giuridico, nel senso che "un criterio morale, per così dire, comune, forse può individuarsi proprio nella morale giuridica, che consiste nell'insieme di valori, riguardanti l'individuo come uomo e come cittadino, che l'ordinamento giuridico esprime".[180]

Si ricordi, inoltre, quella dottrina che esclude la riconducibilità dell'ordine pubblico alla categoria delle clausole generali.[181] Loris Lonardo concordando sulla natura di concetto indeterminato dell'ordine pubblico (sì che l'interprete partecipa alla interpretazione della formula), collocandolo ben lontano dal tradizionale sillogismo giudiziale, si interroga su due questioni: se l'ordine pubblico possa essere considerato come una clausola generale, ovvero se esso possa definirsi come "espressione riassuntiva di principi generali" da ricavare deduttivamente od induttivamente dalle norme imperative. Le due configurazioni, cioè

---

violato le norme legislative che operano, come cornice, nella materia. Si ricordi, comunque, che il giudizio per equità sostitutiva è possibile solo se le parti la chiedono ai sensi dell'art. 114, cod. proc. civ. e che l'art. 339, comma 3, cod. proc. civ. ha trasformato l'equità del giudice di pace in equità integrativa.

[179] L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 133.

[180] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 270.

[181] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 375 ss.

quella dell'ordine pubblico come clausola generale e quella dell'ordine pubblico come espressione dei principi generali dell'ordinamento sono spesso associate. Per Lonardo, però, non vi è consapevolezza di questo accostamento tra configurazioni diverse. In sintesi, si può dire che per Lonardo non è coerente ritenere l'ordine pubblico una clausola generale se poi i suoi contenuti vengono fatti coincidere con i principi generali ex art. 12 disp. prel. cod. civ. Per lui, una disposizione normativa può essere qualificata clausola generale quando la sua indeterminatezza è utilizzata consapevolmente dal legislatore e l'interprete è chiamato ad una collaborazione più intensa. Ritenere l'ordine pubblico una clausola generale equivarrebbe a permettere all'interprete di procedere ad integrazioni di carattere metagiuridico. Lonardo ricorda tuttavia l'art. 101, comma 2, Cost. secondo cui il giudice è soggetto *solo* alla legge. Il ricorso ad un criterio sociologico aggiunge sì elementi di utilità da un punto di vista descrittivo ma tale ricorso è teso sempre a far sì che con il criterio sociologico si facciano emergere le convinzioni profonde, orientante in senso giuridico, di carattere culturale dell'interprete e non l'opinione maggioritaria dell'ambiente sociale. In realtà per Lonardo "i contenuti dell'ordine pubblico sono invece costituiti da disposizioni normative" e per dare un significato all'ordine pubblico occorre porre nella giusta relazione i due termini presenti nell'art. 1343 cod. civ.: ordine pubblico e autonomia privata, di cui il primo costituisce il limite del secondo. Si parla di limite perché viene assunta l'autonomia privata a soggetto logico ed assiologico del discorso. Secondo Lonardo ritenere che l'ordine pubblico costituisce una clausola generale è incoerente[182] nel momento in cui quest'ordine pubblico si comporrebbe dei principi generali dell'ordinamento ex art. 12 disp. prel. cod. civ. Né può ritenersi una clausola generale che consente l'apertura dell'ordinamento verso la realtà sociale. Per Lonardo, peraltro l'ordine pubblico non può essere neppure visto come espressione di principi generali.

[182] Per Lonardo è inopportuno il riferimento alla clausola generale anche perché questa è categoria ancora da ricostruire e vi sono difficoltà nel ritenere un processo unitario di concretizzazione delle clausole generali. Tuttavia, egli concorda sul fatto che il significato deve essere ricavato all'interno dell'ordinamento giuridico. Cfr. sul punto, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 376 ss.

8. L'ordine pubblico e gli individui.

Come si è ricordato, per Ferri la *consacrazione* dell'ordine pubblico all'interno del codice napoleonico ha espresso dunque l'ordine sociale instaurato attraverso la Rivoluzione francese (con la soppressione delle corporazioni e la rilevanza dell'individuo), che si pone su un piano diverso da quello del diritto pubblico. In particolare – e su questo Ferri si sofferma più volte – i *valori* che connotano l'ordine pubblico devono *presidiare esclusivamente i rapporti tra cittadini*, cioè rapporti tra soggetti che si trovano in posizione di parità, operando nel campo dell'autonomia privata dove gli individui sono liberi di regolare i propri interessi nel rispetto, appunto, dell'ordine pubblico (oltre che della legge e del buon costume). Per Ferri l'ordine pubblico *non riguarda i rapporti tra cittadini e Stato* perché i valori non devono essere affermati nei confronti dello Stato essendo quest'ultimo ad aver posto questi valori a base dell'organizzazione della società, ma solo nei rapporti tra individui. È significativa quanto scrive: "L'ordine pubblico, dunque, non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo, in funzione delle superiori esigenze dello Stato, ma pone limiti all'autonomia dei privati per il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo".[183] Secondo Fabrizio Di Marzio, l'ordine pubblico rappresenta "i valori fondamentali dell'ordinamento in un determinato momento storico, ponendosi come limite all'autonomia privata che, nel suo libero esplicarsi, deve comunque rispettare quei valori".[184]

Questo aspetto – il fatto cioè che l'ordine pubblico riguardi i rapporti tra cittadini – è sempre presente nelle tesi di Ferri. Lo riprende, ad esempio, a proposito della nozione di ordine pubblico economico[185]

---

[183] G.B. FERRI, *Ordine pubblico e buon costume*, op. cit., p. 63.

[184] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 46-47.

[185] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 224 ss.: "(…) è bene sgombrare il terreno da quella possibile fonte di equivoci costituita dall'accostamento, che sovente viene proposto, tra il problema dell'ordine pubblico e il fenomeno dell'ordinamento pubblicistico dell'economica; accostamento che, per certi aspetti, si rivela fondato su un errore di prospettive

(che critica) e nella distinzione tra ordine pubblico ed ordinamento pubblicistico dell'economia. Puntualizza che l'ordine pubblico trova

---

analogo a quello che si compie quando con notevole approssimazione si consideri l'ordine pubblico come specificazione dell'interesse pubblico. è bene così ricordare e ribadire come in ogni sistema liberista l'interesse pubblico rappresenta la cornice all'interno della quale gli interessi privati possono realizzarsi; ed è in questo senso che si coglie l'esattezza di quanto già affermò il Portalis, circa il ruolo, appunto di cornice e quindi di limite, svolto dall'interesse pubblico nei confronti di quelli privati. Ma, dentro tale cornice, gli interessi privati incontrano un ulteriore limite che dipende dal fatto che tutti quanti debbono poter insieme coesistere e realizzarsi. Una cosa è dunque stabilire quali siano gli interessi privati che possono realizzarsi in un determinato sistema giuridico (e questa funzione svolge appunto la *cornice* costituita dall'interesse pubblico); altra cosa è, invece, individuare gli strumenti attraverso cui gli interessi, che è consentito si realizzino, possano coesistere tra loro e, quindi, possano tutti quanti concretamente realizzarsi. L'ordine pubblico opera dunque all'interno della cornice (tracciata dall'interesse pubblico all'interesse privato) in funzione e in vista di questa coesistenza; per impedire cioè che la realizzazione del singolo interesse individuale (consentito) si attui attraverso la violazione di altri interessi individuabili (consentiti). Per questo affermiamo che l'ordine pubblico è destinato ad operare nei rapporti tra individuo ed individuo e che pertanto non possa essere confuso con l'interesse pubblico che è, invece, destinato ad incidere sui rapporti tra individuo e stato. Un analogo rapporto può stabilirsi tra l'ordinamento pubblicistico dell'economia che opera (come l'interesse pubblico nei confronti di quelli privati) in alternativa all'iniziativa economica privata, costituendo così la cornice nella quale questa può realizzarsi, e il principio dell'ordine pubblico che, in un sistema liberista, si pone invece come limite all'iniziativa economica privata. Questa infatti, nei confini tracciati dall'ordinamento pubblicistico dell'economia, deve realizzarsi rispettando il principio della libertà di concorrenza su cui appunto si fonda e si giustifica l'istituto dell'iniziativa economica privata. Ed allora, come l'ordine pubblico è, in un sistema di libertà, a tutela della coesistenza tra le singole libertà di ogni individuo partecipe di questo sistema, la stessa funzione è chiamato a svolgere nei confronti di quella particolare libertà costituita dal potere di iniziativa economica privata. In un sistema che vuol essere ancora liberista è evidentemente necessario che l'iniziativa economica dell'uno coesista con quella dell'altro. È un'esigenza di carattere per così dire esistenziale, connaturata ai caratteri fondamentali di un sistema appunto fondato sulla libertà di concorrenza".

applicazione non solo con riferimento all'attività contrattuale ma *anche con riferimento all'iniziativa economica privata*. Al contempo, per lui l'ordine pubblico, non dovrebbe trovare applicazione in alcuni settori, come il diritto di famiglia, dove i comportamenti rilevanti sono rigidamente fissati ed in cui manca ogni possibilità di far ricorso a clausole generali e principî ulteriormente limitativi rispetto a quelli che emergono dalla loro già rigida caratterizzazione.[186] Vero è, tuttavia, che oggi invece l'ordine pubblico – come si vedrà nel secondo capitolo di questo lavoro – trova applicazione anche in ambito familiare, tanto da parlare di ordine pubblico familiare, sempre più spesso chiamato in causa.

Con riferimento al rapporto tra il diritto pubblico ed il diritto privato, per l'insigne Autore, il diritto pubblico rappresenta la cornice dei rapporti privati e la sua funzione non è solo quella di tutelare i diritti ma anche di limitarli. Così, se il limite al diritto di proprietà è rappresentato dalla pubblica utilità, il limite alla libertà di contrarre è proprio l'ordine pubblico. L'ordine pubblico è, allora, l'ordine sociale (frutto, al tempo del codice napoleonico, della Rivoluzione), che si basava allora sulla soppressione delle corporazioni e della distinzione degli individui tra stati incomunicabili e che si basa sulla centralità dell'individuo. Oggi, il mantenimento dell'ordine sociale è invece la tutela delle posizioni fondamentali che si concentrano sull'individuo e che caratterizzano l'intera società tanto da avere una rilevanza generale non solo nei rapporti tra cittadini e Stato ma soprattutto nei rapporti tra cittadini. Il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini diventa allora un interesse di portata generale. Il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino caratterizza l'ordine sociale *attuale* e deve essere assicurato anche nel campo in cui lo Stato non interviene e dove i cittadini sono liberi di regolare i loro interessi, cioè l'autonomia dei privati. Le concezioni giusnaturalistiche vedevano nella proprietà un diritto sacro e inviolabile, ma come la proprietà può essere sacrificata di fronte ad esigenze di pubblica utilità l'autonomia privata non può porsi in contrasto con l'ordine sociale che vuole gli individui ugualmente liberi.

---

[186] G.B. FERRI, *Ordine pubblico e buon costume*, op. cit., p. 62.

La rilevanza dell'ordine pubblico nei rapporti tra privati è ben messa in luce dal nostro Autore quando scrive: "[L'ordine pubblico] esprime taluni valori che non tanto devono essere affermati nei confronti dello Stato, perché è proprio lo Stato che ha voluto porli a base dell'organizzazione della società e perché, di fronte allo Stato, questi valori sono meno assoluti. Ma sono quei valori che debbono presiedere ai rapporti tra individui, a quei rapporti che si pongono tra soggetti che operano su un piano di parità".[187] L'ordine pubblico esprime i valori fondamentali che caratterizzano la posizione dell'individuo in una data società e che, proprio per questo, assumono un rilievo essenziale e sono indisponibili per i privati. Modificare tramite le convenzioni questi principi o renderli inoperanti significherebbe alterare le basi su cui è fondato l'ordine sociale che si basa sulla libertà e sulla eguaglianza degli individui. Così, all'indomani dell'approvazione del codice napoleonico, i privati non avrebbero potuto attraverso un negozio giuridico – proprio perché questo sarebbe stato contrario all'ordine pubblico – né ripristinare le strutture corporativistiche dell'*ancien régime*, né limitare la libertà, l'eguaglianza, la dignità, che erano state solamente riconosciute all'individuo e che erano alla base dell'ordine sociale. I principi che l'ordine pubblico esprime "sono diretti a regolare i rapporti tra individui, i rapporti tra cittadino e cittadino, non i rapporti tra cittadino e Stato; i rapporti in cui i soggetti si trovano in posizione di parità, non quelli in cui uno dei soggetti si trova in posizione di supremazia rispetto all'altro".[188]

Accanto alla proprietà, intesa come diritto sacro e inviolabile, si snoda la libertà dell'attività e dell'iniziativa economica nei limiti sanciti dalla legge, dall'ordine pubblico e dal buon costume. L'ordine pubblico incide nei rapporti patrimoniali nel senso che le convenzioni create per disciplinare questi rapporti non devono distruggere i cardini del nuovo ordine sociale. L'ordine pubblico non esprime la supremazia dello Stato sul cittadino anche perché l'economia era quella del non intervento (o dell'intervento minimo) dello Stato in campo economico (*laissez faire*),[189]

---

[187] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 60.

[188] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 62.

[189] Si veda sul punto, J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire*, op. cit., *passim*.

tanto che la forma di intervento dello Stato in economia si limitava alla espropriazione per pubblica utilità. Dunque: l'ordine pubblico esprime l'esigenza che i privati con le loro convenzioni non sovvertano i principi fondamentali dell'ordine sociale creato dallo Stato e dunque che i rapporti si realizzino nell'ordine voluto e nel rispetto dei valori che lo stato considera essenziali per il funzionamento della società. Ancora: l'ordine pubblico non pone limiti ai diritti fondamentali dell'individuo in relazione a superiori esigenze dello Stato ma pone limiti all'autonomia dei privati in funzione del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. È dunque evidente che l'ordine pubblico costituisce espressione della posizione della persona umana nell'ordinamento giuridico. I limiti ai diritti fondamentali dell'individuo derivano dal diritto pubblico (rapporto Stato-cittadino) e non dall'ordine pubblico che regola i rapporti tra cittadino e cittadino).

È evidente l'importanza della storia, perché se il concetto è il medesimo (cioè l'ordine pubblico è l'espressione delle basi su cui si fonda l'ordine sociale e vuole tutelare i diritti fondamentali), i valori che stanno alla base dell'ordine sociale possono mutare e possono sostituirsi ad essi valori nuovi e diversi.

Si consideri quanto scrive invece Pietro Perlingieri secondo cui: "l'ordine pubblico assume pertanto non soltanto la funzione di limite ma quella di garanzia delle libertà anche nei confronti dello Stato sia pure per autolimitazione dello stesso dovuta sia a scelte interne di rilevanza nazionale sia alle aperture verso valori e princípi promossi e tutelati dalle normative europee ed internazionali".[190]

[190] P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione,* op. cit., p. 183.

CAPITOLO II
L'ORDINE PUBBLICO INTERNO

SOMMARIO: 1. Il paradigma positivista ottocentesco. – 2. L'ordine pubblico: *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*. – 3. Dalla funzione conservativa a quella promozionale. – 4. Ordine pubblico e meritevolezza. – 5. L'ordine pubblico come criterio residuale. – 6. L'allontanamento dell'ordine pubblico dalle norme imperative. – 7. Il buon costume: tra morale ed etica. – 8. La concretizzazione dell'ordine pubblico attraverso i principi. – 9. L'ordine pubblico costituzionale. – 10. L'ordine pubblico tra dottrina e giurisprudenza. – 11. L'ordine pubblico economico. – 12. Ordine pubblico e analogia.

1. Il paradigma positivista ottocentesco.

A differenza del codice civile del 1942 dove svolge un ruolo chiave, nel vecchio codice civile del 1865, Ferri ritiene la presenza dell'ordine pubblico una presenza sontuosa, non ingombrante, un ospite non invitato ma tollerato e per questo ignorato.[191] Barcellona attribuisce alla modestia

[191] In questi termini, si esprime G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1045: "Per la dottrina civilistica formatasi sotto il codice civile del 1865, il concetto di ordine pubblico appare, piuttosto, una «presenza», certamente sontuosa, per la forza evocatrice del sostantivo e dell'aggettivo che lo individuano, ma, a ben vedere, non poi così ingombrante; simile, per certi versi, a quella – se è consentito il paragone – di un ospite non invitato, ma tollerato e, per questo, sostanzialmente ignorato". Cfr. sul punto, F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 89 ss. Scrive l'Autrice che l'ordine pubblico "continua ad essere concepito essenzialmente come limite all'agire autonomo dei privati, nel senso di limite posto a difesa di un determinato modello di società; appare ancora tendenzialmente assimilato, o identificato *tout court*, con il diritto inderogabile" (p. 92). Che contrarietà alle leggi fosse fungibile rispetto alla categoria contrarietà all'ordine pubblico viene collegato ad un fattore culturale (l'affezione al modello bipartito della illiceità per contrarietà alla legge o al buon

culturale e alla vocazione avvocatesca della dottrina civilista italiana post-codificazione nonché all'estraneità della società italiana dall'esperienza rivoluzionaria la responsabilità della mancata effettiva comprensione del ruolo dell'ordine pubblico.[192] Nell'analisi dei meccanismi giuridici che hanno portato la nozione di ordine pubblico all'interno dell'ordine giuridico, Ferri svolge un'indagine storica ed esegetica che conduce l'Autore a definire ed a ritenere autonomi i tre parametri della illiceità codicistica. Tuttavia, per giungere a tali conclusioni, parte dalla *Teoria del negozio illecito* di Francesco Ferrara *senior* per poi criticarla, alla luce (tanto) del vecchio (quanto) del nuovo sistema ritenendo la posizione di quel giurista non coerente né alla luce del codice del 1865 né alla luce di quello del 1942.[193] Si dica subito: il Ferrara individuando l'ordine pubblico nell'interesse generale della comunità sociale, nel bene comune, nell'interesse statuale, nell'interesse della collettività non poteva che esprimersi in norme coattive.

---

costume) e ad uno ideologico (l'imperante positivismo). Sul punto, cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema*, op. cit., p. 54 ss. (in part. p. 73); F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 93.

[192] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 930. L'Autore ricorda che l'ordine pubblico era accostato alle norme proibitive e discendeva dal dogma legalistico ereditato dalla scuola dell'esegesi francese. Scrive, in particolare, che: "Così, l'ordine pubblico assolveva, senza infamia e senza lode, ai compiti oggettivamente limitati che la sua funzione in quel tempo gli assegnava", ricordando la distinzione tra ordine pubblico primario (comprendente tutte le disposizioni precettive e proibitive intese direttamente al bene pubblico) e secondario (comprendente i precetti e i divieti rivolti direttamente all'interesse di questo o quell'individuo particolare e solo indirettamente rivolto al bene pubblico), presente nella "pretenziosa" *Teoria delle obbligazioni* di Giorgio Giorgi. Tuttavia sempre il Barcellona ricorda anche altri giuristi (come Mario Ricca Barberis) che escludevano l'equivalenza tra ordine pubblico e legge perché così facendo si sarebbe trascurato la dizione dell'art. 1122 cod. civ. 1865 che poneva l'ordine pubblico accanto alla legge sì che andava attribuito al primo dei termini un valore ed un contenuto indipendente dalla legge.

[193] G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 131: "Le posizioni del Ferrara, se non si giustificavano nel momento in cui furono assunte, tanto meno si giustificano oggi".

Ferrara[194] collegava l'ordine pubblico alla legge, nel senso che il primo doveva risultare necessariamente dalla seconda. Ferri, pur non condividendo le posizioni di Ferrara, ritiene lo studio di quest'ultimo "di fondamentale importanza", rappresentando "lo studio più approfondito dell'argomento» e quello sul quale dottrina e giurisprudenza «sono ancora arroccate [negli anni '60]".[195] Il pensiero del Ferrara, allora Professore nell'Università degli Studi di Siena, si basava sullo studio di due articoli presenti nel cod. civ. del 1865: l'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, e l'art. 1122 del codice civile.[196] All'ordine pubblico (ed al buon costume) il Ferrara dedicava spazio sia nella parte generale, quella teorica (da qui alcune pagine sul concetto di negozio illecito per contrarietà all'ordine pubblico e di quello offendente i buoni costumi) che in quella speciale, dedicata alle applicazioni pratiche e, dunque, analizzando la casistica tanto dei negozi immorali quanto di quelli illeciti per contrarietà all'ordine pubblico.[197]

---

194 F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 56: "Che quando il legislatore usa soltanto l'espressione ordine pubblico, non unita ad altre parole, intende tanto i comandi quanto i divieti d'interesse generale. E valga il vero".

195 Così, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 126 ss.

196 Per M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 932 il raffronto tra le due disposizioni svolto dal Ferrara è "ridondante".

197 La monografia del Ferrara si compone di tre capitoli: il primo sul 'Concetto di negozio illecito', il secondo su 'Svolgimenti ed applicazioni' ed il terzo su 'Effetti del negozio illecito'. In particolare, nel primo capitolo, Ferrara determina il concetto del negozio illecito e, all'interno del paragrafo dedicato alle 'Fonti dell'illecito' viene dato autonomo spazio alla violazione di legge, all'offesa ai buoni costumi, all'ordine pubblico. Dopo aver analizzato il negozio illecito in astratto, nel secondo capitolo, poi, Ferrara prende in esame i singoli casi concreti in cui si riscontra una violazione delle leggi e dei buoni costumi, sì da riconoscere un negozio illegale, o immorale o contrario all'ordine pubblico. In questi termini, si analizzano i 'Negozi illegali', i 'Negozi immorali', i 'Negozi contrari all'ordine pubblico'. Nel terzo ed ultimo capitolo, poi, studia gli effetti del negozio illecito, ricordando che la reazione dell'ordine giuridico contro la illiceità dei negozi si esercita principalmente mercé la esclusione di effetti giuridici al negozio vietato. Cioè, il negozio *contra legem* è disconosciuto quale

Ferrara riteneva che l'ordine pubblico dovesse risultare dalle leggi proprio per evitare che esso potesse «cangiare secondo le passioni di coloro che devono applicare la legge», perché per lui l'interprete (spesso il giudice) «non può mettere l'ordine pubblico dove gli piace, e definirlo secondo i suoi interessi e prevenzioni». Nell'edizione del 1914 del suo libro sulla *Teoria del negozio illecito* si leggeva che l'interesse sociale, perché potesse influire sui rapporti privati, doveva essere stato accolto e sanzionato dalla legge: se esso rimaneva «allo stato di pura aspirazione, contrastato e contrastabile, soggetto alle oscillanze e titubanze delle opinioni, esso [era] effimero e non vale[va] a scuotere la fermezza delle relazioni contrattuali». Insomma, egli si preoccupava di tutelare la libertà contrattuale escludendo così che l'ordine pubblico potesse significare "interesse della società" perché – scriveva – una tale tesi non era presente nei testi di legge e pericolosa per il commercio ed un tale concetto, elastico ed indeterminato, così interpretato, avrebbe aperto all'arbitrio. Intendendo ordine pubblico come interesse della società, infatti «domani un giudice annullerà la vendita di un bosco per abbatterlo, o d'una villa che ha un interesse storico, perché l'interesse sociale è danneggiato», giungendo a paragonare l'interesse sociale ad un "fantasma" che, potrebbe manifestarsi da un giorno all'altro, minacciando di nullità le convenzioni. Se l'ordine pubblico non poteva risultare dall'interesse sociale che si manifestava nella società, allora l'ordine pubblico, per Ferrara, era solo «quell'interesse sociale munito di protezione, recepito e consolidato nel diritto positivo». L'ordine pubblico, insomma, doveva risultare dalla legge[198] perché era forte il pericolo che attraverso il

---

negozio giuridico, e rimane allo stato di puro fatto, inerte ed incapace di produrre conseguenze civili. Una dichiarazione di volontà illecita non ha valore e significato di fronte alla legge: essa è nulla. Ferrara ritiene che questa nullità abbia un carattere sanzionatorio, costituendo la punizione che il diritto infligge per reprimere la violazione posta in essere.

[198] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 57: "(…) l'ordine pubblico risulta dalle leggi di interesse generale, cioè dal diritto coattivo nel suo complesso (…) l'interesse della società, astratto, non poggiato su un testo positivo di diritto, è senza influenza sulla validità delle convenzioni. Perché vi sia violazione dell'ordine pubblico (in senso specifico) occorre una legge imperativa, una legge che l'ordinamento giuridico ha sanzionata per far valere

grimaldello dell'ordine pubblico – inteso come interesse sociale non recepito dalla legge – potesse essere messa in pericolo «la sicurezza del commercio e la libertà contrattuale, che p[oteva] arbitrariamente venir limitata o sacrificata in omaggio ad un preteso principio d'ordine pubblico malamente inteso e falsamente applicato».[199] Secondo una parte della dottrina – il riferimento è a Mario Barcellona – solo apparentemente (o meglio, solo se si ritiene l'ordine pubblico "operare come una sorta di alimentazione meta-positiva dell'ordinamento rimessa alla nuda creatività di giudici e dottori"), la teoria del Ferrara può essere vista come "cancellazione dell'ordine pubblico e della sua distinta funzione normativa" perché, come ricorda l'Autore, è invece corretta "l'equiparazione nella categoria dei contratti illegali della violazione di norme imperative e della contrarietà all'ordine pubblico". Per Barcellona, l'ordine pubblico è, nel codice del 1865, sempre "strumento per stringere le maglie delle norme imperative quando la loro *ratio* si mostri eccedente le fattispecie in cui è incorporata o per trarre dai principi positivi sanciti dall'ordinamento i divieti che esso avesse mancato di rendere espliciti".[200]

In primo luogo, il citato art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale cod. civ. 1865, prevedeva che «in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni» potevano derogare a due categorie di leggi: alle leggi proibitive del regno concernenti beni, persone o atti e alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume. In secondo luogo, l'art. 1122, cod. civ. 1865 prevedeva che la causa – da riferire all'obbligazione – fosse illecita quando contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Ferrara scorgeva una diversità tra le due disposizioni perché la prima – l'art. 12 – faceva riferimento a leggi che riguardassero l'ordine pubblico nel senso che l'ordine pubblico doveva essere recepito dalle leggi; la seconda – l'art. 1122 – faceva riferimento all'ordine pubblico, senza che questo dovesse essere mediato (*rectius*: recepito) dalle leggi. Nel

gli interessi della generalità di fronte agli interessi singoli, e proteggere i fondamenti morali ed economici della vita comune".

[199] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 42.

[200] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 932.

ragionamento del Ferrara, l'art. 12 costituiva un principio generale, mentre l'art. 1122 una specificazione del principio generale. Allora la disposizione speciale, quella dettata in materia di contratti (che sembrava elidere il nesso ordine pubblico-legge) non poteva andare a derogare quanto previsto dal principio generale. In questi termini, per entrambi gli articoli l'ordine pubblico doveva risultare dalla legge essendo «quell'interesse pubblico, che, come essenziale alla vita ed incolumità del corpo sociale, è stato ufficialmente riconosciuto e sanzionato dal diritto positivo».[201] Dal punto di vista letterale, secondo Ferrara, la disposizione sui contratti non poteva essere ritenuta *speciale* rispetto al principio *generale*, ritenendo così che l'ordine pubblico dovesse risultare dalle leggi, anche perché, in mancanza (non ancorando, cioè, l'ordine pubblico alle leggi) si sarebbe entrati in un «pelago sconosciuto e senza confini».[202] L'aver detto nell'art. 1122, cod. civ. 1865 semplicemente ordine pubblico (e buon costume) non significava per Ferrara escludere in tale norma che l'ordine pubblico dovesse risultare dalla legge: anche dove il codice faceva riferimento all'ordine pubblico, ciò andava interpretato nel senso di ordine pubblico recepito dalla legge. Fabrizio Di Marzio ha messo in luce recentemente che Ferrara, tramite questa impostazione, "negò qualsiasi autonomia alla clausola generale dell'ordine pubblico, pur rilevante quale parametro della liceità causale nell'art. 1122 del vecchio codice".[203]

Anche Ferri criticava, comunque, il ragionamento di Ferrara già con riferimento alle norme del codice civile del 1865, basandosi su due argomentazioni. La prima è quella per cui se l'art. 12 parlava di leggi riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume, Ferrara riteneva che solo l'ordine pubblico dovesse necessariamente risultare dalle leggi, mentre il buon costume poteva essere desunto sperimentalmente.[204]

---

[201] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 59.

[202] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 54: "(…) volendo intendere ordine pubblico fuori del campo della legge, si va incontro ad un pelago sconosciuto e senza confini".

[203] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 47.

[204] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 25 ss.: "Uno dei concetti più vaghi ed elastici del nostro diritto civile è quello del buon costume o dei

Infatti, con riferimento all'offesa ai buoni costumi, secondo il Ferrara, «il giudice si convince che un'azione è permessa o riprovata, e questa sua

---

buoni costumi. (…) La moralità essendo una manifestazione del grado di sviluppo intellettuale ed etico della società, è necessariamente variabile, e quindi diversa secondo i popoli e secondo i tempi. (…) La morale a cui il giudice deve ispirarsi nel suo giudizio deve essere quindi non la morale antica, o romana, o medioevale espressa storicamente nelle fonti o nei trattati, che per continua evoluzione essendosi modificata, non è più applicabile e compatibile coi tempi nuovi, ma deve essere la morale presente, la morale d'oggi. Il giudice deve attingere il suo criterio di giudizio nella vita, non nella storia, e nella vita attuale, palpitante, che con le sue agitazioni, coi suoi slanci, colle sue tempeste ci dà il riflesso della società moderna. Il diritto nella sua funzione di protezione della moralità seconda e deve assecondare il movimento evolutivo della coscienza morale del popolo, e non può essersi arrestato a quel che era duemila anni fa. D'altra parte la legge non può procedere ad antivenire i tempi e quindi fare adottare come decidente una morale futurista, una morale ideale, vagheggiata da filosofi e da poeti: la morale dell'avvenire. La morale normale non deve essere neanche una morale teorica, quale è quella svolta scientificamente dai moralisti; ma una morale reale, pratica, quale si sente e si mette in opera dalla generalità dei cittadini: non morale sulla carta, ma morale reale, dice Lotmar. (…) Segue da ciò che per decidere dell'immoralità di un'azione, non deve badarsi alla morale di un culto religioso, così alla morale cristiana o maomettana o buddhista, ma alla morale comune, praticata da tutta la massa del popolo senza distinzione di professione religiosa. (…) la morale protetta dalla legge è la morale locale, non internazionale. (…) Per riassumere, la morale che deve formare il criterio per il giurista e per il magistrato non è la morale passata o futura, ma la morale presente, non la morale teorica, ma la morale pratica, non la morale religiosa, ma la morale civile, non la morale internazionale, ma la morale locale, non la morale individuale, ma la morale obbiettiva e generale. (…) Il giudizio sulla moralità od immoralità è una *quaestio facti*. Invero si tratta qui di un apprezzamento, per cui valutate le condizioni della morale sociale, accertata o meno l'esistenza di certi precetti o divieti, se ne fa applicazione al caso singolo e si stabilisce se esso è o non in contraddizione colla moralità pubblica. È un giudizio di paragone. Il giudice si convince che un'azione è permessa o riprovata, e questa sua convinzione egli ricava non dalle leggi o dai principi giuridici ma dall'esame obbiettivo dell'azione in rapporto alla morale generale. Da ciò segue che il giudizio di merito sulla turpitudine o liceità di un dato fatto non è censurabile in Cassazione, la quale è chiamata soltanto a statuire sulla falsa applicazione o violazione di legge".

convinzione egli ricava non dalle leggi o dai principi giuridici ma dall'esame obbiettivo dell'azione in rapporto alla morale generale».[205] Ferri, insomma, trova questa contraddizione nel ragionamento del Ferrara poiché, applicando lo stesso metodo utilizzato con riferimento all'ordine pubblico, anche il buon costume sarebbe dovuto risultare dalle leggi. Come visto, il buon costume viene desunto dal Ferrara sperimentalmente, senza la mediazione della legge.[206] La seconda argomentazione concerne, poi, il campo di applicazione delle due norme. L'art. 12, infatti, poneva un principio di diritto internazionale privato mentre l'art. 1122 poneva un principio di diritto interno":[207] in questi termini, Ferri ritiene che le norme operino «su piani e in campi diversi» così da escludere la preminenza di una norma rispetto all'altra.

2. L'ordine pubblico: *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*.

Secondo Ferri, dunque, l'opinione del Ferrara – che collegava l'ordine pubblico alla legge – non poteva essere accolta né con riferimento al codice civile del 1865 né, ancor più, con riferimento al codice del 1942. Nel 1970 Ferri si trova dinanzi al codice civile del 1942 ma soprattutto alla Costituzione: rispetto all'Ottocento l'ordinamento è mutato, l'ordine

---

[205] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 34.

[206] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 128: "(…) la posizione del Ferrara non era del tutto coerente; (…) quel ragionamento che egli proponeva per l'ordine pubblico, non veniva ripetuto con riferimento al buon costume, nonostante che, anche per questo, l'art. 12 Disp. gen. parlasse di legge. Secondo il Ferrara, la morale (…) è la morale oggettiva e generale sì che il giudizio sulla moralità o immoralità di un'azione appare semplicemente "una quaetio facti". Il buon costume esprimeva, dunque, valori che si affermavano nella coscienza sociale, cioè *fuori dell'ordinamento positivo*, e che non dovevano essere necessariamente consacrati in leggi. (…) Con ciò si svaluta anche quell'argomento testuale che il Ferrara pretendeva desumere dall'art. 12 delle preleggi perché o il richiamo alle leggi fatto da quell'articolo, sia con riferimento all'ordine pubblico che con riferimento al buon costume, era sempre vincolante o non lo era neppure con riferimento all'ordine pubblico".

[207] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 133.

pubblico assume un maggiore spazio nel codice civile, i diritti fondamentali sono riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Così lui ha il merito di proporre una nuova teoria più attuale anche in considerazione della progressiva attuazione dei principi costituzionali e del loro influsso nei rapporti privatistici, prendendo atto di due autentici cambi di prospettiva rispetto al tempo del Ferrara: da un lato, il crescente interesse e l'apprezzamento della dottrina per le clausole generali (quella fuga *nelle* clausole generali delle quali si è già detto); dall'altro, il superamento delle preoccupazioni sul potere creativo del giudice.[208] Il sistema è evidentemente cambiato: al termine utilizzato nell'art. 1122 cod. civ. 1865 'legge' è stato sostituito, nell'art. 1343 cod. civ. 1942, quello di 'norme imperative'; l'art. 31 Preleggi, oggi abrogato, non menziona(va) le 'norme imperative', facendo cenno solo 'all'ordine pubblico e al buon costume'. Secondo Ferri, come il precedente sistema, l'art. 31 Preleggi detta una norma di *diritto internazionale privato*; l'art. 1343 cod. civ. detta invece un principio di *diritto interno*, con una particolare conseguenza: che se nel caso dell'art. 1343 cod. civ. il contratto la cui causa si ponga in contrasto con una norma imperativa è da considerare nullo, nel caso di provvedimento straniero (legge, sentenza, convenzione) del quale si chiede il riconoscimento in Italia, è sufficiente che lo stesso non contrasti con l'ordine pubblico e con il buon costume, ma il provvedimento, per avere efficacia, potrebbe non rispettare le norme cogenti poste nel diritto interno.[209] L'esempio riportato da G.B. Ferri è quello del riconoscimento in Italia delle sentenze di divorzio emesse all'estero. Se fino all'introduzione della normativa sul divorzio, (anche) il matrimonio

---

[208] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 131 ss.

[209] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 134: "(…) diversa la posizione assunta dall'ordinamento, quando si tratta di attribuire efficacia a leggi, sentenze o convenzioni regolarmente formatesi all'estero e quando si tratta della validità dei contratti formatisi nel territorio dello Stato. Nel primo caso, l'ordinamento può anche ritenere sufficiente che il contratto non urti con i fondamentali principî che lo ispirano, pur se non risultino rispettate le norme, anche cogenti, che sono espressamente poste con riferimento ad esso, nell'ordine interno; nel secondo invece, il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume non basta, occorre anche l'osservanza delle norme concrete, che abbiano carattere imperativo".

civile era retto dal dogma dell'indissolubilità,[210] la giurisprudenza interna aveva aperto al riconosciuto di sentenze di divorzio emesse all'estero (inizialmente tra cittadini stranieri, poi anche tra cittadini italiani) in quanto ritenute non contrarie all'ordine pubblico, senza prendere in esame la norma imperativa sull'indissolubilità del matrimonio, allora vigente.[211] Si consideri che già il Ferrara rappresentava una lettura meno rigida dell'ordine pubblico in caso di riconoscimento della sentenza straniera. L'art. 941, n. 4, cod. proc. civ. 1865 riteneva necessario, per dare forza esecutiva alle sentenze straniere, un giudizio di delibazione emesso dalla Corte d'Appello nella cui giurisdizione esse dovevano essere eseguite. In questo giudizio, la Corte avrebbe dovuto esaminare che la sentenza straniera non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico e al diritto pubblico interno. Ferrara riteneva però che la nozione di ordine pubblico, fatta propria da questa disposizione (integrante dunque una norma di diritto internazionale privato), fosse più ristretta perché l'ordinamento, rispetto allo straniero, assumeva un trattamento liberale e nei suoi confronti "non sono vincolanti che soltanto quelle norme che attengono veramente all'organismo, alla vita stessa politico-giuridica dello Stato, e la cui violazione importerebbe un'effettiva lesione dell'esistenza della società".[212] In questi termini, per il Ferrara la Corte

---

[210] Si tratta, come è noto della l. 1° dicembre 1970, n. 898 recante *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*. Il testo della legge fu confermato poi dal *referendum* del 1974. Scrive G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Milano, 2020, p. 259: "Dal 1970, però, il nostro ordinamento, come già la maggior parte delle altre legislazioni, ha accolto l'istituto del divorzio, anche ammesso dal diritto romano e contemplato dal *Code Napoléon,* che ispirò il Codice civile del 1865, altresì in materia matrimoniale, fuorché riguardo al divorzio". Sulla legge del 1970, si rinvia a G. BONILINI – F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario Schlesinger*, III ed., Milano, 2010, *passim*. Si vedano, in particolare, all'interno, i commenti, di G. BONILINI (p. 3 ss.) M. DOSSETTI (p. 39 ss.).

[211] La vicenda dottrinale e giurisprudenziale circa il riconoscimento in Italia di sentenze straniere di divorzio prima dell'entrata in vigore della legge sul divorzio viene ripercorsa dal Ferri nella nota n. 11-*bis*, capitolo III, della monografia del 1970 (p. 134-135) e nel quale menziona la convenzione dell'Aja del 1902. Sul punto si rinvia a quanto si dirà in tema di ripudio unilaterale.

[212] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 57.

d'Appello avrebbe potuto riconoscere la sentenza di divorzio emessa all'estero, tra stranieri, in un Paese in cui il divorzio era ammesso.

Importante notare che per Ferri l'ordine pubblico è un *concetto autonomo* rispetto alle norme imperative, non confondendosi con esse.[213] Per lui, infatti, l'ordine pubblico è un «cardine del sistema», che non deve essere ricavato direttamente o indirettamente da norme espressamente poste perché occorre riferirsi all'ordinarsi del sistema, al suo modo di porsi sì che l'ordine pubblico non può essere ridotto alle sole norme che si ispirano all'ordine pubblico. L'ordine pubblico, come del resto il buon costume, non esprime valori particolari ma valori fondamentali che cementano le norme e gli istituti in un sistema unitario.[214] Ferri lo definisce un «criterio ordinante» più che un «principio ordinatore»,[215] sintesi delle "grandi" idee che ispirano e vivificano il sistema e nelle quali le norme e gli istituti trovano la loro giustificazione e la loro utilità perché il sistema giuridico si caratterizza, non tanto per norme o istituti ma in funzione dei valori fondamentali che lo ispirano e dei criteri ordinanti su cui esso si basa. È l'idea dell'ordinamento come ordine posto, *Ordnungsgedanken* per ciò che è e vuole essere, non dovendo necessariamente essere espresso in singole norme.[216] In questi termini, il

---

[213] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1049: "L'ordine pubblico sembra, in tal modo, assumere, con una sua maggiore presenza nel codice civile, non soltanto un più prestigioso rilievo, ma per il modo costantemente autonomo in cui viene richiamato (non legandosi, cioè, più alla formula delle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico) la sua stessa fisionomia concettuale è in grado di assumere i contorni, più precisi e sicuri, di principio originario destinato cioè ad operare al di là di ogni disposizione di legge".

[214] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 171: "(…) perché ordine pubblico e buon costume non tanto vogliono esprimere valori particolari, quanto vogliono esprimere quei valori fondamentali che, cementando le norme e gli istituti, valgano a comporre queste norme e questi istituti in un sistema unitario".

[215] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 171: "Sono i criteri ordinanti, più che i principi ordinatori, quelli che tali formule richiamano".

[216] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 171: "Un sistema giuridico si caratterizza non soltanto in funzione delle norme e degli istituti (…); un sistema giuridico si caratterizza anche e soprattutto in funzione dei valori

rispetto dell'ordine pubblico si impone ai contraenti: se l'autonomia dei privati non può porsi in contrasto con i principî espressamente posti (e cioè con le norme imperative), a maggior ragione essa non può porsi in contrasto con le basi stesse del sistema. Se ordine pubblico e buon costume vengono ricompresi tra i principî generali dell'ordinamento, intesi come *categoria generalissima di valori*, essi sono, valori presenti nel sistema considerato nella sua intierezza, non desumibili da norme singole e hanno una specifica caratterizzazione con riferimento alla funzione e al campo di applicazione.[217]

L'ordine pubblico si compone dunque di quelle esigenze fondamentali della società che l'ordinamento traduce in regole giuridiche. In particolare, per individuare i valori che sono racchiusi nel concetto di ordine pubblico, in via teorica, possono essere utilizzati due procedimenti: quello che va "*dalla norma al valore*" a quello che va "*dal valore alla norma*". Per Ferri non deve essere utilizzato il primo, quello di astrazione, che dall'analisi della norma concreta arrivi ad individuare i valori più alti, ma il secondo, quello inverso, individuando prima i valori ed i criteri "vivificatori e ordinati" del sistema, passando poi all'analisi delle singole norme e dei singoli istituti per stabilire quali siano le norme e i criteri ordinanti di ordine pubblico.[218] Tenendo presente che una

---

fondamentali che lo ispirano e dei criteri ordinanti su cui si basa. [Un sistema giuridico] pertanto deve essere sì considerato per le regole che concretamente esprime, ma deve essere anche considerato come ordine posto, come *Ordnungsgedanken*, per ciò che è e vuole essere, anche se questo non è espresso in singole norme".

[217] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 173 ss.

[218] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 172: "Questi valori fondamentali e questi criteri ordinanti che caratterizzano l'ordinamento giuridico – e prima ancora caratterizzano una data società – vogliono appunto essere espressi con la formula «ordine pubblico e buon costume». Questi valori e questi criteri debbono quindi essere individuati, quando si vuole stabilire il significato concreto di queste formule. E il procedimento da seguire non può essere quello che, muovendo dall'esame della norma concreta, attraverso un procedimento di astrazione sempre più elevato, arrivi a individuare questi valori più alti; ma deve essere quello inverso. Occorre cioè individuare questi valori e questi criteri vivificatori e ordinanti e soltanto dopo, scendere all'esame

norma potrà essere considerata di ordine pubblico se esprime i valori e i criteri ordinanti di ordine pubblico sicché è di fondamentale importanza individuare i valori e i criteri che sono alla base del sistema.

3. Dalla funzione conservativa a quella promozionale.

Sempre Ferri aderisce all'impostazione tradizionale che vede nell'ordine pubblico un limite all'agire dei privati, riconoscendo ad esso una funzione conservatrice. Infatti, se l'ordine pubblico ha anche numerosi punti di contatto con i principi generali del diritto, l'insigne giurista ritiene esistente una diversità (di funzione e di campo di applicazione). Se ai principi generali viene assegnata la triplice funzione (interpretativa, integrativa e programmatica), all'ordine pubblico viene invece riconosciuta una *sola* funzione conservatrice. Secondo Ferri, dunque, la funzione conservatrice dell'ordine pubblico "impedi[sce] che, attraverso l'agire autonomo dei privati, si violino quei valori *fondamentali* che sono riconosciuti, dall'ordinamento giuridico come essenziali e caratterizzanti di quella società che esso vuole esprimere".[219] In questi

---

delle norme e degli istituti per stabilire quali siano le norme e i criteri ordinanti di ordine pubblico. In tanto una norma è di ordine pubblico in quanto sia espressione di questi valori e di questi criteri. Se non si individuano prima questi valori e questi criteri, manca qualsiasi possibilità di classificare una norma come d'ordine pubblico".

[219] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 200: "Ordine pubblico e (sia pure in una minore e meno intensa misura, lo stesso principio del) buon costume hanno invece una funzione diversa e cioè una funzione essenzialmente conservatrice; la funzione cioè di impedire che, attraverso l'agire autonomo dei privati, si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti, dall'ordinamento giuridico, come essenziali e caratterizzanti di quella società che esso vuole esprimere. Appunto perché la loro funzione è essenzialmente conservatrice, essi si pongono come limite all'agire autonomo dei privati, proprio in quel campo in cui è riconosciuta la libertà d'azione, e, in un certo senso (sotto l'aspetto cioè negativo), essi puntualizzano lo stesso contenuto dell'autonomia privata e la funzione che ad essa viene attribuita nell'ordine giuridico. Ordine pubblico e buon costume si trovano così ad operare nei

termini, l'ordine pubblico è un criterio di valutazione della liceità dell'interesse perseguito, quindi sinonimo di limite all'agire autonomo dei privati, puntualizzando il contenuto dell'autonomia privata e la funzione che le viene attribuita nell'ordine giuridico. Si consideri che all'ordine pubblico non è sempre stata riconosciuta una *esclusiva funzione negativa*, di limite, perché non si può dimenticare, ad esempio, quanto Emilio Betti sosteneva e cioè che la clausola dell'ordine pubblico avrebbe assunto nell'ordinamento fascista un ruolo nuovo, divenendo concetto dinamico, positivo, aperto ad ulteriori orientamenti, ideologicamente sostanziato nelle finalità della Rivoluzione fascista e avente come parte viva ed integrante l'ordinamento corporativo.[220] Accanto alla funzione negativa dell'ordine pubblico, come limite negativo all'autonomia privata, il cui superamento determina l'illiceità del negozio, era anche secondo lui attribuita all'ordine pubblico una funzione positiva, nel senso che il contratto doveva rispondere a scopi socialmente utili. È evidente come l'interprete doveva essere politicamente impegnato e come, accanto ai dati normativi, assumessero rilevanza anche i principi meta-legali desunti dalle direttive del regime politico.[221] Si consideri, tuttavia, che in un recente scritto di Mario Barcellona dedicato all'*Ordine pubblico*,[222] lo studioso critica questa ricostruzione, ritenendo che anche nella

---

confronti dell'attività ed in particolare dell'attività a contenuto economico-patrimoniale; operano cioè su un piano diverso da quello in cui operano invece quei valori che determinano il sorgere di situazioni giuridiche soggettive assolute, dei diritti della personalità".

[220] Ricorda F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 124: "(…) è sin troppo agevole stabilire un collegamento diretto tra l'accennata moltiplicazione della presenza, nell'ordinamento, della clausola di ordine pubblico, e l'atteggiamento che il regime assume nei confronti delle attività dei privati: attraverso la clausola di ordine pubblico, il potere politico si riserva uno spazio di controllo non più solo su un certo disegno socio-economico della nazione, o sui rapporti con gli ordinamenti stranieri, ma interviene sulla vita e sul corpo stesso degli individui e delle formazioni sociali intermedie".

[221] Sul punto, si rinvia alla questione della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 cod. civ. e dunque al dibattito che si è avuto – il riferimento va, in particolare, alla voce di Ferri pubblicata sull'Enciclopedia del diritto – su questo punto nella dottrina civilistica italiana.

[222] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 925 ss.

concezione fascista l'ordine pubblico manteneva una funzione conservativa di un ordine già dato. Scrive: "(…) l'art. 1343 del Codice del '42 assolveva alla medesima funzione conservativa di un ordine già dato" precisando che "Il carattere «positivo e dinamico» di cui al n. 10 parlava la Relazione al codice civile, non era un carattere (e una funzione) dell'ordine pubblico, bensì dell'ordinamento positivo dello Stato fascista. Sicché a quell'ordine pubblico non era affatto demandato di assolvere un autonomo compito propulsivo del sistema giuridico e della società secondo coordinate da cercare *extra legem*, ma piuttosto quello di preservare, imponendone all'autonomia privata il rispetto, l'ordine assolutamente positivo depositato nella *Carta del lavoro* e nelle norme corporative: la dinamicità veniva dal nuovo corpo normativo, non dal modo di operare dell'ordine pubblico, che si occupava solo di evitare che i contraenti se ne allontanassero".[223] Barcellona ricorda che gran parte della dottrina accredita proprio ad un saggio di Emilio Betti ("*Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale*" pubblicato nel 1940)[224] la politicizzazione dell'ordine pubblico: "[nel saggio] all'ordine pubblico è attribuito non solo il carattere di limite «negativo» che presiede alla repressione degli atti di autonomia con la sanzione della nullità, ma anche il ruolo «positivo» di luogo dei principi normativi che selezionano l'accesso del contratto al riconoscimento giuridico".[225] In particolare, Mario Barcellona ritiene che "quello di Betti rimane un uso assolutamente ortodosso dell'ordine pubblico, semplicemente la determinazione storica della sua originaria funzione essenzialmente protettiva della legalità istituita, un uso che si limita a segnalare solo, e giustamente, che questa legalità ha ormai assunto nuovi connotati (gradevoli o sgradevoli che si giudichino). Né ha senso dire che, comunque, così l'ordine pubblico si sarebbe politicizzato, poiché assolutamente politico era anche l'ordine liberale che prima era deputato a preservare le leggi da cui prima attingeva i principi liberistici con i quali operare, le quali a nessun titolo

---

[223] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 956, nota 58.

[224] E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale*, in *Rendiconti dell'Istituto lombardo di scienze e lettere*, Milano, 1940-1, p. 327 ss.; Id., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222 ss.

[225] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 933.

si possono dire più leggi di quelle (per quanto spesso deprecabili) prodotte dall'ordinamento corporativo".[226]

In ogni caso, l'idea che l'ordine pubblico non abbia solamente una valenza negativa, come limite, ma esprima anche valori positivi si trova anche nel pensiero di giuristi contemporanei, ovviamente con una diversa valenza.[227] In particolare, viene adesso assegnata all'ordine pubblico (anche) una funzione promozionale, specialmente dalla dottrina internazional-privatistica e dalle sentenze della Suprema Corte. Attraverso la funzione promozionale, l'ordine pubblico diviene lo

---

[226] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 933-935: "Evidentemente, con questa distinzione tra funzione negativa-repressiva e funzione positiva-propulsiva. Betti prefigurava i campi rispettivamente coperti dalla illiceità della causa e da quella cosa diversa che, da lì a qualche anno, avrebbe preso forma nella «meritevolezza» dell'interesse dell'art. 1322. E però, la circostanza che queste due distinzioni appaiano prospettate, entrambe, come proiezioni dell'ordine pubblico non sembra affatto decisiva. Da un lato, infatti, non si può certo escludere che la diversità di funzione – come spesso avviene – avrebbe richiesto al momento di metterle in opera differenti determinazioni ed articolazioni di un medesimo riferimento semantico. Dall'altro, è facile immaginare, al contrario, che l'idea di ordine riferito alla società ed al suo ordinamento, avesse un uso più frequente ed un significato più lasco in un tempo che si comprendeva e si rappresentava come l'inizio di una nuova età, di un nuovo ordine per l'appunto. (…) Quel che qui conta è, invece, capire a cosa si riferisca e come avrebbe dovuto operare questo riferimento. E nello stesso saggio si legge che l'ordine, ormai, non è più quello negativo del regime liberale, bensì quello positivo introdotto dalle «finalità della Rivoluzione fascista», il quale ha preso corpo nell'ordine corporativo. Si capisce, allora, che «aperto a ulteriori approfondimenti e sviluppi» non è l'ordine pubblico ma l'ordine positivo come custode del quale l'ordine pubblico è chiamato ad operare. A quest'ordine pubblico, perciò, non è dato affatto di veicolare la creatività interpretativa verso nuovi traguardi, di renderle accessibili nuovi orizzonti, ma, tutto al contrario, di mantenere l'esercizio dell'autonomia negoziale entro i confini di un assetto normativo che, ormai positivamente, sembra esigere la compatibilità dell'iniziativa privata con gli scopi «sociali» perseguiti dalle leggi corporative".

[227] F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 131 ss. parla, al riguardo, di "metamorfosi".

strumento atto a promuovere valori generalmente condivisi. Così, ad esempio, Francesco Salerno[228] ritiene che proprio identificando l'ordine pubblico internazionale con i principi fondamentali della Costituzione, emerga la funzione positiva dello stesso. Anche la Cassazione, in verità, richiama spesso la *funzione promozionale* dell'ordine pubblico internazionale, come contribuente per l'effettività dei principi costituzionali. Sempre con riferimento all'ordine pubblico internazionale, anche una parte della dottrina, aderendo all'impostazione tradizionale, lo considera quale limite negativo all'applicazione della normativa straniera. Altri – si pensi al civilista Loris Lonardo – propongono invece una lettura *in positivo* dell'ordine pubblico, come bilanciamento tra l'apertura dell'ordinamento al diritto straniero ispirato alla Costituzione ed i motivi che propendono invece per la difesa dei principi costituzionali.[229] Un esempio della funzione promozionale dell'ordine pubblico internazionale è offerto da una sentenza a sezioni unite in tema di danni punitivi del 2017.[230] Il collegio dopo aver affermato che la nozione di ordine pubblico internazionale costituisce un limite di applicazione alla legge straniera, afferma che tale nozione "ha subito

---

[228] F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 29 ss. (in part., p. 48).

[229] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 330 ss.

[230] Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 con commento di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; di R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione:* punitive damages *e deterrenza*; di P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503 ss. con commento di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, p. 1392 ss. con commento di M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e* punitive damages. Quest'ultimo Autore, con riferimento alla nozione di ordine pubblico accolto afferma che: "Si tratta di un ordine pubblico che, appunto in quanto sovranazionale, è fondato su principi fondamentali provenienti da una pluralità di ordinamenti e ricondotti a unità, e, perciò, non provenienti unicamente dall'ordinamento 'nazionale', che è solo una voce di quel pluralismo assiologico-ordinamentale che fortemente connota lo spazio giuridico liberal-democratico della contemporaneità" (p. 1395).

[una] profonda evoluzione" perché "da complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" si è trasformato nel "distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il Trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE". Si afferma l'idea che l'interiorizzazione del diritto sovranazionale non determina una riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che minano la coerenza interna dell'ordinamento giuridico poiché accanto a questa funzione – che permane – si è contestualmente affiancata "una funzione promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e crescita dell'Unione". In questi termini, il rapporto tra ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale *non è di sostituzione ma di autonomia e coesistenza*. Partendo dall'unità nella diversità, la Corte ricorda come l'art. 67 TFUE salvaguardi anche il rispetto dei diritti fondamentali, i diversi ordinamenti giuridici e le diverse tradizioni giuridiche nel momento in cui afferma, al par. 1, che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che realizza l'Unione è realizzato "nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". In questi termini, la sentenza straniera applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, anche se non ostacolata dalla disciplina europea, "deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale" e che "Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro fiato corto, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca".

In secondo luogo, con riferimento al campo di applicazione, l'ordine pubblico opera nei confronti dell'attività (in particolare di quella a contenuto economico-patrimoniale). Ferri ci ricorda ancora che il riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva assoluta comporta

un dovere di rispetto da parte dei terzi, ma il titolare della posizione può disporne e farne oggetto della attività. Non è così escluso che il titolare di un diritto della personalità (così come quello di proprietà) possa limitare convenzionalmente la sfera che il diritto gli riconosce.[231] Se infatti vi è il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, sembra che il titolare del diritto di personalità possa farne oggetto di contratto ma entro certi limiti che, non fissati in maniera rigida, sono lasciati ai criteri di ordine pubblico (e buon costume). L'ordine pubblico è insomma una *regola fondamentale della vita del diritto*, una regola che deve necessariamente osservarsi nella vita di relazione, desumibile dalla Costituzione, dalle altre fonti cui la Costituzione si richiama e dal codice civile.[232] Il nostro Autore distingue due categorie di principî: quelli di natura tecnica e quelli di ordine politico. Solo questi ultimi attengono all'ordine pubblico nel senso che la loro violazione comporta la illiceità del negozio.[233]

---

[231] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 202.

[232] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 204: "Ordine pubblico e buon costume sono cioè quelle che Lorenzo Mossa chiamava la regole fondamentali della vita del diritto; cioè le regole che debbono essere necessariamente osservate nella vita di relazione".

[233] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 205: "Senza dubbio, i criteri fondamentali che debbono ispirare la vita di relazione tra gli individui possono rivelarsi attraverso la caratterizzazione degli istituti che l'ordine giuridico pone a disposizione dei privati. Ad esempio, possono rivelarsi quando assurgono a elementi essenziali dell'istituto, quelli che in relazione alla natura economica dell'operazione sono elementi soltanto normali e non necessari. Vi può essere, cioè, un principio d'ordine pubblico che riguarda un singolo settore o anche un singolo istituto. Tuttavia, occorre tener nettamente distinti quei lineamenti e caratteri dell'istituto che riproducono le caratteristiche tecniche dell'operazione, da ogni altro lineamento e carattere che voglia indicare una scelta fatta in corrispondenza e in aderenza ai principi informatori del sistema. Occorre cioè distinguere, nella disciplina degli istituti, quei principi che essenzialmente si ispirano ad esigenze di ordine tecnico da quelli che si ispirano invece ai principi di ordine politico e che secondo la formula, riproposta dalla dottrina tedesca, rappresentano *Ausdruck des bestimmendes Geistes einer Rechtsordnungs*. Soltanto questi secondi principi attengono all'ordine pubblico e la loro eventuale violazione rileverà come illiceità dell'interesse, cui tende l'attività privata che tale violazione contenga; gli altri, quelli che si ispirano

L'ordine pubblico ed il buon costume operano nei confronti dell'attività a contenuto economico patrimoniale e dunque su un piano diverso rispetto a quello su cui operano valori che determinano il nascere di diritti soggettivi assoluti della personalità. I diritti della personalità determinano posizioni soggettive che i terzi devono rispettare e non violare, ma il titolare può farne comunque oggetto della sua attività limitandoli attraverso un atto di autonomia privata. L'ordinamento conosce infatti una norma costituzionale, l'art. 41, che riconosce la libertà di iniziativa economica privata della quale l'autonomia contrattuale costituisce specificazione. Così, i diritti assoluti della personalità possono essere sacrificati dal titolare tramite un contratto e per un corrispettivo. Se questo è vero, si pone comunque un problema di *limiti* nel senso che occorre comprendere fino a che punto tali posizioni soggettive assolute possano essere limitate. Per comprendere il confine tra limitazione lecita e limitazione illecita, la legge ricorre a criteri elastici quali ordine pubblico e buon costume che, per Ferri, "sono diretti a stabilire il confine tra lecito ed illecito, nell'agire autonomo di privati". La singola situazione soggettiva deve essere considerata secondo la funzione e la rilevanza che assume nel sistema tenendo conto delle concezioni politiche cui lo stesso si ispira. Da questa constatazione emerge che vi saranno alcuni valori che l'ordinamento ritiene extra commercio per la loro portata spirituale ed altri valori che possono formare oggetto di convenzione per la realizzazione di risultati pratici. Questa distinzione tra posizioni soggettive può ricavarsi solo dall'ordinarsi del sistema unitario ispirato alle concezioni etiche sociale e politiche e che trova concretezza nella realtà storica. Le modificazioni sono possibili ma non può essere sovvertito il sistema, cioè le basi, lo spirito su cui esso poggia. Secondo Ferri: "non si può alterare lo spirito che anima [il sistema] e attribuire un rilievo preminente a valori che nel sistema assumono una posizione di secondo piano; non si può, dunque, annullare e limitare eccessivamente quei valori che il sistema considera come essenziali, perché caratterizzanti di quella società". Riprende la definizione data da L. Mossa di ordine pubblico e buon costume quale "*regole fondamentali della vita del diritto*",

---

all'idea dell'ordine razionale, alla *Natur der Sache*, (…) indubbiamente restano fuori dell'ordine pubblico".

regole che debbono essere necessariamente osservate nella vita di relazione. Questi sono *i soli* principi che regolano i rapporti conseguenti alle azioni umane assicurando il rispetto dell'ordine costituito e i criteri fondamentali che lo informano e *non tutti* i principi generali dell'ordinamento. Per Ferri fanno parte dell'ordine pubblico tutti quei principi generali che riguardano l'individuo, l'autonomia individuale, il diritto soggettivo, la famiglia, l'associazione e i principi sostanziali della tutela dei diritti.[234] Le regole fondamentali che condensano l'ordine pubblico non si limitano a quelle previste dalla Costituzione e che la stessa richiama, ma anche quelli desumibili dal codice civile con la precisazione che vi può essere un principio di ordine pubblico che riguarda un singolo settore o un singolo istituto. Per compiere questa operazione è necessario distinguere nella disciplina dei singoli istituti i principi che rispondono ad esigenze tecniche (e che non costituiscono principi di ordine pubblico) da quelli che contraddistinguono lo spirito stesso dell'istituto (che costituiscono invece principi di ordine pubblico). Questa distinzione è assai importante perché solo la violazione della seconda categoria di principi costituisce illiceità dell'interesse cui tende l'attività privata, mentre con riferimento ai primi, vi potrà essere un incompiuto determinarsi della fattispecie.

4. Ordine pubblico e meritevolezza.

È soprattutto nella voce apparsa sull'*Enciclopedia del Diritto* nel 1980 che G.B. Ferri opera una riflessione sulla funzione dell'ordine pubblico, analizzando il rapporto tra ordine pubblico ed autonomia contrattuale ex art. 1322 cod. civ.[235] Proprio l'indagine sull'art. 1322 cod. civ. gli consente di offrire una lettura sul ruolo svolto dall'ordine pubblico e di distinguere il ruolo che esso riveste in questo articolo dalla funzione che svolge con riferimento all'attività economica. Il punto di partenza è proprio la diversa formulazione dei due commi dell'art. 1322 cod. civ.

---

[234] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 210 ss.

[235] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1040-1044. Si veda, altresì, G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, op. cit., p. 81 ss.

Così, se per il primo comma, le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto *nei limiti imposti dalla legge* (e, in passato, dalle norme corporative) prevedendo dunque limiti "negativi"; il secondo comma utilizza una formula ambigua ed indeterminata, permettendo alle parti di stipulare contratti che non appartengono a tipi aventi una disciplina particolare (si parla, al riguardo, di contratti atipici) purché *diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*: formula che, a differenza del primo comma sembra richiamare non tanto limiti negativi quanto limiti positivi.

Così si pone la questione se i 'limiti imposti dalla legge' previsti dall'art. 1322, comma 1, cod. civ. equivalgano agli 'interessi meritevoli di tutela' previsti dall'art. 1322, comma 2, cod. civ. o se, viceversa, le due formule siano contraddistinte da diversità, così che per interessi meritevoli di tutela si debba intendere altro. Ancora: se la diversità tra le formule derivi dal fatto che il primo comma si riferisce al contenuto dell'atto di autonomia privata, mentre il secondo alla possibilità che i privati, per realizzare gli interessi, possono utilizzare tipi nuovi.[236]

Insomma, la questione da comprendere è se l'ordine pubblico costituisce un limite da non superare ovvero una finalità da raggiungere. Ferri ricorda la Relazione al codice civile nel quale si legge che l'interesse

---

[236] Scrive F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 123 e 126: "(…) il nuovo codice civile italiano, entrato in vigore nel 1942, *apparentemente* continua a non presentare, a livello testuale, modifiche significative rispetto al passato, se non per la presenza della clausola in una serie più numerosa di disposizioni. (…) si deve ora dar conto dell'uso, che al principio di questo paragrafo, s'è fatto dell'avverbio «apparentemente»: con il quale, si è inteso far riferimento all'inserimento, all'interno del codice civile italiano del 1942, di due disposizioni che, pur non menzionato direttamente l'ordine pubblico, costituiscono in realtà il perno del nuovo modello proposto dal regime. Si tratta, come è stato a suo tempo evidenziato, dell'art. 1322, che notoriamente determina i limiti dell'autonomia contrattuale, fissandoli, rispettivamente, al I comma, nel rispetto della legge e, al II comma, nella realizzazione di atti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico; e dell'art. 12 delle preleggi, che, sostituendo l'omologo art. 3 disp. prel. c.c. 1865, trasforma l'espressione «principi generali del diritto» in «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»".

meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico è tale quando esso sia "ammesso dalla coscienza civile e politica, dalla economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico" e, ancora, che l'ordine giuridico può apprestare protezione non al mero capriccio individuale ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate.

Nel sistema del codice civile, l'ordine pubblico è un criterio di valutazione della liceità dell'interesse, di validità dell'agire negoziale ed ha una funzione di *limite negativo dell'agire negoziale*: l'assetto di interessi che le parti regolano, mediante l'atto di autonomia, per essere valido, non deve superare quel limite. Così se l'ordine pubblico è da ricomprendere nell'art. 1322, comma 1, cod. civ., come limite negativo all'agire privato, è dubbio se debba anche costituire uno dei criteri per valutare la meritevolezza dell'interesse. Secondo la formulazione dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. potrebbe sostenersi che non solo è necessario il mancato superamento dei limiti negativi ma occorre anche il raggiungimento di finalità sociali, condensate nella formula degli interessi meritevoli di tutela per la stipulazione di contratti atipici. Quest'idea era certamente vera nell'idea del legislatore del 1942, tanto che la tutelabilità e la liceità dell'agire dei privati dipendeva dal fatto che l'interesse privato contribuisse a realizzare l'interesse generale.[237] Con

[237] F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 126-128: "Quanto [all'art. 1322 cod. civ. e riprendendo il passo della Relazione al codice civile sul punto l'] ordine pubblico [non è limitato], come nel modello liberale, ad una portata «puramente statica e negativa», cioè inteso «in modo del tutto estrinseco», come «ossequio meramente formale della legge»; ma al contrario filtri la sola attività di chi svolga «le sue energie produttive secondo l'indirizzo unitario richiesto nell'interesse della Nazione». Il modello di ordine pubblico proposto nel codice civile del 1942 riflette dunque pienamente la proposta della dottrina, cui s'è fatto riferimento nel paragrafo precedente: la proposta, cioè, di un ordine pubblico che non sia fermo alla sua tradizionale funzione negativa, di limite al superamento del perimetro fissato dalla legge, o da certe specie di leggi (funzione ribadita nel I comma del citato articolo 1322); bensì assuma una funzione positiva, di tutela – di riconoscimento della liceità – dei soli atti che promuovano, insieme all'interesse privato anche l'interesse generale (funzione assunta nel II comma del medesimo articolo). La funzione tradizionale [di limite

l'entrata in vigore della Costituzione, viene ristabilita la equivalenza di significato tra primo e secondo comma dell'art. 1322 cod. civ., nel senso che la Costituzione è ispirata alla libertà e alla democrazia, il cittadino è individuo e persona, sì che l'atto di autonomia privata non deve essere connotato da una particolare "rilevanza sociale" come nel codice del 1942, ma ha una rilevanza meramente negativa (e non positiva).[238] Così, per Ferri, la meritevolezza dell'interesse è identica, tanto che si parli di contratti tipici che di contratti atipici: l'interesse perseguito dalle parti non deve porsi in contrasto con le norme imperative, con l'ordine

---

negativo allo stesso agire negoziale] non viene meno. Tuttavia, insieme a questo ruolo fondamentale, l'ordine pubblico è ora chiamato a svolgere una funzione ulteriore e nuova: quella, positiva, di filtro volto a valutare la conformità delle finalità che i privati intendono raggiungere, con le finalità promosse dall'ordinamento giuridico".

[238] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1043-1044: "Il sistema attuale, infatti, si fonda su una Carta costituzionale ispirata ai principi di libertà e di democrazia (…). Non c'è più dunque ragione di subordinare la tutela dell'atto di autonomia privata alla sua «rilevanza sociale» (nel senso in cui a questa formula faceva riferimento, come abbiamo visto, la Relazione al codice civile); né corrispondentemente c'è alcuna ragione, né alcuna possibilità di far capo ad un concetto di ordine pubblico destinato a svolgere accanto alla sua tradizionale (e testuale come risulta dagli articoli del codice civile che lo richiamano) funzione «negativa», anche una funzione «positiva». Nei confronti dell'atto di autonomia privata le ragioni di meritevolezza dell'interesse, di cui esso è portatore, rimangono identiche; e ciò sia che si tratti di un atto negoziale tipico, sia che si tratti di un atto negoziale atipico. Ciò significa che, come per quello, anche per questo, norme imperative, buon costume e ordine pubblico, costituendo i limiti da non superare, rappresentano anche i criteri per valutare la meritevolezza dell'interesse. Rispetto al comma 2 dell'art. 1322 c.c., l'ordine pubblico è dunque chiamato a svolgere quella stessa funzione «negativa» (di limite, appunto) in cui lo richiamano sia il comma 1 dell'art. 1322 c.c., sia il sistema ad esso collegato, della liceità e dell'invalidità dell'agire negoziale, che trova le sue norme portanti negli art. 1343 e 1418 c.c.". Si veda, sul punto, P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in Riv. dir. civ., 2017, I, p. 101 ss. (in part., p. 107 quando afferma che la società è costituzionalmente basata sulle libertà individuali quando il potere pubblico ha il compito di proteggere e di incentivare l'autodeterminazione di ciascun individuo, non funzionalizzandola al perseguimento di obiettivi centralizzati).

pubblico e con il buon costume. Sull'equivalenza tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza, sembra interessante una sentenza della Suprema Corte del 2004,[239] secondo cui possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322, comma 2, cod. civ. tutti i contratti atipici (in specie, si trattava di un contratto innominato di assicurazione contro il rischio di cambio da annoverarsi tra i derivati) giacché attraverso la formula "meritevolezza dell'interesse" si intende solo che il contratto non deve essere contrario alla legge, alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. In questi termini, si assiste ad una abrogazione implicita del giudizio di meritevolezza destinato ad una inevitabile marginalità, divenendo esso coincidente con quello di liceità causale ex art. 1343 cod. civ. [240]

Il giudizio di meritevolezza è tornato, però, alla luce proprio in tema di contratti di investimento (in particolare, i celebri casi *For you* e *My way*)[241] assurgendo alla indispensabile funzione di filtro contro accesso

---

[239] Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Contratti*, 2004, p. 801 ss. con nota di A. PALMIERI.

[240] Si vedano, tuttavia le riflessioni di M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, p. 184 suffragate dall'attenta analisi della giurisprudenza. Scrive l'Autore che tra solidarietà costituzionale ed il giudizio di liceità, "si dà il campo della conformazione del potere di autonomia al paradigma utilitario, che tale paradigma racchiude un principio d'ordine imperativo ed è perciò istitutivo di una virtuale discrasia tra volontà individuale e riconoscimento giuridico del contratto e che questo è, appunto, il campo tuttora abitato dalla causa negoziale".

[241] La vicenda giurisprudenziale si è svolta con riferimento alle clausole *claims made* e ai prodotti finanziari denominati *For You* e *My Way*. Sulle *claims made*, cfr. Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1919 ss. con commento di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no:* claims made *senza rete*. Con riferimento ai prodotti *For You* e *My Way*, cfr. Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 118 (la sentenza si legge in *Banca, borsa, tit. credito*, 2016, II, 137, con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*); Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratto in genere*, n. 305 (la sentenza si legge in *Società*, 2016, p. 725 ss., con nota di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*); Cass., 14

indiscriminato degli atti di volontà (i contratti, dunque) alle tutele apprestate dall'ordinamento giuridico.

Un discorso parzialmente diverso deve essere fatto, per Ferri, con riferimento non già all'atto di autonomia ma all'attività – cioè alla situazione dinamica. Si parla, al riguardo, di meritevolezza dell'interesse di cui si fa portatrice l'attività. In questi casi non è sufficiente il non superamento di un determinato limite, ma occorre che l'interesse si realizzi con una certa misura di socialità. Dimostrazione di tale diversa configurazione è l'art. 41 Cost., atteso che l'iniziativa economica privata non deve essere in contrasto con l'utilità sociale né deve essere esercita in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Questa prima parte riguarda i limiti negativi alla meritevolezza dell'interesse che costituiscono una specificazione dell'ordine pubblico.[242] Viceversa, una particolare meritevolezza dell'attività economica, quasi una meta da raggiungere, è possibile riscontrarla nel terzo comma dell'art. 41 Cost. dove si afferma che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica (pubblica e privata) *possa essa indirizzata e coordinata a fini sociali*.[243]

---

marzo 2018, n. 6252, in *Foro on-line*. Sul punto, cfr. G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss.

[242] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 238: "Infatti, insieme alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, l'*utilità sociale* si pone come limite negativo dell'iniziativa economica privata; non dunque un fine da raggiungere (come è nell'idea stessa di *funzione*, che appare sempre un criterio che si pone come *strumentale* a qualche cosa) ma un limite da non superare. Nello stesso modo in cui hanno il ruolo di limiti negativi dell'autonomia privata, i principî dell'ordine pubblico e del buon costume; nello stesso modo in cui, secondo le concezioni più tradizionali, l'interesse pubblico si pone come limite negativo alla realizzabilità dell'interesse privato".

[243] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1044: "Rispetto, dunque, all'atto di iniziativa economica, la meritevolezza dell'interesse di cui è portatore dipende da un duplice ordine di condizioni: innanzi tutto non deve ledere l'utilità sociale, la libertà, la sicurezza e la dignità umana che, come limiti negativi, individuano criteri di valutazione della meritevolezza dell'interesse e che, come tali, rappresentano specifiche espressioni (…) del concetto di ordine pubblico, chiamato ancora una volta ad operare in quella «funzione» che sappiamo

5. L'ordine pubblico come criterio residuale.

In particolare, nell'art. 1418 cod. civ. si distingue un parametro formale della illiceità rappresentato dalla violazione delle norme imperative ed un parametro sostanziale della illiceità rappresentato da buon costume e ordine pubblico.[244] I principî di ordine pubblico e di buon costume operano non solo con riferimento all'attività negoziale ma il loro campo di applicazione comprende l'intero agire dei privati. Tuttavia, se la nullità colpisce solo le attività negoziali che con l'ordine pubblico e il buon costume si pongano in contrasto, con riferimento alle attività non negoziali si prevedono sanzioni diverse quali ad esempio il risarcimento del danno. Secondo Ferri, la limitazione dell'applicazione di tali principi al solo negozio giuridico è dovuta alla atrofizzazione del buon costume che, una parte della dottrina francese ricomprendeva già allora all'interno dell'ordine pubblico. Su questo punto, il pensiero di G.B. Ferri sembra discostarsi da quello di S. Rodotà secondo cui, in realtà, sarebbe proprio il concetto di ordine pubblico a non essere (od essere poco) utilizzato.[245]

Per Ferri, da un lato norme imperative, ordine pubblico e buon costume costituiscono concetti autonomi, dall'altro ordine pubblico e buon costume costituiscono *criteri residuali di valutazione* nel senso che essi sono destinati ad operare solo laddove non esista una norma

essergli propria; inoltre deve presentare caratteristiche di «meritevolezza» particolari (e diverse) che consistono nel perseguimento e nel raggiungimento di quei fini sociali (che non rappresentano dunque limiti da non superare, ma mete da raggiungere), di cui l'attività economica privata, non meno che quella pubblica, debbono farsi portatrici; e in relazione a ciò prevede la possibilità di controlli e programmi nei quali si esprimono, in positivo, quelle misure di intervento idonee a consentire che quei fini sociali prestabiliti siano effettivamente raggiunti".

[244] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 12 ss.

[245] Si rinvia a quanto si dirà del dialogo tra Ferri e Rodotà su ordine pubblico e buon costume.

imperativa.[246] In questi termini, oltre a costituire limiti all'agire autonomo dei privati, Ferri si pone sulla medesima posizione del Ferrara senior quando scriveva che: «Il principio della nullità dei negozi immorali e contrari all'ordine pubblico si presenta come una norma sussidiaria ai divieti legali, in quanto interviene in tutte quelle lacune lasciate dalla legge a maggior protezione dell'ordinamento giuridico».[247] In quanto *criteri residuali di* valutazione, essi trovano applicazione solo laddove manchi una norma imperativa. Infatti, in presenza di una norma imperativa, l'interprete applica quest'ultima; solo quando questa manchi, l'interprete deve procedere ad una analisi di compatibilità tra il negozio e l'ordine pubblico (ed il buon costume). Ferri riscontra una *tendenza osmotica* tra i tre concetti, nel senso che regole un tempo riconducibili all'ordine pubblico e al buon costume possono venire poi consacrate dal legislatore in norme imperative, cristallizzando così i criteri di valutazione in norme anche per assicurare la certezza del diritto.[248] Precisa però che i tre concetti sono autonomi: le norme imperative attengono ai principî concretamente posti, l'ordine pubblico ai "criteri ordinanti, ricavabili dal sistema considerato nel suo complesso e nello spirito vitale che lo anima e lo vivifica"; il buon costume al "fondamento etico che è alla base di ogni società e di ogni ordine giuridico". Si consideri che non tutti gli Autori aderiscono alla lettura di *criteri residuali di valutazione* offerta da Ferri. Si segnala, a tal proposito, la posizione di Loris Lonardo secondo cui si è avuto un appiattimento dell'ordine pubblico

---

[246] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 169: "Se esiste una norma imperativa, l'unico problema da risolvere è quello della sua effettiva incidenza sul regolamento negoziale. Di fronte ad una norma espressa, ogni ulteriore indagine (…) assume un limitato rilievo (…). Quando, pertanto, la legge richiama accanto alle norme imperative, come criteri di valutazione, l'ordine pubblico e il buon costume, ciò è perché essi costituiscono limiti ulteriori all'agire autonomo dei privati; limiti che si aggiungono a quelli posti dalle norme imperative e che anzi sono destinati ad operare, proprio nel campo che le norme imperative lasciano libero. Rispetto alle norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume si pongono come criteri residuali di valutazione; come criteri cioè che trovano applicazione solo se manchi una norma imperativa".

[247] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 4.

[248] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 170.

sulle norme imperative, nel senso che il primo è stato considerato composto da norme imperative o dal loro insieme. Quest'accostamento – su cui si tornerà – non è giustificato per Loris Lonardo costituendo una duplicazione dei criteri discretivi dell'illiceità identici. Per l'Autore è proprio l'attribuzione alle norme imperative di una posizione di supremazia rispetto agli altri criteri della illiceità, che esilia l'ordine pubblico a *limite eccezionale* e *residuale* dell'autonomia privata, vista come valore sociale pre-giuridico di altissimo livello. Così, all'ordine pubblico sarebbe assegnata la funzione di limite negativo, che pone divieti, e non impone obblighi all'autonomia privata. Si è già accennato che Lonardo riconosce all'ordine pubblico anche una funzione positiva e, in questi termini, egli ravvisa i parametri dell'art. 1343 cod. civ. come omogenei sul piano applicativo.[249]

6. L'allontanamento dell'ordine pubblico dalle norme imperative.

Tra le principali questioni che da sempre interrogano la dottrina vi è quella del rapporto tra ordine pubblico e norme imperative.[250] Se

[249] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 300: "Più di un dubbio (…) sembra dunque di poter sollevare in ordine alla corrente qualificazione dell'ordine pubblico (e del buon costume) quali criteri residuali rispetto alle norme imperative, alle quali, nella specie, si assegna un rilievo eccessivo, se si considera che molti disincati sono trascorsi da quando la legge, celebrata per la sua riferibilità ad un assetto democratico della società, veniva ad assommare in sì il diritto e la sua stessa legittimazione".

[250] Cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 378 ss.; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in F. VASSALLI (a cura di), *Legislazione economica (1978- 1979)*, Milano, 1981, p. 271 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 521 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica dir. privato*, 1985, p. 435 ss.; F. CORSI, *Autonomia privata e norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 493 ss.; F. GALGANO, *La nullità per contrarietà a norme*

l'ordine pubblico è richiamato, nell'art. 1343 cod. civ. insieme alle norme imperative, occorre comprendere cosa siano quest'ultime, che rappresentano l'evoluzione del termine "legge" utilizzato nell'art. 1122 cod. civ., 1865. Occorre, cioè, indagare il rapporto tra due criteri qualificanti l'illiceità: ordine pubblico e norme imperative.[251]

Larga parte della dottrina è oggi concorde nel ritenere che sussista una distinzione tra norme imperative ed ordine pubblico. Così, secondo Lonardo, "la previsione di norme imperative accanto all'ordine pubblico (…) costituisce un solido argomento contro l'identificazione dei due parametri".[252] Come Ferri, anche lui afferma che l'ordine pubblico sia un concetto separato tanto dalle norme imperative che dal buon costume: non c'è, insomma, una contiguità tra ordine pubblico e norme imperative o tra ordine pubblico e buon costume. È dunque impropria la stessa espressione di norme d'ordine pubblico ex art. 1229 cod. civ. che varrebbe a contraddistinguere tali norme il particolare grado di inderogabilità. Un argomento che Lonardo ritiene attuale e spendibile per ritenere distinti l'ordine pubblico dalle norme imperative si rintraccia nell'art. 43 cod. propr. ind. quando si afferma che il fatto che l'attività sia contraria alla legge non equivale a contrarietà all'ordine pubblico: "alcune attività non sono contrarie ad ordine pubblico e buon costume per il solo fatto di essere vietate dalla legge" (art. 43 c.p.i.).[253] Più recentemente, Giovanni D'Amico scrive che lo spettro d'azione dei due concetti (ordine pubblico

---

imperative, in F. GALGANO - F. PECCENINI – M. FRANZONI – D. MEMMO – R. CAVALLO BORGIA, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 79 ss.; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.* 2001, I, p. 581 ss.; A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in Diritto Civile (diretto da P. Rescigno e N. Lipari, coordinato da A. Zoppini), Il Contratto in generale, vol. II, Milano, 2009, p. 963 ss.; ID., *Norma imperativa e nullità del contratto*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. IV, Milano, 2005, p. 4171 ss.

[251] Si veda sul punto, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 53 ss. In particolare, il secondo capitolo è intitolato *Ordine pubblico e norme imperative*.

[252] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 70.

[253] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 318.

e norme imperative) è differente e sostenere che le norme imperative costituiscono un riflesso dei principi di ordine pubblico, annullerebbe l'autonoma rilevanza dell'ordine pubblico come autonomo parametro di valutazione dell'illiceità.[254] Sulla stessa posizione, si segnalano fra gli altri Carresi e Cataudella.[255]

Come è noto, le norme imperative sono richiamate tanto nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. (laddove si prevede la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa, con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente"), quanto nell'art. 1343 cod. civ. che ritiene la causa del contratto illecita (quand'essa sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume) e da cui il 1418, comma 2 cod. civ. fa discendere, come conseguenza, la nullità dello stesso, senza possibilità di eccezioni. Fabrizio Di Marzio ricorda come, proprio l'introduzione dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., abbia determinato una evoluzione del sistema poiché tale previsione fa riferimento ad una ipotesi di nullità che riguarda il contratto genericamente considerato e non limita la nullità, come faceva il previgente codice del 1865, alla sola illiceità della causa dell'obbligazione (per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico, buon costume).[256]

Per Ferri, l'imperatività non deve essere intesa nel senso generalissimo del termine e cioè quale strumento volto a circoscrivere la

---

[254] G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, p. 34 ss.

[255] Franco Carresi scrive che deve essere contestata la rigida identificazione dell'ordine pubblico con il *jus cogens*, perché altrimenti non avrebbe più ragione d'essere il richiamo all'ordine pubblico. Lo stesso Antonino Cataudella scrive che l'ordine pubblico deve essere apprezzato nel contesto dell'art. 1343 cod. civ. che sanziona l'illiceità della causa ed occorre riconoscergli una autonomia dalle norme imperative perché senza autonomia la distinta indicazione prevista nell'art. 1343 cod. civ. non avrebbe senso. Cfr. A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in A. CAUTADELLA, *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 64 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 324 ss.

[256] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 20 ss.

norma giuridica dalle altre regole di condotta sociale (come quelle morali) poiché, in questi termini, tutte le norme giuridiche sono norme imperative e, quindi, l'imperatività che contraddistingue le norme previste tanto nell'art. 1343 cod. civ. quanto nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. è altra cosa. Tutte le norme facenti parte dell'esperienza giuridica sono, infatti, imperative, ma all'interno della fenomenologia giuridica è compito dell'interprete distinguere tra norme imperative e norme che imperative non sono. Solo laddove il contratto si ponga in contrasto con le prime, si avrà quale conseguenza la nullità del contratto (vuoi per contrarietà dello stesso a norma imperativa ex art. 1418, comma 1, cod. civ., vuoi per illiceità della causa tramite il combinato disposto ex art. 1343 cod. civ. e 1418, comma 2, cod. civ.). Con riferimento al primo comma dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. molteplici sono le tesi presenti nella dottrina più e meno recente: quella che ritiene l'articolo configurare una causa di mera nullità, quella che ritiene che l'art. 1418, comma 1, cod. civ. costituisca una ulteriore ipotesi di nullità per illiceità, per cause diverse da quelle previste dal secondo comma, quella che ritiene il secondo comma dell'art. 1418 cod. civ. superfluo, quella che ritiene che nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. siano ricomprese ipotesi di illiceità già previste dalla legge.[257]

Tre sono le letture, astrattamente possibili, di norma imperativa e l'adesione all'una, piuttosto che all'altra, comporta diverse conseguenze.[258] Secondo una prima tesi, le norme imperative corrisponderebbero allo *zwingendes Recht* tedesco, cioè alla norma inderogabile. In questi termini la norma imperativa equivale alla norma inderogabile, contrapponendosi al *billiges Recht*, cioè alla norma dispositiva. Vi sarebbe pertanto una perfetta equivalenza tra norma imperativa e norma inderogabile, sì che il sintagma "norma imperativa" richiamerebbe le norme inderogabili. Per una seconda tesi, poi, le norme imperative corrisponderebbero alle sole *norme proibitive* – così riprendendo la categoria delle *leggi proibitive* previste dall'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle

[257] La ricostruzione delle tesi dottrinali è ben sintetizzata da L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 72 ss.
[258] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 136-137.

leggi in generale del cod. civ. 1865 –.[259] In questi termini, nel sintagma norma imperativa andrebbero ricomprese non *tutte* le norme inderogabili ma *solo* le norme inderogabili che hanno la specifica caratteristica di *imporre un divieto*. Infine, la terza tesi è quella che ritiene che le norme imperative sarebbero quelle norme concrete che esprimono principî riassumibili nell'ordine pubblico e nel buon costume. In questi termini le norme imperative andrebbero a racchiudere quelle norme che esprimono principi di ordine pubblico e di buon costume.

L'equivalenza tra norma imperativa e norma inderogabile è la prima ad essere messa in crisi da Ferri, così superando quella perfetta equivalenza che si era venuta a consolidare in dottrina – già all'epoca della codificazione napoleonica – tra le due categorie di norme (imperative ed inderogabili).[260] L'Autore ricorda, infatti, che non tutte le norme inderogabili sono anche imperative. La tesi dell'equivalenza si basa sull'assunto che il sistema privatistico si fonda sulla contrapposizione tra norme dispositive (cioè derogabili) e norme cogenti (cioè inderogabili): se le prime costituiscono la regola, le seconde l'eccezione, in aderenza alla disponibilità dell'interesse. Per di più,

---

[259] L'art. 12 distingueva tra le *leggi proibitive del regno che concern[o]no le persone, i beni o gli atti* e le *leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume*. Leggi, atti e sentenze di un paese straniero, nonché le private disposizioni e convenzioni non potevano derogare a tali leggi. L'art. 12 subì l'influenza di Pasquale Stanislao Mancini. Cfr. E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco*, in *Scienza e Politica*, 1990, p. 31 ss. Ricorda F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 97-98 che: "Alla fine del secolo XIX, tuttavia, la diffusa convinzione dell'esistenza di valori giuridici comuni agli Stati nazionali, fondati sullo *ius commune* o sulla comunità delle nazioni civili, è dapprima affiancata, e successivamente sostituita, dalla progressiva affermazione delle identità nazionali e del positivismo giuridico. In questo contesto, l'ordine pubblico viene a giocare un ruolo nuovo, e fondamentale: anche gli Autori che, come il Mancini (…) possono ancora essere annoverati tra i fautori di una idea universalistica del diritto internazionale privato, tendono ora a vedere nell'ordine pubblico espresso dalle leggi territoriali il limite del rispetto di quella diversità delle leggi che, essendo legata a fattori *lato sensu* culturali, si riflettono sulla persona".

[260] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 139 ss.

l'inderogabilità della norma, esprimendo un principio di interesse generale, comporta che la norma è di ordine pubblico e dunque imperativa. Di qui, l'ulteriore conseguenza dell'equivalenza tra norma imperativa ed ordine pubblico.[261]

È vero, invece, che per Ferri ordine pubblico e norme imperative non sono concetti equivalenti, sono invece concetti distinti rappresentando l'ordine pubblico il criterio residuale di illiceità, così che critica la prima tesi sopra menzionata del binomio tra norma imperativa e norma inderogabile, rintracciando nell'ordinamento categorie di norme che sono sì inderogabili, ma non sono imperative. Identificare, nel sistema privatistico, norme inderogabili non imperative mette in crisi la tesi della perfetta equivalenza tra norme imperative ed inderogabili. Le norme imperative sono norme di azione, che *comandano*, *vietano*, *limitano*. Si distingue, al riguardo, tra norme imperative che impongono divieti (cd. norme imperative proibitive) e norme imperative che impongono (cd. norme imperative precettive).[262] Numerose sono le categorie di norme

---

[261] Le ragioni dell'assimilazione tra disposizioni inderogabili ed ordine pubblico sono ben messe in evidenza da Loris Lonardo. Cfr. L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 59 ss. in quanto le norme di ordine pubblico sarebbero una categoria intermedia tra le norme di diritto privato e quelle di diritto pubblico. In particolare, all'interno delle norme di diritto privato, generalmente derogabili, andrebbe rintracciato un gruppo di norme non disapplicabili da parte dei privati: le norme di ordine pubblico, appunto. Tuttavia, Lonardo ritiene che la dicotomia tra norme privatistiche e pubblicistiche, con l'eccezione di quelle di ordine pubblico (norme di diritto privato inderogabili) dovrebbe scontare una seconda eccezione rappresentata dalle norme di diritto pubblico derogabili. In definitiva, per Lonardo, l'"accostamento tra norme imperative e norme d'ordine pubblico – fondato più su giudizi di valore che sul consolidamento di premesse preventivamente accertate – appare in definitiva troppo legato al criterio dettato dal codice napoleonico per l'individuazione delle norme inderogabili per essere accolto".

[262] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit. p. 97: "Le norme possono, altresì, essere classificate secondo la loro vigenza. Le norme che contengono un comando, cioè un precetto o un divieto, non possono essere derogate dai destinatari. Le norme precettive e proibitive sono cogenti, cioè imperative e non sono derogabili da parte dei destinatari".

inderogabili (dunque non disponibili dai privati) non imperative. Senza troppo dilungarsi sul punto, Ferri fa l'esempio delle norme che non si rivolgono alla volontà delle parti e che prescindono dalla alternativa tra disponibilità ed indisponibilità essendo inderogabili, come le norme che definiscono gli istituti nei loro caratteri fondamentali (e meno fondamentali), quelle descrivono ed organizzano le situazioni giuridiche e, infine, quelle interpretative.

Una riprova circa la necessità di distinguere all'interno del diritto inderogabile, varie categorie di norme si ritrova nella disciplina della nullità del negozio.[263] È proprio attraverso l'analisi della disciplina della nullità del negozio che Ferri trova conferma della necessità di distinguere, all'interno del diritto inderogabile, tra diverse categorie di norme: da un lato, infatti, a livello di ordinamento non esiste una figura legale unitaria di atto nullo e, dall'altro lato, anche all'interno della nullità per illiceità della causa – e dunque all'interno delle norme che incidono sulla funzione – il regime della nullità può essere differente.

Come è noto, la nullità delineata dall'art. 1418 cod. civ., può derivare dalla contrarietà a norme imperative (art. 1418, comma 1, cod. civ.), dalla mancanza dei requisiti essenziali (art. 1418, comma 2, cod. civ. e art. 1325 cod. civ.), dalla illiceità della causa o del motivo rilevante (art. 1418, comma 2, cod. civ. e art. 1343 cod. civ.), dall'illiceità, impossibilità, non determinazione o determinabilità dell'oggetto (art. 1418, comma 2, cod. civ. e art. 1346 cod. civ.).[264]

Da qui due grandi cause di nullità: quelle che riguardano *la struttura*, cioè che attengono alla mancanza dei requisiti essenziali, e quelle che riguardano *la sostanza*, cioè che riguardano il contenuto o la funzione, o le modalità del negozio.[265] Sta di fatto che la nullità assume

---

[263] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 147 ss.

[264] Sull'art. 1325 cod. civ., cfr. E. DEL PRATO, *sub art. 1325 – requisiti del contratto*, nel Commentario Schlesinger, Milano, 2013. Sulla nullità, si veda, di recente, S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, *passim* (in part. p. 17 ss. e 131 ss.).

[265] E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, *passim*.

caratteri diversi poiché se è vero che conseguenza del contratto la cui causa (o il cui oggetto) sia illecita è quella della nullità senza eccezioni (art. 1418, comma 2, cod. civ. e art. 1343 cod. civ.), viceversa laddove il contratto sia contrario a norme imperative (che non riguardano la causa o l'oggetto), la nullità è conseguenza normale ma *non anche necessaria* stante l'inciso "*salvo che la legge disponga diversamente*" previsto nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. potendo così la legge stabilire una sanzione diversa per il caso di contrarietà a norma imperativa del contratto, come ad esempio previsto dall'art. 1471, nn. 3 e 4 cod. civ.

Il ruolo del rapporto tra ordine pubblico e norme imperative è stato approfondito da Loris Lonardo.[266] In particolare, Lonardo ricorda che le norme d'ordine pubblico (o ispirate esclusivamente all'interesse pubblico) andrebbero a contraddistinguere quella categoria di norme imperative la cui violazione comporta *indefettibilmente* la nullità del contratto ex art. 1418, comma 1 cod. civ.[267]

Ferri nota che il regime della nullità è diverso a seconda che la nullità riguardi la formazione dell'atto (mancando gli elementi che l'ordinamento richiede), ovvero la sostanza (il contenuto, la funzione, le modalità).[268] In particolare, i casi di sanatoria, di conversione, di risarcimento del danno ex art. 1338 cod. civ. riguardano le ipotesi di nullità che non attengono al profilo sostanziale cioè alla *illiceità*. In altri termini, il negozio nullo può essere sanato ex artt. 590 e 799 cod. civ. sempre che la nullità non derivi da illiceità della causa. Ancora: può essere convertito in altro negozio che di quest'ultimo abbia i requisiti di sostanza e di forma, sempre che la nullità che affligge il primo negozio riguardi la struttura (e non un vizio funzionale, come appunto l'illiceità della causa). Infine, il risarcimento previsto per l'ipotesi di responsabilità precontrattuale dall'art. 1338 cod. civ. riguarda casi di nullità dipendente dalla struttura (e non anche dalla funzione del negozio). Dunque: i casi di conversione, sanatoria, responsabilità precontrattuale divergono a seconda che la nullità attenga alla struttura ovvero alla funzione.

---

[266] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 53 ss.

[267] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 71.

[268] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 150 ss.

Ferri nota anche il regime della nullità è differente anche all'interno della categoria dell'illiceità della causa: in particolare, il riferimento è all'ipotesi in cui sulla base di un contratto nullo per illiceità della causa sia stata eseguita la prestazione. Così, se la prestazione è stata eseguita sulla base di un contratto nullo per contrarietà a norma imperativa ovvero per contrarietà all'ordine pubblico, vige la ripetibilità della prestazione; viceversa laddove la prestazione sia stata eseguita sulla base di un negozio immorale, vige la irripetibilità della stessa (arg. ex art. 2035 cod. civ.), così parificando il regime delle restituzioni da contratto nullo *ob turpem causam* a quanto previsto in tema di prestazioni compiute in adempimento dei doveri morali e sociali (art. 2034 cod. civ.). La *ratio* di tale regime, sempre secondo il nostro Autore, non è quella di tutelare un'obbligazione nascente da causa immorale ma "*di colpire chi anche da parte sua ha partecipato all'offesa al buon costume (o forse anche quella per cui si ritiene più convincente non discutere oltre su un atto immorale quando esso si è già completamente esaurito)*".[269] Dunque: per il caso di esecuzione della prestazione nulla, la restituzione di quanto eseguito non è ammessa per il l'ipotesi di contratto illecito-immorale, mentre lo è per quello illecito-contrario all'ordine pubblico.

Giova ripetere che la causa del contratto – intesa quale funzione economico-individuale del negozio e cioè come interesse concretamente perseguito dalle parti – non può essere contraria alle norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, pena la nullità del regolamento di interessi.

Un'altra questione affrontata da Ferri è, poi, quella della autonomia dell'ordine pubblico rispetto alle norme imperative. Va detto subito che egli sostiene la completa autonomia tra i due concetti. Per addivenire a tale conclusione, parte però dalla diversa tesi che riteneva intimamente collegati ordine pubblico e norme imperative. Secondo una parte della dottrina – che muove dalla sussunzione dell'ordine pubblico nel diritto pubblico – non vi sarebbe, infatti, una distinzione ontologica tra ordine pubblico e norme imperative. Le *norme imperative* sarebbero

[269] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 155.

infatti norme di ordine pubblico e l'*ordine pubblico* sarebbe il complesso dei principi ricavabili dalle norme imperative o comunque sarebbe espressione di quei valori che sono alla base delle norme imperative. Un'identità sostanziale, dunque, di contenuto tra norme imperative ed ordine pubblico criticata da Ferri che è in disaccordo su questa impostazione (cd. unificazione tra ordine pubblico e norme imperative) derivante dalla sussunzione dell'ordine pubblico nel diritto pubblico, cioè dalla subordinazione dell'interesse particolare all'interesse generale. Secondo lui, invece, "l'ordine pubblico è sorto per esprimere valori, considerati bensì essenziali, ma riguardanti i rapporti tra individui, non i rapporti tra individui e stato".[270] Fine studioso di questo tema, egli si preoccupa dunque di individuare le norme imperative che concorrono ad integrare la illiceità della causa, cercando poi un criterio discretivo tra queste norme imperative ex art. 1343 cod. civ. e quelle invece ex art. 1418, comma 1, cod. civ. che comportano sì la nullità del contratto, come conseguenza possibile ma non necessaria per la loro violazione, ma che sembrano non attenere alla causa. Sempre attraverso l'analisi storica, prende spunto dall'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, cod. civ. 1865, una norma sì di diritto internazionale privato, ma che distingueva due categorie di leggi: quelle proibitive (riguardanti le persone, i beni, gli atti) e quelle riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume. Nel codice civile del 1942, si assiste ad una *complicazione* nel rapporto tra ordine pubblico e norme imperative, perché l'art. 31 disp. prel. cod. civ. non fa più riferimento alle norme imperative ma lo fa solo all'ordine pubblico e al buon costume, perché l'art. 1343 cod. civ. fa riferimento ai tre criteri di illiceità, perché le *sole* norme imperative sono richiamate anche nell'art. 1418, comma 1, cod. civ.

---

[270] Questa è una costante del pensiero di Ferri. In questi termini, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 158. In termini analoghi, cfr. G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1053: "L'ordine pubblico non è, dunque, un limite ai diritti fondamentali dell'individuo in funzione dei superiori interessi della comunità statuale, ma pone limiti all'autonomia dei privati, in funzione del rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda e che caratterizzano l'ordinamento giuridico".

Come già ricordato, la categoria delle norme imperative si compone tanto delle norme che pongono divieti (cd. proibitive) che di quelle che pongono comandi (cd. ordinative o precettive)[271] andando a limitare l'autonomo agire dei privati e che possono essere previste tanto nel sistema privatistico (codice civile e legislazione speciale) quanto in quello pubblicistico (codice penale, leggi amministrative, ecc.). Riferite al contratto, le norme imperative possono riguardare tanto l'aspetto strutturale quanto quello funzionale. Questo spiegherebbe, per Ferri, la previsione dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. e, il richiamo fatto alle norme imperative riguarderebbe solo quelle concernenti la struttura del negozio e la nullità sarebbe conseguenza normale ma non necessaria della loro violazione. È proprio dall'analisi della singola norma imperativa che l'interprete comprende se essa è stata posta in funzione di un interesse privato, la cui tutela è necessaria e indispensabile, ovvero di un interesse pubblico. Per Ferri, le norme imperative richiamante dall'art. 1343 cod. civ. *sono solo quelle che riguardano l'aspetto funzionale del negozio*, cioè quelle che ritengono non meritevole l'interesse concretamente perseguito attraverso l'atto di autonomia privata. Ancora: oltre a riguardare l'aspetto funzionale, le norme imperative dell'art. 1343 cod. civ. sono solo quelle che pongono un divieto e non anche quelle che stabiliscono un comando

[271] Secondo Pietro Perlingieri, vuoi che la norma ponga un comando, vuoi che essa ponga un divieto è da qualificarsi come precettiva, cambiando solo la tecnica di formulazione del precetto (nel primo caso positivo, nel secondo negativo) ed è d'uso chiamarle nel primo caso precettive in senso stretto, nel secondo proibitive. Entrambe le norme sono norme imperative. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 96: "La qualificazione delle norme risponde (…) al significativo ruolo che la loro natura assume nel momento della loro applicazione. (…) La norma può dettare un comando positivo a fare, a dare, a consegnare, a trasferire, come un comando negativo a non fare, a non dare, cioè un divieto. Da qui la denominazione di norme precettive in quanto in ambedue le ipotesi si detta un comando. La differenza sta nella tecnica di formulazione del precetto, nell'una positivo e nell'altro negativo, sì che è ormai d'uso distinguerle qualificando le prime come precettive in senso stretto, le seconde, contenenti un divieto, come proibitive. Entrambe operano una limitazione della libertà del destinatario [che] subisce una restrizione della sua sfera di libertà. Qualificare una norma «precettiva in senso stretto» o «proibitiva» significa sempre considerarla «imperativa»".

per la ragione che l'autonomia contrattuale è la regola ed il limite funzionale è appunto rappresentato dalle norme imperative proibitive.[272] In questi termini, le norme imperative ex art. 1343 cod. civ. riprendono l'antica categoria delle norme proibitive previste nel codice civile del 1865 e solo se la norma imperativa pone un divieto, la causa del negozio può essere *contra legem*. Viceversa, laddove il negozio violi norme imperative precettive od ordinative, tale violazione può condurre a conseguenze quali l'irregolarità, l'imperfezione, l'inesistenza ma non anche alla nullità (per illiceità della causa). Scrive chiaramente il nostro: «Nonostante la diversità della formula, quindi, l'espressione "norme imperative" [ex art. 1343 cod. civ.] corrisponde esattamente nel contenuto, alla formula "leggi proibitive" già espressa nell'art. 12 delle preleggi del codice civile del 1865».[273] Dunque: la norma imperativa richiamata dall'art. 1343 cod. civ. riguarda l'aspetto funzionale (e non strutturale) del negozio e per contrarietà ed è solo quella che pone un divieto, cioè quella proibitiva (e non anche quella che pone un comando). Su questo aspetto, occorre tuttavia considerare anche quanto scrive successivamente Loris Lonardo, secondo cui l'identificazione delle norme imperative esclusivamente in quelle proibitive "essendo derivata per rigorosa deduzione dal postulato secondo cui l'autonomia privata è principio fondamentale, è espressa con valore categorico e prescinde quindi dall'accertamento empirico delle norme implicate".[274]

---

[272] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 160: "La congiunta considerazione della norma imperativa, dell'ordine pubblico e del buon costume, è posta con riferimento all'aspetto funzionale del negozio. Il rapporto, quindi, tra norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non va dunque posto con riferimento all'intera categoria delle norme imperative, ma va posto con riferimento alle norme imperative che riguardano l'aspetto funzionale del negozio; dunque, alle norme imperative che qualificano come non meritevole di tutela l'interesse concretamente perseguito con il negozio. Essendo principio fondamentale dell'ordinamento, quello della libera autonomia contrattuale e ponendosi le norme imperative nell'art. 1343 c.c. come un limite funzionale, risulta evidente che esse non possono consistere se non in un divieto: *sono, cioè, necessariamente norme proibitive, non già norme precettive o ordinative*".

[273] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 161.

[274] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 68.

Ulteriore questione affrontata da Ferri è quella di individuare *quando* la concreta causa di un negozio giuridico è illecita ex art. 1343 cod. civ. per contrarietà a norma imperativa (*rectius*, norma imperativa funzionale e proibitiva). In primo luogo, non tutte le norme imperative riguardano l'aspetto funzionale del negozio e le norme imperative precettive non incidono sulla causa del negozio. Ancora: il divieto previsto dalle norme imperative proibitive potrebbe non riguardare la causa ma potrebbe essere posto in funzione dei soggetti che addivengono al negozio, potrebbe riguardare la loro capacità, la loro legittimazione a compiere l'atto, ecc. ed in questo caso, nonostante la presenza di una norma imperativa proibitiva, poiché essa non riguarda la funzione, la sua violazione potrà dar luogo sicuramente a nullità ma non per illiceità della causa poiché questa norma imperativa non incide sulla funzione, sulla causa del contratto. La violazione di norma imperativa non equivale *sic et simpliciter* ad integrare illiceità della causa e, dunque, a determinare la nullità del contratto: la riprova si ha nel duplice regime previsto per la violazione delle norme imperative, rispettivamente nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. e nell'art. 1418, comma 2 e 1343 cod. civ. Pertanto «*le norme imperative considerate nel primo comma, non sono quelle stesse norme imperative considerate nell'art. 1343 c.c., la cui violazione rende la causa illecita e nullo, in ogni caso, il contratto*».[275] Dunque, è bene ripetere che nella visione dell'insigne studioso le norme imperative previste dal primo comma dell'art. 1418, cod. civ. la cui violazione rende di regola (ma non necessariamente) nullo il contratto sono diverse dalle norme imperative previste nell'art. 1343 cod. civ. la cui violazione rende nullo il contratto. In particolare, proprio con riferimento alle norme imperative previste nel primo comma dell'art. 1418 cod. civ. trova applicazione la distinzione tra norme la cui violazione importa la nullità del negozio (cd. norme *perfectae*) e quelle la cui violazione non importa nullità (cd. *minus quam perfectae*). Quando l'interprete si trova al cospetto di una norma imperativa rilevante ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., non è necessario, affinché si possa proclamare la nullità per contrarietà a norma imperativa, che quest'ultima stabilisca espressamente la sanzione della nullità potendo l'interprete, a differenza di quanto avveniva nei codici ottocenteschi, escludere la nullità solo dimostrando che la legge disponga

[275] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 162.

diversamente. In altri termini, al cospetto della violazione di una norma imperativa vige, la presunzione (relativa) di nullità e per battere tale presunzione occorre dimostrare che la legge dispone diversamente: una dimostrazione che può avvenire non solo rinvenendo la diversa disciplina nel testo della legge ma potendo questa essere ricavata indirettamente nella *ratio* del divieto.

Con riferimento, invece, alle norme imperative previste nell'art. 1343 cod. civ. secondo Ferri "il problema si pone in termini diversi".[276] La norma imperativa proibitiva può essere desunta dal sistema del diritto privato (come, ad esempio, è il caso del divieto del patto commissorio ex art. 2744 cod. civ.), oppure essere previsto dal sistema di diritto pubblico (nelle norme penali o in quelle amministrative) laddove esse vietino una determinata azione e prevedano, per i casi in cui il privato violi tali norme, pene o sanzioni amministrative. Affinché il negozio posto in essere a seguito dell'azione delittuosa possa essere considerato nullo per illiceità della causa, occorre che la funzione economico-individuale del negozio si ponga in contrasto con la norma imperativa: l'illecito, in altri termini, deve tradursi nel negozio, come momento essenziale del regolamento di interessi mentre, laddove l'attività illecita non penetri nella struttura del negozio, nella funzione economico-individuale perseguita dalle parti, allora quell'illecito rileva in sede penale (o amministrativa) ma non determina la nullità del negozio.

Infine, l'Autore prende in considerazione anche il caso in cui la violazione della norma imperativa investa non l'intero negozio ma una sua clausola.[277] Occorre distinguere due ipotesi: quella per cui la norma imperativa abbia una portata esclusivamente negativa (limitandosi a stabilire un divieto e ritenendo immeritevole un determinato interesse) e quella per cui la norma imperativa abbia anche una portata positiva (imponendo autoritativamente la realizzazione di un dato interesse, vietando o qualificando immeritevole ogni diverso interesse). Le conseguenze sono diverse: nel primo caso si applicano i principi della nullità parziale ex art. 1419, comma 1, cod. civ. e pertanto, espunta la

[276] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 163 ss.
[277] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 166 ss.

clausola nulla il negozio viene considerato comunque valido se la clausola espunta non rivesta la qualifica dell'essenzialità; nel secondo caso la norma imperativa si sostituisce automaticamente alla clausola nulla, impedendo la nullità del contratto. È evidente che in questo caso la norma imperativa deve esprimere una regola che possa sostituirsi alla regola negoziale e, in particolare, il meccanismo di "ortopedia contrattuale" ben si evince dall'art. 1339 cod. civ. sulla sostituzione automatica di clausole.

Fabrizio Di Marzio scrive che l'ordine pubblico costituisce "la funzione di clausola generale di razionalizzazione di principi desumibili anche dalle prescrizioni imperative ma sempre attraverso una robusta costruzione dogmatica condotta nel quadro assiologico della Costituzione",[278] specificando che i principi di ordine pubblico vengono sostanziati nei valori sanciti dalla Costituzione quali i diritti inviolabili dell'uomo, i doveri inderogabili di solidarietà, l'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini, la tutela della salute, della libertà e della dignità umana e si rinvengono anche nelle leggi ordinarie imperative poste in attuazione di quei valori.

Resta il fatto che il rapporto tra ordine pubblico e norme imperative non è di facile identificazione neppure attraverso l'analisi delle sentenze del giudice di legittimità. Se è vero, infatti, che si rintracciano sentenze che ritengono l'ordine pubblico concetto autonomo, da non confondersi con le norme imperative, essendo invece espressione dei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico,[279]

---

[278] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 49, nota 113.

[279] In questi termini, cfr. Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss. con commento di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*. Per il collegio "è certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico"; Cass., 26 novembre 2004, n. 22332, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2005, p. 771 ss. che, riprendendo un precedente del 2002 afferma che "l'ordine pubblico interno è un concetto definito con una clausola generale, la cui specificazione è lasciata all'interprete, non essendo costituito né da singole norme imperative, né dai principi generali dell'ordinamento (che, deducibili attraverso progressiva generalizzazione delle

è anche indubbio che ve ne sono altre che individuano l'ordine pubblico nelle norme imperative di diritto interno[280] ed altre ancora per le quali l'ordine pubblico si comporrebbe delle regole inderogabili che hanno il carattere di fondamentalità (e questo sarebbe il criterio che le distinguerle dalle norme imperative) e sono immanenti ai più importanti istituti giuridici, ivi compresi i principi costituzionali.[281]

7. Il buon costume: tra morale ed etica.

L'altro parametro della illiceità previsto dall'art. 1343 cod. civ. è il buon costume, parlandosi di contratto immorale per il caso in cui l'atto di autonomia si ponga in contrasto con il buon costume.[282] L'ordine

---

singole norme ed in ognuna di queste restando iscritti, non sono ipotizzabili come esterno limite delle stesse), né da singole norme costituzionali (lo specifico limite dell'ordine pubblico non avrebbe ragione e funzione alcuna)".

[280] Cfr. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280 ss. che ritiene l'ordine pubblico *interno* "un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno".

[281] Cfr. Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3571 ss. per la quale: "il concetto di ordine pubblico italiano (…) quantunque tra i più controversi della scienza del diritto ed ancora lungi dall'essere stabilito in maniera definitiva secondo quanto affermato in dottrina, si ritiene comunemente che consista nel complesso dei principi cardine dell'ordinamento giuridico, i quali caratterizzano la stessa struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché nelle regole inderogabili, provviste del connotato della fondamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, immanenti ai più importanti istituti giuridici, ivi compresi i principi desumibili dalla Carta Costituzionale". Negli stessi termini, tra le molte, cfr. Cass. 18 aprile 2013, n. 9483, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2014, p. 386 ss.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2215, in *Giust. civ.*, 1984, I, c. 3067 ss. e in *Foro it.*, 1984, I, c. 2253 ss. con nota di R. PARDOLESI; Cass. 19 febbraio 1991, n. 1709, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Matrimonio*, n. 166.

[282] Il buon costume si trova anche in altre norme, come nell'art. 5 cod. civ. e, prima dell'abrogazione, nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. in cui è richiamato insieme all'ordine pubblico. Sul buon costume, si vedano, tra gli altri, G. PANZA,

pubblico, infatti, viene spesso richiamato unitamente al buon costume (come, appunto nell'art. 1343 cod. civ.). Nel pensiero di Giovanni Battista Ferri, da un lato il buon costume è concetto distinto tanto dall'ordine pubblico che dalle norme imperative; dall'altro ordine pubblico e buon costume costituiscono criteri residuali di valutazione che operano solo in mancanza di una norma imperativa che regoli il caso.

Ci si chiede se ordine pubblico e buon costume, legati dalla locuzione disgiuntiva "o" costituiscano concetti distinti o siano, viceversa, espressione di un'endiadi. Si dica subito che il regime della ripetibilità della prestazione eseguita sulla base di un contratto illecito è diversa a seconda che l'illiceità dipenda da contrarietà al buon costume ovvero all'ordine pubblico.[283] Solo nel primo caso, infatti, l'art. 2035 cod. civ. sancisce l'irripetibilità della prestazione eseguita sulla base di un contratto contrario al buon costume desumendo, così, *a contrario* la

Buon costume e buona fede, Napoli, 1973, *passim*; A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e soluti retentio*, in *Corriere Giur.,* 2005, p. 865 ss.; M. ALLARA, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Cortona, 1930, *passim*; F. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 29 ss.; D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio, l'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»,* Napoli, 1995; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria: per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica diritto privato,* 1984, p. 539 ss.; G.B. FERRI, voce *Buon costume*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. GUARNERI, voce *Buon costume*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 1988, p. 121 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica diritto privato*, 2007, p. 67 ss.; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto disc. priv.*, XII, 1995, p. 366 ss.; M. NUZZO, voce *Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; E. PROTETTÌ, voce *Buon costume*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 593 ss.; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss.; M. ROBLES, *Rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 83 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 700 ss.; G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2014, *passim.*

[283] Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 96.

ripetibilità della prestazione eseguita sulla base del contratto contrario all'ordine pubblico (o a norma imperativa).[284]

Il buon costume, come l'ordine pubblico, non trovano applicazione *esclusivamente* con riferimento all'attività negoziale, ma a tutte le azioni dei privati, anche con riferimento all'attività non negoziale. Se questo è vero, diversa sarà la sanzione, perché nei casi in cui l'attività non negoziale si ponga in contrasto con l'ordine pubblico o il buon costume la sanzione non sarà quella della nullità del contratto, bensì quella del risarcimento del danno o di sanzioni penali. Tuttavia, proprio l'idea che il buon costume e l'ordine pubblico trovino applicazione nei confronti della *sola* attività negoziale ha determinato, soprattutto nella dottrina francese, l'idea di una atrofizzazione del concetto del buon costume in favore di quella dell'ordine pubblico.

Il pensiero di Ferri si ricostruisce non solo riferendosi alla sua monografia del 1970 ma anche attraverso un articolo dal titolo "*Illiceità di convenzioni elettorali*" apparso nel 1972 sulla Rivista del Diritto Commerciale.[285] In questo contributo, Ferri dialoga[286] sul buon costume con un altro grande giurista, Stefano Rodotà (anch'egli allievo di Rosario Nicolò) il quale si era interessato qualche anno prima della sentenza di primo grado del Tribunale di Roma sull'illiceità della medesima convenzione elettorale, scrivendo per Giurisprudenza di merito il commento *Ordine pubblico o buon costume?*.[287]

---

[284] Si veda, tuttavia, quanto di recente stabilito da Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 139 ss. con nota di D. ALESSANDRI *Il contratto nullo tre volte: difetti di forma e soluti retentio*. Per la sentenza l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative e quindi nullo per tale ragione (art. 1343 cod. civ.) non impedisce una autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale contrarietà al buon costume, al fine di negare l'azione di ripetizione, a norma dell'art. 2035 cod. civ.

[285] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, op. cit., p. 20 ss.

[286] G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 629 ss.

[287] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 105 ss.

Ferri nota una latente (seppur costante) sovrapposizione tra i tre criteri di valutazione della illiceità da parte di dottrina e giurisprudenza. Per lui, il buon costume, al pari dell'ordine pubblico, costituisce criterio residuale di valutazione della illiceità, promuovendo la riflessione sulla *necessaria* relazione tra realtà sociale ed esperienza giuridica.[288] Per Ferri ordine pubblico e buon costume non esprimono un concetto unitario o un'endiadi, ma *nozioni autonome*, come autonoma è la nozione delle norme imperative.

Il buon costume, infatti, come clausola sembra aprire l'ordinamento giuridico verso la realtà sociale, consentendo l'evoluzione dell'ordinamento (o, meglio, l'adeguamento) rispetto al sentire sociale. Con il rischio che all'interno dell'attività ermeneutica possano entrare giudizi di valore "non controllabili se non dalla coscienza del singolo interprete".[289] Se è vero che il buon costume ha una tradizione più antica rispetto all'ordine pubblico – il richiamo è ai *boni mores* nella Roma antica –, ciò non significa che esso sia determinato o più facilmente determinabile. I *bonnes moeurs*, assieme all'*ordre public*, vennero introdotti nel *Code Napoléon* del 1804,[290] ma solo i primi dei concetti non rappresentavano una novità essendo i buoni costumi presenti nella tradizione giuridica precedente e radicati nella *communis opinio* francese del periodo illuminista.[291]

---

[288] Discorre di "*tormentato problema*" del rapporto tra momento normativo e sociale dell'esperienza giuridica, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 143 e, riprendendo l'espressione di Giorgio Del Vecchio, ricorda come il rapporto tra diritto e morale costituisca il Capo Horn della scienza giuridica.

[289] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 148.

[290] Si consideri che la recente riforma del *code civil* ha soppresso i *bonnes moeurs* dal diritto contrattuale francese – si consideri che esso rimane pur sempre nell'art. 6 del code – ma la dottrina civilista italiana non considera costituire un deficit di tutela stante un ruolo ampliato e inclusivo di tutela. Cfr. G. PASSAGNOLI, *Note sull'*ordre, op. cit., p. 38 ss.; A. GUARNERI, *La scomparsa delle* bonnes moeurs *dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 404 ss. Sulla causa del contratto nel diritto francese dopo la riforma, cfr. E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma del Code Civil*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 205 ss.

[291] G. TERLIZZI, *Dal buon costume*, op. cit., p. 3 ss.

Basandosi sulla ricostruzione storica, può essere utile ricordare il contributo di Francesco Ferrara *senior* secondo il quale il buon costume, recepito dal codice civile del 1865 negli artt. 12 delle Preleggi e 1122 cod. civ. 1865, esprimeva valori che si affermavano nella realtà e nella coscienza sociale dunque fuori dall'ordinamento giuridico.[292] Non a caso, per Ferrara l'indagine sul buon costume era una *quaestio facti* ed esprimeva valori che non dovevano essere consacrati nella legge. L'Autore, riteneva che l'ordine pubblico dovesse necessariamente risultare dalla legge (l'interesse sociale di cui si componeva l'ordine pubblico doveva, infatti, essere stato recepito dalla legge), mentre il buon costume poteva anche non risultare dalla legge, nonostante che l'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione interpretazione, cod. civ. 1865 parlasse di leggi riguardanti l'ordine pubblico e il buon costume. C'era, dunque, per Ferrara un collegamento tra buon costume e realtà sociale, riassunta nella morale. In particolare, Ferrara faceva riferimento alla *morale sociale* quando scriveva che «la morale che deve formare il criterio per il giurista e per il magistrato non è la morale passata o futura, ma la morale presente, non la morale teorica, ma la morale pratica, non la morale religiosa, ma la morale civile, non la morale internazionale, ma la morale locale, non la morale individuale, ma la morale obbiettiva e generale».[293] Il giudice avrebbe avuto così un criterio sufficientemente preciso. In questi termini, il diritto era subordinato alla morale, dovendosi esso adeguare a valori esterni, che penetrano direttamente ed automaticamente nell'esperienza giuridica. È questa, infatti, una delle possibili relazioni tra diritto e morale. Un'altra possibilità era quella della indipendenza tra diritto e morale, nel senso che il diritto, se vuole inglobare concetti morali, deve recepirli, in modo che il contenuto da attribuire alla morale è quello attribuitole dall'ordinamento. Si riproponeva dunque, forse con più forza, il rapporto tra auto-integrazione ed etero-integrazione dell'ordinamento giuridico.

---

[292] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 27 ss. Si consideri che la dottrina italiana "si adagiava volentieri a considerare come fonte autorevole i commenti della dottrina francese", così G. TERLIZZI, *Dal buon costume*, op. cit., p. 33.34.

[293] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito*, op. cit., p. 33 ss.

Ferri parte dall'analisi della realtà sociale, nella quale si ritrovano *usi e costumi* che possono operare nell'esperienza giuridica con ruoli diversi. L'*uso* opera sulla disciplina del fatto ed è il costante ripetersi in un determinato ambiente sociale di situazioni secondo direttive costanti: esso riveste la funzione di interpretare e di integrare il fatto. Il *costume*, esprime invece un valore, è un fenomeno deontologico ed in quanto tale, è assunto tra i valori dell'ordinamento giuridico non come oggetto, bensì come criterio di valutazione. Fin da tempo antico, il principio del buon costume è stato identificato con la morale,[294] così che il costume *buono* è connesso con il costume *morale* tanto da portare Ferri a sostenere che «Costume *buono* è dunque costume morale».[295] Per Ferri, la funzione del buon costume, non è tanto quella di diffondere la moralità quanto quella di non dare forza alla immoralità. In questi termini, il diritto trova nella morale una fonte importante: la morale, come il diritto, è tra le forze ordinanti ma ciò non appare scontato. Due sono le grandi tendenze: da un lato, c'è chi ritiene che la morale sia l'insieme dei valori trascendenti, caratterizzati spesso da contenuti religiosi. A questa prima tendenza aderisce la gran parte degli scrittori cattolici. Dall'altro, c'è chi vede nella morale un fenomeno sociale (imperniato sulla coscienza sociale) sicché essa sarebbe caratterizzata da dati oggettivi costituenti un insieme di valori insiti nella collettività, tanto da rappresentare una fonte non trascendente. Ad esse aderiscono coloro che conciliano la scuola sociologica con il diritto naturale oltre a qualche pensatore cattolico che ritiene compatibile la nozione trascendente di morale anche con i valori desumibili dall'esperienza storica e sociale della collettività.

Il rapporto tra diritto e morale si può porre o nel senso di *indipendenza* tra i due oppure di *subordinazione* del primo alla seconda.[296] Nel primo caso (indipendenza tra diritto e morale), se il diritto decide di

---

[294] Secondo una parte della dottrina, il buon costume non richiama la morale, bensì "una sua specie o applicazione particolare, che è quella costituita per l'appunto dal buon costume". Così, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 330.

[295] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 68.

[296] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 79-80

inglobare concetti morali deve *recepirli*, sì che la morale giuridicamente rilevante assume il contenuto che l'ordinamento le attribuisce. È evidente che facendo riferimento alla tesi dell'indipendenza tra morale e diritto e della correlata necessità di un *recepimento*, la morale assumerebbe più che un valore morale un valore giuridico e quindi finirebbe per esprimere solo i valori della morale sociale che sono fatti propri dall'ordinamento giuridico. È questa la *Rechtsmoral* tedesca. Nel secondo caso (subordinazione del diritto alla morale) è il diritto che deve adeguarsi alla morale e, dunque, i valori della morale penetrerebbero direttamente ed automaticamente nell'esperienza giuridica. Dunque, i principi della morale possono essere rilevanti nell'esperienza giuridica in quanto questa "li recepisca o faccia ad essi formalmente rinvio, utilizzando cioè le tecniche proprie dei singoli sistemi che presiedono all'inserimento in essi, di principi e valori di altri e differenti sistemi".[297]

Convinto sostenitore dell'indipendenza tra diritto e morale (nel senso che sono sistemi autonomi ed il diritto recepisce aspetti morali) per Ferri "l'aggettivo buono (…) non equivarrebbe più soltanto a morale, ma equivarrebbe a buono in termini di ordinamento; [esprimendo] cioè una qualificazione giuridica, prima ancora o oltre che una qualificazione morale".[298] In ultima analisi, un fatto considerato morale può essere giuridicamente illecito ed un fatto immorale giuridicamente lecito (si tratta della cd. frattura tra diritto e morale). Si consideri che in dottrina si ritrova la tesi di coloro che, alla luce dell'introduzione della Costituzione, ritengono incompatibile desumere il buon costume da dati extra-positivi, dovendo anch'esso essere ricondotto ai principi costituzionali con la conseguenza che ordine pubblico e buon costume potrebbero davvero costituire una sorta di endiadi, per cui l'ordine pubblico fa riferimento a principi economici e sociali mentre il buon costume a quelli etici.[299] Scriveva Lonardo nel suo *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, che "(…) le più recenti tendenze della dottrina civilistica si esprimono se non nel senso di annullare ogni rilievo autonomo del buon costume, comunque in guisa di assimilarlo alle prescrizioni normative, con ciò dovendo

[297] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 81.
[298] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 81.
[299] G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, op. cit., p. 132 ss.

provvedere ad un significativo spostamento dalla sfera extrastatuale nella quale esso era fin qui racchiuso e dovendo ricercare un diverso ambito operativo e forse una diversa ratio all'art. 2035 rispetto a quel che finora la dottrina aveva sostenuto".[300]

Ferri è stato tra i primi a sostenere che il buon costume costituisce una nozione giuridica affermando che esso non ha una natura soltanto morale ma soprattutto giuridica, che sia cioè una *nozione giuridica*, il cui contenuto è determinato dall'ordinamento. Posta in questi termini la questione, sono tre gli atteggiamenti che l'ordinamento può assumere nei confronti della morale sociale: escluderne l'operatività, ispirarvisi per l'emanazione delle norme, richiamare la morale come criterio di valutazione di determinati atti o comportamenti. Se nei primi due casi la valutazione morale diviene pressoché superflua (nel primo caso la morale sociale viene esclusa *tout court* e nel secondo diviene superflua perché ciò che conta è l'emanazione della norma che può avere una ispirazione morale ma è filtrata dall'ordinamento), la questione è diversa nel terzo caso, quando il diritto richiama la morale (il buon costume) come criterio di valutazione di determinati comportamenti. È questa l'ipotesi dell'art. 1343 cod. civ. in cui il buon costume si pone come criterio di valutazione della liceità o illiceità del contratto. Così, per concretizzare la clausola generale, per dare ad essa significato, non è sufficiente il riferimento al codice penale perché il buon costume corrisponderebbe *sic et simpliciter* alla morale sessuale (con l'esclusione di quella familiare e di quella pubblica) dovendo invece il buon costume comporsi dei valori morali fondamentali nella vita di relazione, al di fuori da imperativi giuridici, valori che non attengono alla sfera interna dell'individuo ma alla vita di relazione.

Giova ripetere che per una parte della dottrina, ordine pubblico e buon costume non costituirebbero concetti autonomi ma, è questa l'opinione di larga parte della dottrina francese, ma anche italiana, il buon costume altro non costituirebbe se non un *supplement de clarté*, nel senso che esso racchiuderebbe in sé i principi di ordine morale ed etico (davvero

[300] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 151-152.

una finestra sull'ordine etico)[301] mentre l'ordine pubblico i principi di ordine politico, economico e sociale.

In sostanza per Ferri nella nozione di ordine pubblico vanno ricompresi anche i principi etici che costituiscono l'ordinamento. Egli ritiene che in un determinato momento storico, nella realtà sociale, si possono trovare frammenti supplementari di moralità ed è proprio questo *plus* a costituire il buon costume. Tuttavia, in un determinato momento storico, una società può incorrere in un rilassamento del buon costume. Ci sarà, però, una linea al di sotto della quale la rilassatezza dei costumi non potrà trovare applicazione poiché saranno i principi etici, in quanto ricompresi nella nozione di ordine pubblico, a fare da argine protettivo della moralità.

Ordine pubblico e buon costume possono costituire, alternativamente, criteri di interpretazione delle norme, ovvero possono ritenersi espressione di valori autonomi e diversi.[302] Nel primo caso – cioè ritenendoli criteri di interpretazione delle norme poste – la differenza tra i due concetti è assai sfumata tanto da poter considerare la formula alla stregua di una endiadi. È questa l'interpretazione seguita da una parte della dottrina francese, nel senso che la formula ordine pubblico e buon costume costituisce un concetto unitario, con il buon costume esprimente un mero *supplément de clarté*. La distinzione tra ordine pubblico e buon costume si ridurrebbe al fatto che norme espressione di *principi di ordine politico, economico e sociale* costituirebbero norme di ordine pubblico; viceversa norme espressione di principi della morale familiare sarebbero norme inerenti il buon costume. Nel secondo caso – cioè ritenendoli espressione di valori autonomi e diversi da quelli che le norme esprimono ed attribuendo al buon costume un contenuto più ampio, che include anche valori morali applicabili alla vita di relazione e non solo quelli che attengono all'organizzazione della famiglia e della persona – la differenza tra i due sarebbe assai marcata anche per quanto riguarda il funzionamento.

---

[301] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 106.
[302] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 97-98.

Si è detto che per Ferri ordine pubblico e buon costume non esprimono un concetto unitario (nel senso che il primo esprime le basi sociali e politiche ed il secondo le basi etiche): sono concetti diversi, nozioni autonome. In questi termini – ed è la tesi che lui fa sua[303] – ordine pubblico e buon costume si differenzierebbero in questi termini: "l'ordine pubblico [attiene] all'organizzazione su determinate basi della società, alla posizione che – nella società – si intende attribuire all'individuo; alle libertà che si intendono riconoscergli, ai doveri che si intendono imporgli; alla concezione, cioè, politica e sociale che è alla base dell'organizzazione dello Stato e che direttamente la caratterizza. Esso esprimerebbe, così, valori necessari, insopprimibili, che si debbono quindi assolutamente affermare e rispetto ai quali la valutazione morale non rileva. Valori, dunque, che si impongono per necessità, non o non soltanto per la loro forza morale e assumono quindi una funzione preminente rispetto alla stessa morale sociale". Il buon costume, è costituito da "altri valori che la società esprime, quelli morali, quelli religiosi, [che sono] necessariamente condizionati dai valori che si riassumono nell'ordine pubblico e che sono caratterizzanti di quella data società". In questi termini, egli vede una sorta di subordinazione del buon costume rispetto all'ordine pubblico, poiché i valori espressione del primo potrebbero sì entrare in conflitto con i secondi ma non potrebbero mai prevalere. In altri termini, il buon costume opera in quanto i suoi valori sono aderenti e non contrastanti con l'ordine pubblico, svolgendo "una funzione integratrice, non mai una funzione sovvertitrice".[304] Così, "l'ordinamento [tiene] conto di quei valori nuovi e ulteriori che la società spontaneamente esprime e considera necessari, nella vita di relazione, e recependoli – in quanto non contrastino con i valori suoi propri – li imporrebbe agli individui nella vita di relazione".[305] In questi termini, accanto ai valori che caratterizzano la società (espressi dall'ordine pubblico) si impone anche il rispetto di ulteriori valori, considerati essenziali nella vita di relazione, valori autonomi perché non incidono sulle posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, quanto sulle modalità concrete di esercizio dei diritti e dei poteri contenute nelle posizioni riconosciute dall'ordinamento.

---

[303] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 98.
[304] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 98.
[305] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 99.

Sempre rimanendo alla caratterizzazione dei valori, se il buon costume esprime valori etici alla base dell'ordinamento giuridico concretizzato nella sua realtà storica, tale concetto si appiattisce su quello di ordine pubblico ritenendo che la nozione di buon costume abbia la mera funzione di *supplement de clarté*. All'interno dell'ordine pubblico non rientrano solo principi di ordine politico, sociale ed economico, ma anche i principi di ordine morale. Considerando non solo l'attività negoziale ma l'intero agire autonomo dei privati, il buon costume assume un ulteriore ed autonomo significato diverso rispetto a quello delineato dall'ordine pubblico.[306] Ferri porta, ad esempio, i principi di ordine morale vincolanti nell'esercizio delle attività professionali. Si tratta dei doveri di lealtà, buona fede e correttezza, di osservanza del decoro professionale nell'esercizio delle libere professioni, di obblighi di fedeltà verso l'imprenditore, di moralità degli iscritti ad un ordine professionale, ecc.: un complesso di principi, insomma, di ordine morale che possono affermarsi in quanto non contrastino con l'ordine pubblico. Tramite il buon costume non si vogliono affermare i valori etici che rientrano nella nozione di ordine pubblico in quanto sono alla base dell'ordine costituito ma valori ulteriori che si affermano nella realtà sociale. Anche con riferimento a questi valori, che si affermano nella realtà sociale, si assiste a un processo osmotico poiché possono rientrare nei valori espressi dall'ordine pubblico o affermati da norma imperativa. Tuttavia, è possibile riscontrare un nucleo di valori morali che si impone autonomamente anche se non assunti a fondamenti del sistema o non affermati nelle singole norme. Ferri ripete che i "principi di ordine morale, in tanto hanno la possibilità di affermarsi, in quanto siano aderenti e non contrastanti con le basi etiche dell'ordine costituito" ed afferma che il "custode supremo" della moralità è l'ordinamento con i suoi principi ricavabili dalle norme e dal sistema. In questi termini, proprio per la presenza di questi principi di ordine morale che costituiscono l'ordine pubblico "una eventuale rilassatezza dei costumi non può importare degradamento della morale giuridicamente rilevante". I principi morali, tuttavia, che costituiscono l'ordine pubblico si arricchiscono di quelli "espressi ed operanti nella concretezza della

[306] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 207 ss.

realtà sociale (…). [A]ttraverso il buon costume, dunque, non si vogliono tanto esprimere quei valori etici che, essendo alla base dell'ordine costituito, rientrano nella nozione di ordine pubblico; ma si vogliono (…) esprimere quei valori ulteriori che, in aderenza ai primi, si affermano nella realtà sociale" sì che da un lato l'ordinamento respinge fenomeni di rilassamento morale rispetto allo standard posto alla base dell'ordinamento e racchiuso dalla clausola dell'ordine pubblico ma accoglie fenomeni di sensibilizzazione morale che si verifichi nella realtà sociale ed economica.[307]

Ferri non si nasconde, poi, che il buon costume abbia subito profonde *trasformazioni quantitative e qualitative* essendo stato fagocitato dall'ordine pubblico e che esso non sia più espressione di quella morale sessuale e familiare di cui, in origine, costituiva espressione.[308]

Tornando alle *modifiche quantitative*, per Ferri l'ordine pubblico avrebbe in realtà inglobato il buon costume, acquisendo alcuni valori che prima facevano parte di questo. Attraverso il procedimento di *giuridicizzazione della morale*, l'ordine giuridico ha acquisito principi un tempo collegati alla morale, «estende[ndo], per così dire, la sua giurisdizione ai danni proprio del buon costume; sembra cioè aver acquisito i valori che un tempo erano considerati appartenere a quei principi della morale che il buon costume, si voleva, esprimesse».[309] È la tesi della erosione del buon costume in favore dell'ordine pubblico nel senso che alcune fattispecie, un tempo ricondotte nell'alveo del buon costume, vengono adesso ricomprese nell'ordine pubblico. Tale modifica parte dalla visione dell'ordinamento come *sistema di valori autonomo e completo*, valori che vengono sintetizzati dalla clausola dell'ordine pubblico sì che l'ordinamento giuridico rinuncia a cedere alcuni suoi spazi verso altri sistemi, come quello morale. In questi termini si assiste ad una netta repulsione verso quel fenomeno di *rinuncia* che caratterizzava (e caratterizza) alcuni sistemi giuridici, la cui più evidente manifestazione era la subordinazione dell'ordine giuridico ad "altri"

[307] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 209-210.
[308] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 261 ss.
[309] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 262.

valori, esterni all'ordinamento. Sembra opportuno ricordare che nello stesso periodo, Stefano Rodotà, non percepiva questa limitazione quantitativa poiché, nel commentare la decisione sulla illiceità delle convenzioni elettorali, ravvisava nelle decisioni della giurisprudenza un accentuato richiamo al buon costume più che all'ordine pubblico.[310] Per Ferri, invece, la modificazione *quantitativa* dell'ordine pubblico era un dato di fatto provocando che nello stato di diritto e, dunque, nell'ordinamento, si condensassero i principi espressione di principi fondamentali, ordinanti del sistema giuridico e che questi principi si concretizzassero nella clausola generale dell'ordine pubblico. Con la conseguenza che, ferma restante la nullità del contratto per illiceità, molte ipotesi prima assorbite dall'illiceità per contrarietà al buon costume, ora venivano inglobate nella illiceità per contrarietà all'ordine pubblico.[311] Non mancavano certo gli esempi: il contratto con il quale qualcuno si impegnava, dietro corrispettivo, a sposare una determinata fede religiosa (o una determinata donna) era da considerarsi nullo non, come un tempo, per contrarietà con il buon costume, ma con l'ordine pubblico, poiché in queste ipotesi si era davanti ad atti dispositivi di quel diritto di libertà (ad esempio, religiosa) che costituiva un valore ordinante e fondamentale del sistema. Sembra corretto affermare che si assiste oggi ad un crescente riconoscimento del principio di libertà e di autodeterminazione del singolo facendo sì che l'ordine pubblico sia destinato a tutelare, sempre più, i diritti fondamentali della persona.

Oltre a *modificazioni quantitative*, il buon costume è stato poi al centro di un processo di *modifiche qualitative*. Nel sistema del codice civile post-unitario, il buon costume nacque come espressione della morale familiare e sessuale (o, più correttamente, della morale familiare e

---

310 S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 105 per il quale partendo dalla considerazione che il buon costume richiama non solo il i negozi in contrasto con le regole del pudore sessuale ma anche quelli che offendono la coscienza sociale collettiva, afferma che: "Ne consegue che la rilevanza assunta dalla clausola del buon costume sembra essere assai maggiore di quella attribuita al richiamo dell'ordine pubblico".

311 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 264.

sessuale cattolica, poiché era quest'ultima l'unica religione di Stato).[312] Sennonché, con il definitivo affermarsi del principio della laicità dello Stato, il buon costume opera in un ambito assai differente. Il bene giuridico della morale familiare e sessuale peraltro è stato tutelato per un lungo periodo, fino alla abrogazione della stessa, dalle norme del codice penale (artt. 519-565, cod. pen.), sì che pattuizioni entrate in contrasto con tali disposizioni sarebbero state nulle per contrarietà a norma imperativa (e non già al buon costume). Tutt'oggi, nel codice penale, si richiama il concetto di pudore nell'art. 529 cod. pen., considerando osceni gli atti (e gli oggetti) che, *secondo il comune sentimento, offendono il pudore* sì che la definizione del pudore richiama la realtà sociale, il comune sentimento: il riferimento sembra riferirsi a parametri extra-giuridici. Come Rodotà, anche Ferri, manifesta numerose perplessità sulla possibile identificazione di un parametro di sentimento morale comune in una società che già negli anni '70 era pluralistica.[313] Il fine giurista ricorda le

---

[312] L'art. 1 dello Statuto Albertino stabiliva che: "La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi". Successivamente, l'art. 1 del Trattato del Laterano stipulato tra Italia e Santa Sede, riaffermava lo stesso principio: "L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1 dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato".

[313] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., p. 106: "La nostra organizzazione sociale attraversa una fase di transizione da vecchi equilibri ad un assetto nuovo, di cui non sono del tutto prevedibili i contorni: tale fase è caratterizzata da una accentuata mobilità sociale e dalla fine di talune condizioni di omogeneità che avevano contraddistinto la società di ieri. In queste condizioni, fondare un giudizio di liceità di un negozio sulla «coscienza morale della collettività» o sull'«ordine etico» implica almeno i rischi seguenti: in primo luogo, l'attribuzione di un posto privilegiato ai valori «morali» proprio di uno soltanto dei gruppi che oggi compongono la nostra società, e cioè di quello che tradizionalmente prevale nel ceto dei giuristi e nell'organizzazione della giustizia; in secondo luogo, poiché in una situazione fortemente dinamica la società nel suo complesso è sempre meno avanzata delle punte che possono essere espresse da una legislazione riformatrice, un generico richiamo della coscienza sociale può rappresentare un elemento frenante, un riconoscimento accordato alla forza dei pregiudizi; infine (ma davvero *last but not least*),

difficoltà per individuare il sentimento morale comune[314] ed esclude che il comune sentimento di pudore possa rappresentare l'esito di un compromesso tra i valori ideali morali (tra chi è colto e meno colto, tra chi è religioso e chi non lo è, ecc.). Ritiene anche che l'individuazione del pudore sulla base del sentimento comune di una realtà sociale è impossibile, tanto che, nella realtà dei fatti, il comune sentimento di pudore si è risolto nel *personale convincimento del giudice*, temperato dal buon senso morale, tenendo conto di forme di rigore o di tolleranza presenti nella concretezza della realtà sociale.[315] Con il rischio che la maggiore (o minore) tolleranza nel giudicare il rispetto del parametro del buon costume potrebbe essere non tanto sintomo di un mutato comune sentimento di pudore bensì di un diverso atteggiamento da parte di *élite* non interpreti di un comune sentimento.

Per superare questa impasse nella costruzione di una morale che sia davvero comune Ferri ritiene che un criterio morale comune può essere individuato nella *morale giuridica* definita come l'insieme dei valori, riguardanti l'individuo come uomo e come cittadino, che l'ordinamento giuridico esprime.[316] La *morale giuridica* si individua tanto nell'idea di libertà affermata dalla Costituzione che nella normativa particolare reperibile soprattutto nel codice penale. In questi termini, anche in considerazione di questa trasformazione qualitativa, il buon costume assume oggi un ruolo diverso. Scrive Ferri che il buon costume esprime: "*quell'insieme di principi che non tanto sono espressioni di quelle posizioni soggettive che l'ordinamento statuale attribuisce alle persone, quanto, invece,*

---

l'«ordine etico» può rappresentare (come sovente rappresenta) uno strumento per negare gli stessi principi di base dell'ordinamento".

[314] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 266.

[315] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 268.

[316] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 270: "L'unica morale «comune» cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque, quella giuridica; «comune» non soltanto perché operante nei confronti di ognuno ed il cui rispetto è imposto a tutti coloro che si trovano ad agire nell'ambito del nostro sistema giuridico, ma «comune» anche perché, forse, sentita da tutti coloro cui le norme si rivolgono; «comune» dunque, come risultato di una educazione a quel tipo morale, che indubbiamente l'imperatività di una norma, soprattutto se non di recente introduzione, finisce per ottenere".

espressione della stessa vita di relazione che si manifesta in un aggregato sociale".[317] Il buon costume presuppone l'ordine pubblico ed è lo strumento attraverso cui l'ordinamento giuridico fa propri quei fenomeni di sensibilizzazione morale che, oltre i principi morali espressi dal sistema, si determinano nella realtà sociale ed economica. Il buon costume è dunque un *supplemento di moralità* che si deduce dai criteri di condotta che si impongono come essenziali e vincolanti nella vita di relazione: esso si connette ai principi di buona fede e correttezza, di etica professionale,[318] di etica contrattuale,[319] di etica imprenditoriale.[320]

---

[317] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 271.

[318] L'etica professionale è espressione della moralità affermatasi nelle libere professioni, nell'esercizio professionale o meno di attività economiche. Ferri fa l'esempio del dovere di correttezza che grava tanto sul debitore (che sul creditore) ex art. 1175 cod. civ. e del principio di diligenza del buon padre di famiglia cui deve ispirare la azione il debitore nell'adempimento ex art. 1176 cod. civ.

[319] L'etica contrattuale germina nella realtà socioeconomica in relazione alle varie figure di contratti. Costituisce espressione di etica contrattuale il principio di buona fede che viene richiamato tanto in sede di trattativa contrattuale (art. 1337 cod. civ.) che in sede di esecuzione (art. 1375 cod. civ.) che, infine, in pendenza della condizione (art. 1358 cod. civ.).

[320] L'etica imprenditoriale si connette ai principi della correttezza professionale richiamati, ad esempio, dall'art. 2598, comma 1, n. 3, cod. civ. Nella più recente giurisprudenza, cfr. Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce Indebito, n. 7 si afferma che le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma sono anche quelle che non rispondono ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico, ritenendo tale (e dunque irripetibile ai sensi dell'art. 2035 cod. civ.), l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consente all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa trattandosi di condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato e alla costituzione di fattori di disinvolta attitudine «predatoria» nei confronti di soggetti economici in dissesto. Proprio partendo dalla nozione di buon costume secondo cui essa non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti

Dunque: una eticità desunta dall'organizzarsi della vita di relazione che è presente nell'ordinamento anche attraverso il richiamo al principio del buon costume la cui funzione è quella "di impedire che attraverso disposizioni o pattuizioni negoziali i privati possono derogare appunto a quell'insieme di criteri ordinanti che nel suo organizzarsi la realtà sociale ed economica esprime", così come la funzione dell'ordine pubblico è quella di "tutelare l'intangibilità dei criteri ordinanti nell'ordinamento giuridico statuale e dunque, l'indisponibilità da parte di questi da parte dei privati".[321]

Riferendosi al pensiero di Ferri sul buon costume, è davvero stimolante ed affascinante il dialogo che egli instaura negli anni '70 con Stefano Rodotà in tema di illiceità di convenzioni elettorali. La vicenda e le diverse ricostruzioni operate dai giudici di merito e da quello di legittimità sono emblematiche circa la difficile individuazione dei contenuti di ordine pubblico e di buon costume, nonché del confine fra i due concetti.[322] La vicenda vedeva come protagonisti due candidati alle

---

con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico, la giurisprudenza (Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce Indebito, n. 10) ha ritenuto che nell'ipotesi di simulazione assoluta di un rapporto di lavoro, non è ammessa la ripetizione delle somme versate a titolo di retribuzione ovvero di contribuzione, perché esclusivamente finalizzate a costituire il presupposto truffaldino per il conseguimento di benefici pensionistici indebiti.

[321] G.B FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 273.

[322] Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 104; App. Roma, 27 maggio 1969, n. 1249 (inedita); Cass., 27 maggio 1971, n. 1574, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1883 ss. In giurisprudenza, viene ritenuta prestazione contraria al buon costume il versamento di una somma di denaro a persona che aveva promesso il suo interessamento per far ottenere un posto di lavoro alla figlia del primo, configurandosi negozio contrario non soltanto a norme imperative, ma anche al buon costume. (cfr. Cass., 3 aprile 2018, n. 8169, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3238 ss. con nota di A. PALMIERI) Si vede, comunque, che la giurisprudenza non sempre ritiene autonomi i concetti potendo un negozio contrastare tanto con le norme imperative quanto con il buon costume. Sempre la giurisprudenza (Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 1154 ss.

elezioni politiche del 1963. Essi avevano sottoscritto una scrittura privata con cui si impegnavano, dietro compenso, a far convergere su un terzo candidato i loro voti e quelli dei loro sostenitori. Qualora eletti avrebbero rinunciato in favore del terzo candidato (impegnandosi altresì a far rinunciare anche altri candidati della lista se eletti) ed avrebbero restituito la somma ricevuta nel caso di inadempienza. È evidente che la convenzione era illecita ma i giudici espressero opinioni diverse circa l'illiceità: il Tribunale di Roma dichiarò la convenzione elettorale illecita per contrarietà al buon costume, perché la pattuizione avrebbe offeso la "coscienza morale collettiva" in quanto la regolarità della scelta elettorale è elemento morale indefettibile di ogni democrazia. La Corte d'Appello, da parte sua, ritenne il patto contrario non solo al buon costume ma anche alle norme imperative, qualificando tali quelle regolanti la materia elettorale. La Cassazione, infine, confermò l'illiceità, ritenendo contraria la convenzione sia al buon costume (in quanto lesiva dei principî etici accolti dalla coscienza sociale dei partecipanti alla compagine sociale) sia all'ordine pubblico (in quanto contraria ai principî fondamentali costituenti l'ossatura dell'ordinamento giuridico).

In primo grado, come detto, il Tribunale di Roma ritenne la convenzione contraria al buon costume. Rodotà, nel commentare la decisione su *Giurisprudenza di merito*, scrisse che avrebbe preferito una lettura privilegiante l'ordine pubblico (e non il buon costume). Egli ricordò come la giurisprudenza del tempo collegava la clausola generale del buon costume a quei negozi posti in essere in violazione del pudore sessuale e della coscienza morale collettiva e che questo determinava un più frequente utilizzo, da parte dei giudici, della clausola del buon costume rispetto a quella dell'ordine pubblico.[323] Non era dello stesso

---

con nota di S. MASCIANGELO) ritiene che integri prestazione per uno scopo contrario al buon costume, come tale non ripetibile, il trasferimento pecuniario finalizzato ad agevolare l'assegnazione di una casa popolare.

[323] Le riflessioni di Rodotà, e cioè di una "giurisprudenza germanizzata", nel senso che essa subiva il fascino dei *gute Sitten*, era presente nella dottrina italiana che, analizzando la giurisprudenza, vedeva che casi di convenzione contrarie alla libertà economiche individuali venivano ricondotte alla immoralità. Cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti*, op. cit., p. 59.

parere Ferri il quale riteneva, viceversa, nello stesso periodo, che l'ordine pubblico avrebbe "fagocitato" il buon costume (cd. giuridicizzazione della morale). Per Rodotà, l'utilizzo diffuso del buon costume costituiva un ponte sul "sentire diffuso della collettività", "un mezzo per dare evidenza, e rilevanza giuridica, alle indicazioni desumibili dall'ordine etico", "uno strumento per arricchire le possibilità di valutazione dei comportamenti privati, e per garantire la coerenza di tali valutazioni con gli orientamenti prevalenti nell'ambito dell'organizzazione sociale".[324] L'ordine pubblico, viceversa, essendo collegato al complesso delle leggi vigenti, all'interesse sociale espresso nelle leggi (era questo anche il pensiero di Ferrara senior) aveva determinato per Rodotà, un minore interesse per il concetto, ritenendo questo una sorta di doppione della previsione di specifiche norme ed il giurista preferiva fondare la decisione su una specifica norma piuttosto che sull'ordine pubblico. In questi termini, "il buon costume poteva essere inteso come l'unico vero strumento *aggiuntivo*, rispetto a quelli specificatamente forniti dalle singole norme".[325]

Rodotà ricorda che molti vedono nella formula "ordine pubblico o buon costume" un'endiadi e non due nozioni distinte, quasi da renderli sintagmi intercambiabili. Partendo da un'analisi sociologica sugli anni '70, contraddistinti da una forte mobilità sociale e dalla fine delle condizioni di omogeneità della società, Rodotà ritiene che fondare un giudizio di liceità/illiceità sulla coscienza morale collettiva (o sull'ordine etico) abbia una serie di controindicazioni, come quella di dare rilievo ai soli valori di uno o più gruppi (élites) che compongono la società, di dare forza ai pregiudizi, negando, infine, gli stessi principi di base dell'ordinamento. In questi termini, per superare i problemi dati dal collegare il buon costume con la morale collettiva, occorre fare riferimento all'ordine pubblico ed al suo collegamento con la Costituzione, un collegamento necessario poiché "la Costituzione non è un toccasana o un talismano, lo sappiamo tutti e non da ieri: ma non è neppure una legge come tutte le altre (e questo, per chi fa di mestiere il giurista, dovrebbe pure significare qualcosa). Soprattutto, non è una

[324] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 105.
[325] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 105.

legge come tutte le altre, perché ha rappresentato, bene o male, una «convenzione tra le classi sociali». Proprio questa sua caratteristica, allora, la presenta come un testo particolarmente idoneo a fornire quelle indicazioni di principio (o valori, se così si vuol chiamarli) sulle quali può richiedersi un consenso generalizzato e che, di conseguenza, con minor margine d'arbitrio possono costituire lo strumento di controllo dell'attività privata".[326]

A seguito della pubblicazione della sentenza d'appello, Ferri commenta la vicenda sulla *Rivista del Diritto Commerciale*. Egli sostiene – come in tutti gli scritti in tema di ordine pubblico e buon costume – la netta *autonomia* tra i concetti: "la possibilità che buon costume e norme imperative o buon costume e ordine pubblico operino congiuntamente come criteri di valutazione dell'assetto di interessi di cui sia portatore un determinato negozio giuridico, (…) sembra doversi escludere sotto diversi profili".[327] Quali? In primo luogo, il dato formale: nell'art. 1343 cod. civ. e nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. vi è la "*o*" disgiuntiva. La causa è nulla se il contratto è contrario a norme imperative, ordine pubblico "*o*" buon costume, così che si tratta di principî che operano alternativamente, escludendo il valore di endiadi alla formula "ordine pubblico o buon costume": due criteri distinti che riguardano dunque situazioni diverse, per esigenze diverse.[328] Inoltre, si tratta di *criteri residuali di valutazione* nel senso che l'ordine pubblico opera solo dove manchi una norma imperativa ed il buon costume ove manchi non solo una norma imperativa ma anche ove non possa farsi riferimento all'ordine pubblico. In questi termini, Ferri critica le pronunce che ritengono la convenzione elettorale contraria all'ordine pubblico e al buon costume (così la Cassazione) o alle norme imperative e al buon costume (così la Corte d'Appello): "una volta riconosciuto che una certa situazione urta ad esempio contro le norme imperative o contro l'ordine pubblico, non ha poi alcun senso (giuridico) dire che tale situazione urta anche contro il buon costume" a meno che, in un dato momento storico, vi sia piena

[326] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 106.
[327] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, op. cit., p. 21.
[328] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, op. cit., p. 22.

corrispondenza tra i valori espressi dal sistema giuridico e quelli diffusi nella realtà sociale.[329]

Ferri si interroga circa il parametro con il quale la suddetta convenzione elettorale contrasti. Dopo aver ricordato la nozione di ordine pubblico (che si collega ai principi generali dell'ordinamento ed in particolare alle disposizioni di principio della Costituzione) critica la tesi che il buon costume rappresenti una finestra sull'ordine etico, inglobando nel sistema giuridico le istanze della coscienza morale collettiva, anche in considerazione delle sopra richiamate difficoltà nell'individuare una coscienza morale *veramente* collettiva. Emerge dunque chiaramente dal pensiero di Ferri la sua preoccupazione circa l'attrazione nel sistema giuridico di valori morali, solo apparentemente comuni, ma in realtà prerogativa solo di alcuni. È questo timore che lo induce a ritenere necessario il collegamento tra buon costume e sistema giuridico nel senso che il buon costume presuppone il sistema dei valori dell'ordinamento giuridico e opera come *supplemento di moralità* ed in particolare viene così definito: "il buon costume non è più dunque una «finestra» su un ordine etico inteso come sistema di valori (anche contrapposto e comunque) autonomo dal sistema dei valori espressi dall'ordinamento giuridico; è, semmai, una «finestra» su quel limitato ordine etico di prassi e comportamenti che, nel quadro e nell'attuazione del sistema di valori dell'ordinamento giuridico, emergono dal concreto svolgersi ed organizzarsi della vita sociale".[330] Appare chiaro il collegamento all'etica contrattuale, imprenditoriale, professionale che si sono affermate nelle attività economiche e nella vita di relazione.

Per Ferri, in sostanza, la convenzione elettorale sopra descritta contrasta non tanto con il buon costume bensì con l'ordine pubblico poiché essa urta non tanto con particolari principi etici o contro la morale collettiva, ponendosi invece "in violazione di specifici e ben individuati principi giuridici in cui sono espressi valori politici fondamentali dell'ordinamento statuale",[331] che individua negli artt. 1, comma 2, 48, 49

[329] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, op. cit., p. 22.
[330] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, cit., p. 25.
[331] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, cit., p. 25.

Cost.: il diritto di voto, oltre ad essere il principale tra i diritti politici, è "uno dei valori caratterizzanti il nostro sistema giuridico e le sue vicende attengono a questo soltanto e in questo trovano la loro rilevanza",[332] sì che il voto è una libera scelta e con quella convenzione si è realizzata una situazione contrastante con i valori del sistema giuridico. Se è dunque vero che per Ferri la convenzione è contraria all'ordine pubblico, si pone sulla falsariga di Rodotà che rispetto "all'argomentazione fondata sul contrasto con il buon costume, ne avre[bbe] preferito una che avesse attribuito rilevanza alla violazione dell'ordine pubblico".[333]

8. La concretizzazione dell'ordine pubblico attraverso i princìpi.

Nel pensiero di Ferri appare fondamentale – si è detto – il rapporto tra ordine pubblico e principi generali dell'ordinamento.[334] L'Autore

---

[332] G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, cit., p. 26.

[333] S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, op. cit., p. 105.

[334] G.B. Ferri dedica al rapporto tra ordine pubblico e principi generali i par. 28 ("Ordine pubblico e buon costume e i principî generali del diritto: elementi comuni ed elementi caratterizzanti"), 29 ("Il passaggio dai principî generali del diritto ai principî generali dell'ordinamento dello Stato: le discussioni che hanno preceduto la codificazione del 1942") e 30 ("I principî generali dell'ordinamento dello Stato: principî espressi o principî inespressi"), all'interno del capitolo III su "Ordine pubblico e buon costume nel sistema del diritto privato attuale". Si considerino i tre grandi Convegni dedicati ai principi generali: quello organizzato dalla Regia Università degli Studi di Pisa nel 1940 (AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, *passim*), quello organizzato dall'Accademia dei Lincei nel 1991 (AA. VV., *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei svolto a Roma nei giorni 27 – 29 maggio 1991, Roma, 1992, *passim*) e, infine, quello organizzato dall'Università di Roma La Sapienza nel 2014 (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, numero speciale, *passim*). Sul rapporto tra i due Convegni del '900 si veda S. BARTOLE, *I princìpi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in AA. VV., *I principi generali del diritto*, Atti del

vede più di un "punto di contatto" – che non significa, tuttavia "perfetta coincidenza" – tra l'ordine pubblico e i principi generali dell'ordinamento dello Stato,[335] intesi non solo come insieme di norme ed istituti ma anche delle basi politiche che lo improntano. È stata proprio l'introduzione nel codice civile del 1942 dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato a determinare una "svolta chiarificatrice" nell'individuazione del concetto, "misterioso e insolubile", dell'ordine pubblico.

Convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei, op. cit., p. 3 ss.). Con riferimento al terzo Convegno, si vedano i contributi di A. JANNARELLI, *I princìpi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico* (p. 33 ss.), G. ALPA, *I princìpi generali. Una lettura giusrealistica* (p. 77 ss.), U. BRECCIA, *Princìpi: luci e ombre nel diritto contemporaneo* (p. 121 ss.), A. CERRI, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei princìpi nell'esperienza giuridica* (p. 193 ss.), A. GAMBARO, *La dinamica dei princìpi: due esempi ed una ipotesi* (p. 209 ss.); E. DEL PRATO, I princìpi nell'esperienza civilistica: una panoramica (p. 265 ss.); G. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile* (p. 335 ss.), G. TOSATO, *I princìpi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche* (p. 401 ss.).

[335] Sui principi generali, cfr. N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, vol. XIII, p. 887 ss.; V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, p. 193 ss.; G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 33 ss. Più di recente, cfr. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006, *passim*; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 57 ss. Si veda altresì, P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2017, *passim* (ma in part., cfr. P. RESCIGNO, *Principi generali*, p. 117 ss. e S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, p. 171 ss.); R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto dis. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 341 ss. Ancora: G. ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 147 ss.; ID., *I principi generali nella cultura giuridica tradizionale e nelle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 77 ss.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1969, *passim.*

Ferri parte sempre dall'evoluzione storica,[336] in questo caso da quella dei principî generali, già presenti nella codificazione ottocentesca dove l'art. 3 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale del codice civile del 1865 che parlava di *principii generali di diritto*. Nel colmare l'eventuale lacuna, il comma 2 dell'art. 3 prevedeva – come ancora oggi – tanto l'analogia *legis* che quella *iuris*. Laddove una controversia non potesse essere decisa attraverso una specifica disposizione di legge, si avrebbe avuto riguardo alle disposizioni che regolavano casi simili o materie analoghe e, solo se il caso fosse ancora rimasto "dubbio", si sarebbe deciso "secondo i principii generali di diritto". Nell'interpretazione del concetto di principi generali di diritto, la dottrina superò, pressoché unanimemente, la riconduzione di questi al diritto romano, proponendo allora due diverse soluzioni: da un lato, la tesi giusnaturalistica – sostenuta, tra gli altri, da Giorgio Del Vecchio[337] – che, riconducendo i principî generali al diritto naturale, scontava il possibile rischio di una commistione tra norme giuridiche e quelle morali; dall'altro, la tesi positivistica – sostenuta, ad esempio, da Emilio Betti[338] – che individuava i principî generali di diritto in norme inespresse, ricavabili tramite un'attività di astrazione dalle norme particolari.

La vera novità, per Ferri, veniva invece dal nuovo codice civile nel 1942, quando i principî generali mutarono veste. Se è vero, infatti, che essi mantennero l'originaria funzione di strumento per colmare le lacune, la diversa formulazione utilizzata dal legislatore (i principî generali di diritto diventarono i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato) determinò un cambio di paradigma, assumendo ora una *funzione tipicamente etico-politica* più che una *funzione tecnica*. Questa nuova (e diversa) formulazione significava per Ferri che i principî generali possono essere desunti non solo dal diritto codificato, dal *ius conditum* ma

---

336 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 174 ss. ove amplia bibliografia.

337 G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali*, op. cit.,

338 E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim* (in part. p. 50 ss.).

semplicemente dal "*ius* che è possibile dedurre dagli indirizzi della politica del legislatore",[339] associando i principî generali non già allo Stato quale ordinamento giuridico ma allo Stato come potere e regime politico: una eterointegrazione dell'ordinamento giuridico nella quale gli elementi estranei al sistema giuridico non sono i principi etici ma sono le esigenze politiche dello Stato, unico interprete della coscienza sociale collettiva come sostenuto da Emilio Betti.[340] In tal modo, secondo Ferri, dietro una *maschera formalmente positivistica*, i principi generali celavano una forma di giusnaturalismo più pericolosa, rappresentata dalle finalità dello Stato come regime politico, dalle esigenze politiche (basti pensare che per il giurista Carlo Alberto Biggini i principi generali costituivano lo strumento per l'attuazione storica dello Stato che, prim'ancora di esercitare le tre funzioni fondamentali, è *potere politico*).[341] La politicizzazione[342] dei principi generali ha conferito una nuova e diversa

---

[339] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 180-181.

[340] E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 219 ss.

[341] C.A. BIGGINI, *Dei principî generali dell'ordinamento giuridico fascista (contributo alla loro determinazione)*, in AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, op. cit., p. 381 ss. (e in part. p. 397). In termini analoghi, S. PANUNZIO, *Principî generali del diritto fascista (contributo alla loro determinazione)*, in AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, op. cit., p. 1 ss. Più in generale si vedano tutte le relazioni tenute durante il Convegno pisano del '40.

[342] Si consideri che nei lavori preparatori all'introduzione del nuovo codice civile del 1942, gran parte dei giuristi erano ben convinti nel mantenere il modello tripartito dell'illiceità (contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume). C'erano, tuttavia, anche giuristi ortodossi e politici che proposero la politicizzazione dei limiti all'autonomia negoziale, con l'introduzione di clausole generali quali ordinamento corporativo, gli interessi economici della produzione, l'ordine politico nazionale, ecc. Tali proposte non vennero accolte perché si disse nella Relazione ministeriale al progetto che queste nozioni facevano già parte del concetto di ordine pubblico. Nella Relazione, a proposito dell'ordine pubblico si legge: "Essa è una di quelle formule flessibili che la tradizione giuridica ha saputo forgiare per l'adeguamento delle leggi alle variazioni ideologiche dei tempi e all'evoluzione della coscienza nazionale. È una di quelle formule che consente di affermare che la tradizione non si oppone alla rivoluzione; e così l'interprete trova già nella

funzione ai principi generali che permette una attività creatrice della norma trasformandosi in uno strumento di governo ed allontanandosi dalla interpretazione estensiva. Così, attraverso i principî generali si valorizzò – anche se l'operazione non fu portata completamente a termine – come fosse legge costituzionale la Carta del Lavoro[343] e gli indirizzi politici che si incardinano in chiave normativa all'interno del sistema.

Inutile ripetere che i principî generali costituiscono, per Ferri "*imperativi che si pongono su un piano diverso da quello proprio delle norme*".[344] Sono principi immanenti all'ordinamento giuridico, sui quali è costituita la coscienza giuridica di una società, concreti e determinati e che rappresentano un *prius* rispetto alle norme – in quanto anteriori ad esse – e dai quali il legislatore attinge per l'esercizio del potere legislativo.

---

elasticità del concetto di ordine pubblico la base per una resistenza a quelle tendenze contrattuali che urtano contro l'orientamento sociale, politico ed economico del Fascismo e che mirano a violarlo". I tentativi di informare la disciplina dei limiti negoziali all'ideologia totalitaria rimasero lettera morta. Cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema*, op. cit., p. 99 ss.

[343] I due testi legislativi fondamentali sulle corporazioni sono: a) la l. 3 aprile 1926, n. 563 (sulla Disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro); b) il Regio Decreto 1° luglio 1926, n. 1130, che contiene le norme attuative della legge stessa. Nel 1926 fu istituito il Ministero delle Corporazioni (Regio Decreto 2 luglio 1926, n. 1131) e, successivamente, nel 1930, vennero estesi i poteri del detto Ministero e del Consiglio Nazionale delle Corporazioni (Legge 20 marzo 1930, n. 206). Sul tema del corporativismo, cfr. A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927; G. BOTTAI, Esperienza corporativa [1926-1928], Roma, 1929; ID., *Esperienza corporativa* [1929-1934], Firenze 1934; ID., *Le corporazioni*, Milano, 1935; ID., *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni*, Milano 1935; A. TURATI – G. BOTTAI, *La Carta del Lavoro illustrata e commentata*, Roma, 1929; C. COSTAMAGNA, *Diritto corporativo italiano secondo la Carta del lavoro, la legislazione e la dottrina a tutto l'anno 1927*, Torino, 1928; ID., *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, 1930; U. SPIRITO, *Il corporativismo. Dall'economia liberale al corporativismo. I fondamenti dell'economia corporativa. Capitalismo e corporativismo*, Firenze, 1970.

[344] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 185.

Su essi sono sorte varie questioni. Ad esempio, quella se essi siano desumibili per astrazione da norme positive, o, viceversa, siano solo quelli inespressi, non desumibili per astrazione. Ancora, se i principî generali volti a colmare le lacune ex art. 12 disp. prel. siano diversi da quelli generali informatori e condizionanti l'ordinamento giuridico. Bobbio riteneva che i principi generali fossero solo quelli inespressi e la giustificazione del loro inserimento sarebbe appunto data dal richiamo nell'art. 12.[345] Per V. Crisafulli ci sono tre categorie di principi: quelli inespressi desumibili dalle norme subordinate; quelli che hanno dato luogo alla posizione di norme subordinate; quelli non ancora tradotti in norme determinate. Se, nell'ultima delle categoria, i principi hanno una funzione programmatica, nelle prime due hanno già esplicato la loro funzione costruttiva e integrativa-interpretativa. Ferri sembra aderire alla tesi secondo cui i principi possono essere anche quelli inespressi quando afferma che: "*Vi sono quindi principî generali presenti ed operanti nel sistema che forse non sorgono da norme espresse dal sistema stesso; principi cioè, che pur non essendo espressi direttamente o indirettamente, appartengono alla civiltà giuridica, dalla quale il sistema giuridico positivo ha preso consistenza e che*

[345] N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, op. cit., p. 892: "(…) se i principi generali inespressi, cui può fare appello il giudice in caso di lacuna, sono soltanto quelli desumibili attraverso un procedimento di generalizzazione delle norme legislative espresse e quindi sono già contenuti, implicitamente, nel sistema legislativo, il procedimento per giungere alla loro scoperta è meramente interpretativo; ergo la fonte dei principi generali è lo stesso legislatore. Per coloro poi che non accettando la *communis opinio* considerano i principi come norme desumibili anche al di fuori del sistema, il richiamo espresso ai principi da parte del legislatore negli art. 3 (1865) e 12 (1942) delle Preleggi ha servito egregiamente a giustificare l'inserimento dei principi nel sistema senza bisogno di allargare il quadro delle fonti tradizionali e di smentire la supremazia della legge come fonte di qualificazione. (…) Solo oggi, nell'ambito di una dottrina sempre più attenta, anche nei paesi di diritto codificato, alla funzione insopprimibile della giurisprudenza nella trasformazione e nella evoluzione di un sistema giuridico, si va facendo strada l'idea che i principi generali siano il prodotto specifico dell'opera innovativa del giudice, il mezzo precipuo attraverso cui si apre un varco, in paese tradizionalmente ostile, la giurisprudenza come fonte autonoma di diritto".

rappresentano il tessuto connettivo del sistema stesso".[346] Ferri ritiene che si tratti, più che di principi inespressi, di *categorie generalissime di valori*, spesso comuni a più esperienze giuridiche. Tali principi non solo si dirigono al legislatore per legiferare e all'interprete per colmare le lacune, ma costituiscono i cardini dell'ordinamento positivo e anche se il principio viene trasfuso nella norma non per questo si confonde con essa anche perché norma e principio sono entità diverse.

Per la concreta individuazione dei principi, non ritiene sufficiente utilizzare le conosciutissime formule di *alterum non laedere*, *honeste vivere*, *suum cuique tribuere*, *pacta sunt servanda*. Nonostante ritenga principi anche quelli inespressi, cioè le categorie generalissime di valori, è convinto che i principî generali possono essere ricavati dalle norme positive, ricordando che proprio per un bisogno di concretezza dei principî generali, durante i lavori di un Convegno tenuto a Pisa nel 1940 si parlò dell'opportunità di codificarli.

L'evoluzione della funzione dei principi generali emerse chiaramente durante i lavori preparatori del codice civile e le diverse posizioni in proposito vennero enucleate durante il richiamato Convegno tenuto a Pisa nel maggio del 1940, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dalla Scuola di Perfezionamento nelle discipline corporative.[347] Si consideri, peraltro, che qualche mese prima, nel gennaio 1940, il Ministro Guardasigilli, Dino Grandi, nel corso della riunione dei giuristi chiamati a riformare i codici affermò che sarebbe stato necessario, dopo la loro approvazione, codificare i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista. Occorreva cioè indirizzare e plasmare "il diritto privato nella nuova civiltà fascista e nello Stato fascista. Per farlo sarebbe necessitata una approvazione da parte del Gran Consiglio di tali principi, che "inquadrando in un sistema gerarchico le fonti del diritto, quali sono ormai fissate nella dottrina fascista e nella politica legislativa del Regime, dovranno servire di guida all'interpretazione da parte della giurisprudenza e della scienza

[346] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 188.

[347] Come già detto, gli Atti del Convegno possono leggersi in AA. VV., *Studi sui principî dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, *passim*.

giuridica, ed a chiarire la natura e le finalità dei diversi istituti nei codici mussoliniani, la loro posizione storica, la loro ragione politica e le linee del loro sviluppo futuro".[348] Su questo aspetto, sembra opportuno richiamare una vicenda che mostra la crisi del sillogismo giudiziale conseguenza del logicismo e dell'importanza del momento politico nell'attività giudiziaria. Proprio nell'atteggiamento assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza durante l'epoca fascista emergono considerazioni *esplicitamente politiche* negli svolgimenti argomentativi dei giudici.[349] Il collegamento tra la clausola generale dell'ordine pubblico e la nuova veste dei principî generali si ha con riferimento alla vicenda della cd. *clausola oro* durante il periodo fascista ed in particolare, con riferimento alla questione della validità o invalidità per illiceità della causa dell'obbligazione – contraria all'ordine pubblico – ai sensi dell'art. 1122 cod. civ. 1865. La clausola oro, come noto, è quel particolare meccanismo contrattuale che, per tutelare il creditore, indicizza le obbligazioni pecuniarie, adeguando l'importo nominale del debito in ragione del prezzo dell'oro. In questi termini, Andrioli[350] scriveva che proprio la nozione di ordine pubblico avrebbe permesso "all'interprete di adeguare le norme scritte alla realtà sociale e comporle in sistema" componendole in sistema ed inserire le norme positive "nel mutevole fluttuare della legislazione vivente". Secondo Federico Roselli la giurisprudenza che si attestava sulla nullità della clausola-oro rappresentava "una più chiara inclinazione dei magistrati ad assecondare gli indirizzi della politica governativa".[351] La giurisprudenza, durante il regime fascista, stabilì in alcune sentenze la nullità per contrarietà all'ordine pubblico delle clausole oro per favorire i pagamenti in moneta nazionale cartacea, così perseguendo l'obiettivo di stabilizzare il valore della lira, che era peraltro entrato in discussione per motivi di propaganda. Venne così data

---

348 V. ANDRIOLI, *Intorno ai principii generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, p. 254 ss.

349 Sul punto, sono illuminanti le pagine di F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 99 ss.

350 V. ANDRIOLI, *Sulla invalidità delle clausole oro, stipulate prima e attuabili dopo il 5 ottobre 1936* (nota a Cass. Regno, 11 maggio 1939, n. 1601), in *Foro it.*, 1939, I, c. 799 ss.

351 F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione*, op. cit., p. 102.

rilevanza giuridica al discorso di Pesaro del 18 agosto 1926 nel quale Mussolini annunciò di voler difendere la lira "fino all'ultimo respiro, fino all'ultimo sangue".[352] Roselli cita quale esempio di tale atteggiamento una sentenza del Tribunale di Roma del 1930 che ammise che il rimborso dei titoli azionari da effettuare per contratto in oro potesse avvenire in moneta cartacea. È vero, tuttavia, come ricorda Di Majo, che nonostante alcuni provvedimenti volti a stabilizzare il valore della lira, la giurisprudenza nel periodo fascista volendo tutelare anche l'equilibrio economico delle parti ritenne valide, in alcuni casi, le clausole oro sì da poter parlare di un atteggiamento di indirizzo liberale della giurisprudenza[353]. Roselli ricorda, poi, che una ancor più autentica adesione ideologica alle scelte governative si ha nella disciplina autoritativa dei prezzi – e dunque le decisioni non discendono solo dai valori espressi dalla legge ma sono coartate dagli indirizzi politici – quando la giurisprudenza ritenne che il contratto contrastante la disciplina autoritativa dei prezzi violasse il buon costume. Attilio Guarneri scrive che si tratta di un ordine pubblico preterlegale, non rintracciandosi un divieto delle clausole oro e la fonte "è squisitamente metapositiva, politica, ispirata come è alle direttive politiche del regime nel campo economico quali emergono dalle relazioni e discussioni parlamentari relative ai provvedimenti legislativi in materia monetaria, dai discorsi del Capo del Governo, etc.".[354]

Ad ogni buon conto, il rapporto tra ordine pubblico e principi generali dell'ordinamento è presente in molti Autori. Si consideri, ad esempio, che Ferri non identifica completamente i due concetti ma vede numerosi punti di contatto. Vi è anche chi, come Nicola Palaia, sovrappone i concetti. Scrive, infatti, a proposito della nozione di ordine pubblico che: "(…) poiché l'ordine pubblico non può essere riscontrato

---

[352] Sulla politica economica fascista e, più in particolare, con riferimento a quota novanta, cfr. G. TONIOLO, *Economia dell'Italia fascista*, Bari, 1980, *passim*. Nel libro Toniolo ricorda, ad esempio, che "quota novata" non ebbe effetto sulle esportazioni ma sulle importazioni.

[353] A. DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 253 ss.

[354] A. GUARNERI, *L'ordine pubblico nel sistema*, op. cit., p. 63.

effettivamente in nessuna norma particolare, esso, per poter assumere uno specifico rilievo, deve essere identificato con i principi generali che si desumono da tutto il complesso della legislazione statale",[355] così permettendo di raggiungere due risultati: da un lato quello di distinguere tra norme imperative e ordine pubblico mantenendo la distinzione prevista nell'art. 1343 cod. civ. che mette sullo stesso piano tre concetti (norme imperative, ordine pubblico, buon costume), dall'altro evitare di attribuire un significato meramente politico alla nozione di ordine pubblico. Scrive, ancora, che il concetto di ordine pubblico richiamato dal codice civile: "non rappresenta altro che una particolare esplicazione di quei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, ai quali fa esplicito riferimento l'art. 12 delle Disposizioni preliminari per stabilire la disciplina di una controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione né con riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe", mutando però la funzione, divenendo essa antitetica rispetto a quella propria dei principi ex art. 12 che è una funzione integrativa: qui ha la funzione di impedire l'inserimento il riconoscimento all'interno dell'ordinamento statale di atti che si presentano in contrasto con i principi generali dell'ordinamento stesso.[356]

Argomentando più in generale, Ferri afferma che il diritto si arricchisce di valori che si affermano nell'esperienza sociale, "[formandosi] nella coscienza umana, che è coscienza storica di un popolo e di una società organizzati". In conclusione, per lui esistono principî generali che non sorgono da norme espresse dal sistema ma che "appartengono alla civiltà giuridica".[357] Essi vengono visti come "categorie di valori", esprimenti il modo d'intendere di una esperienza giuridica storicamente determinata nell'organizzazione e nelle finalità. I principî generali vengono indicati in categorie generalissime di valori che possono essere comuni a più sistemi giuridici o a tutti i sistemi giuridici in quanto espressione del diritto come ordine razionale e non arbitrario. Questi principî non solo si indirizzano all'interprete per colmare le lacune e al legislatore per legiferare ma costituiscono i cardini dell'ordinamento

[355] N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 81 ss.
[356] N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 83.
[357] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 188.

positivo. I principi generali costituiscono *imperativi* che operano ad un livello diverso da quello delle norme avendo una funzione ed una posizione diversa. I principi sono imperativi immanenti all'ordinamento giuridico e tale ordinamento postula un ordine che lo informi fin dall'origine. Di tali imperativi è costituita la coscienza giuridica di una società, sono concreti e costituiscono un *prius* poiché anteriori alle norme e dai quali il legislatore attinge per la codificazione.

È indispensabile, però, che venga data una maggiore concretezza a questi principi generali, tanto ciò è vero che nello stesso Convegno pisano venne proposta una loro codificazione. Sempre appellandosi alla storia, Ferri nota che la codificazione dei principi generali è avvenuta con la Costituzione, la legge delle leggi, i cui principi prevalgono su quelli delle altre leggi ordinarie imponendosi al legislatore, all'interprete e al giudice.[358] Dunque: il problema dell'identificazione dei principi generali,

---

[358] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit, p. 1053-1054.: "(…) i valori e i principi portanti del nostro ordinamento giuridico sono in parte diversi da quelli che caratterizzavano il sistema per il quale l'ordine pubblico fu, per la prima volta, elaborato e introdotto nel codice civile. Come nel sistema fascista queste scelte e questi valori trovarono la loro formulazione ed espressione nell'ordinamento corporativo e nella Carta del Lavoro che lo esprimeva (per cui si sarebbe dovuto in questa legge, considerata (…) di portata costituzionale, individuare i valori che l'ordine pubblico avrebbe avuto la funzione di conservare, nei rapporti tra privati e privati), nel nostro sistema attuale è alla Costituzione repubblicana che dobbiamo far capo per trovare i valori e i principi oggi fondamentali nel nostro ordinamento giuridico. Valori e principi che, sia espressi in norme precettive, sia desumibili da norme soltanto programmatiche, chiaramente si caratterizzano come espressioni di quegli ideali di libertà e di democrazia che consentono alla sfera degli interessi individuali di coesistere e coordinarsi (senza esserne sopraffatta) con la sfera degli interessi sociali e dove anzi, proprio in tale coesistenza e coordinamento, interessi individuali e interessi sociali trovano ragioni e strumenti per un reciproco rafforzamento. La tutela della persona umana, l'ideale di eguaglianza, di solidarietà, il diritto al lavoro (art. 2, 3, 4 Cost.); l'affermazione e la tutela della libertà religiosa, della libertà dell'insegnamento; la solenne dichiarazione che l'arte e la scienza sono libere; la tutela e l'affermazione delle libertà civili, non meno che di quelle politiche ed economiche (in sostanza tutte le norme contenute nella pt. I, tit. IV Cost.), questi

la cui codificazione venne proposta già durante il convegno pisano degli anni '40, sarebbe stato superato proprio con l'entrata in vigore della Costituzione, che racchiude in sé proprio i principi generali. Per lui, infatti, "*il nucleo fondamentale dei principî generali [è] rappresentato dalle disposizioni di principio della Carta costituzionale*".[359] Tra i principî generali, include non solo le disposizioni precettive, ma anche quelle programmatiche, a cui riconosce alcuni effetti immediati (in particolare, quello di determinare l'illegittimità costituzionale delle norme preesistenti o successive che si pongono in contrasto con esse e la rilevanza delle norme programmatiche sulle norme individuali, cioè quelle poste tramite atti di autonomia privata) [360]. Peraltro, tali principî costituzionali si impongono al legislatore, al giudice e all'interprete e, proprio perché costituzionali, prevalgono su quelli ricavabili da altre leggi dello Stato.

Con riferimento all'individuo, la Costituzione enuclea lo statuto della personalità[361] che si fonda sul riconoscimento e sulla garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, nei doveri inderogabili della solidarietà politica economica e sociale, nella pari dignità morale tra cittadini, nella uguaglianza formale e sostanziale tra essi, nel riconoscimento del lavoro quale diritto e dovere. Se tale statuto si trova condensato nei principi fondamentali della Carta, esso si specifica poi nella parte sui diritti e

---

dunque i valori, caratterizzanti il nostro ordinamento giuridico, che i principi generali e l'ordine pubblico si trovano ad affermare".

[359] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 191.

[360] Si tratta dei casi della legislazione che si ponga in contrasto con la norma programmatica ed il caso in cui non sussista una disciplina specifica della materia e la regola si ponga in contrasto con l'atto di autonomia privata. Ferri fa l'esempio del recesso *ad nutum* del datore di lavoro previsto dall'art. 118 cod. civ. che, nella versione originaria, si poneva in contrasto con i principi costituzionali espressi in disposizioni programmatiche. Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 194-195.

[361] In particolare, nella parte dedicata ai principi fondamentali (art. 1-12) e in quella sui diritti e doveri del cittadino (art. 13-54). Sulla tutela della personalità umana, cfr. la ricostruzione di P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., *passim*.

doveri del cittadino che enuncia le varie libertà riconosciute. In questo sistema *è la libertà ad essere il principio essenziale* alla cui base ruotano tutti gli altri principi ed anche limiti in funzione degli altri principi. Scrive Fabrizio Di Marzio che i principi di ordine pubblico sono condensati nei valori sanciti dalla Costituzione, quali i diritti inviolabili dell'uomo, i doveri inderogabili di solidarietà, l'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini, la tutela della salute, della libertà e della dignità umana.[362]

Oltre alle disposizioni di principio della Costituzione, tra i principi generali vanno annoverati altri principi desumibili da fonti diverse cui la Costituzione fa richiamo.[363] L'esplicito riferimento va agli artt. 10 ed 11 Cost. Attraverso il primo articolo, l'art. 10 Cost., si ammette la conformazione dell'ordinamento giuridico italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute consente di far entrare "a far parte dei principî generali del nostro ordinamento statuale, quei principî generali consacrati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata alla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 e ribadita nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il 4 novembre 1950, nonché i principî consacrati nella Carta Sociale Europea, sottoscritta a Torino il 18 ottobre 1961".[364] Attraverso il secondo articolo, l'art. 11 Cost., si consente la limitazione alla sovranità per un ordinamento che assicuri pace e giustizia tra nazioni. Tramite l'interpretazione dell'art. 11 Cost., per Ferri, entrano a fare parte dei principî generali dell'ordinamento quelli accolti nella Comunità Economica Europea e consacrati nel Trattato di Parigi del 1951 e nel Trattato di Roma del 1957.[365] È fondamentale dunque che già nel 1970 Ferri riconoscesse a

---

362 F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 49, nota 113.

363 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 191 e p. 196: "Nell'ordinamento attuale, il nucleo fondamentale dei principî generali è rappresentato dalle disposizioni di principio della Carta costituzionale. (…) Se le disposizioni di principio della Costituzione costituiscono il nucleo essenziale dei principî generali, esse non ne costituiscono tuttavia il nucleo esclusivo Principî generali sono desumibili anche da fonti diverse a cui la stessa Costituzione fa richiamo".

364 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 196.

365 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 196.

valori prodotti in ordinamenti, almeno allora ritenuti diversi ed autonomi, la vigenza in Italia. Su questo occorre ricordare la costituzionalizzazione della CEDU, tornando ovviamente alla questione se cioè l'ordine pubblico costituisca una nozione di diritto interno.

Accanto a questi principi generalissimi, Ferri enuclea altri principi generali[366] che riguardano singoli aspetti del sistema o singole materie o singoli istituti che reperisce nel codice civile, come le clausole generali (correttezza, buona fede, diligenza del buon padre di famiglia, tutela dell'affidamento), il principio della libertà contrattuale e principi generali minori (il principio di conservazione del negozio) ed altri principi generali di portata più ridotta, che operano nei confronti di particolari istituti (sicurezza e certezza dei traffici, corrispettività delle prestazioni nello scambio, divieto di abuso del diritto, solidarismo nel commercio giuridico). Tra i principi generali dell'ordinamento dello Stato, intesi nel senso di categoria generalissima di valori va ricompreso anche l'ordine pubblico (e il buon costume), che è una categoria generale di valori e la comprensione dell'ordine pubblico nei principî generali non significa annullare la distinzione tra principio (che è elastico) e norma (che è rigida). Se invece i principi generali sono quelli che si desumono tramite l'astrazione è impossibile ricomprendere l'ordine pubblico tra i principi generali in quanto valore insito nell'interezza del sistema, non desumibile da singole norme.

Merita di essere segnalata la posizione di coloro che criticano la riconduzione dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, la cui voce più autorevole è rappresentata da Loris Lonardo. Per l'Autore, l'ordine pubblico non può essere considerato né come clausola generale – si è già detto – né esso può consistere in un insieme di principi generali ex art. 12 disp. prel. perché così argomentando si trasferirebbe l'indeterminatezza di una nozione (quella di ordine pubblico) ad un'altra (quella di principi generali). Gli argomenti sollevati dall'Autore per criticare la riconduzione dell'ordine pubblico ai principi generali sono in sintesi i seguenti: le difficoltà per individuare principi veramente generali, l'incertezza dei principi per essere tratti deduttivamente o

[366] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 197 ss.

induttivamente dalle norme, il rischio di generare confusione con gli altri parametri della illiceità, la legittimazione dell'attività dell'interprete che attribuendo ai principi funzione non integrativa ma selettiva dell'illiceità evade il suo compito. Scendendo più nello specifico, per Lonardo i principi, la cui funzione è quella integrativa, di colmare le lacune, non sono idonei a svolgere la diversa funzione di selezione dell'illiceità contrattuale.[367] Svolgendo essi la funzione di integrazione delle lacune dell'ordinamento, non è opportuno, per lui, assegnare loro una diversa funzione, cioè quella selettiva della illiceità, senza una autorizzazione espressa da parte del legislatore. Essendo i principi desunti deduttivamente o induttivamente dalle norme imperative, essi non dovrebbero indicare alcunché di diverso dalle norme imperative e, quindi, l'identificazione dell'ordine pubblico nei principi determinerebbe una duplicazione dello stesso parametro. I principi, infatti, si traggono attraverso meccanismi deduttivi ed induttivi dalle norme al fine di preservare l'auto-integrazione dell'ordinamento. Tuttavia, per Lonardo, il rinvenimento di principi non ha una giustificazione obiettiva e razionale, avvenendo con la massima creatività dell'interprete: da un lato, se il principio viene ricavato per deduzione, la norma viene selezionata su basi persuasive e non dimostrative; dall'altro, se il principio viene ricavato per induzione, non si trova un criterio razionale per selezionare quella o questa norma, tra una quantità maggiore o minore di norme. Lonardo ricorda peraltro che la presenza di disposizioni convergenti (nel senso di somiglianza estrinseca della fattispecie) può anche non indurre alla estrapolazione di un principio generale in senso oggettivo: così, in passato, gli artt. 1337 e 1375 cod. civ. per una parte della dottrina non erano espressione del principio di buona fede, bensì era considerati costituire un'eccezione al principio della facoltà di tenere qualunque comportamento, purché non espressamente vietato. Vi è, infine, un problema di validità del principio: cioè se la validità di una norma dipende dal rispetto delle regole per la loro emanazione, ben più difficile è stabilire la validità del principio poiché essi non sono prodotti dall'attività legislativa ma da quella creativa/interpretativa dell'interprete e la loro validità dipende dunque dalla sola adeguatezza

[367] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 285.

al caso concreto o al fatto che essi siano giusti, presupponendo dunque una tavola di valori.

Dopo aver escluso la riconduzione dell'ordine pubblico ai principi generali ex art. 12 disp. prel., Lonardo ricorda però quella dottrina che ritiene l'ordine pubblico comporsi non solo dei sopra richiamati principi ma anche di quelli di natura costituzionale. Per Lonardo questa impostazione esprime "un esiguo, mal riuscito tentativo di ammodernamento dell'ordinamento giuridico" e non la sua integrale rinnovazione. Nell'idea di Lonardo, infatti, la Costituzione non è da intendere come "una semplice addizione al precedente complesso di norme che continuerebbe a vigere immutato".[368] In altri termini la Costituzione non rappresenta solo la espressa formulazione di principi generali, riprendendo l'idea da sempre presente della necessità della codificazione dei principi generali. In realtà per Lonardo la Costituzione "rimodella contenuti, (…) procedimenti metodologici, come le regole d'interpretazione e ed i criteri di costruzione sistematica".[369] Ancora: i principi costituzionali indicano *obiettivi da perseguire*, sono formulati in positivo e non in negativo, come in passato, dove i principi generali erano concepiti come limiti alla definizione estesa di autonomia privata. Questo diverso ruolo dei principi costituzionali influisce sul *contenuto* e sulla *funzione* dell'ordine pubblico. In particolare, per Lonardo, anche l'autonomia contrattuale ha una rilevanza costituzionale a differenza dei principi generali che possono anche non averla. Se l'ordine pubblico corrispondesse ai principi generali, si avrebbe una conseguenza surreale: quella per cui l'autonomia privata – che ha una rilevanza costituzionale – potrebbe essere limitata dai principi generali – di rango inferiore, disattendendo la gerarchia delle norme.

Lonardo prende poi in esame la tesi che identifica nell'ordine pubblico i *soli* principi costituzionali che per l'Autore "sembra riscuotere maggior pregio". È evidente che tali principi assumono una funzione peculiare poiché è nella Costituzione che vengono indicati i criteri assiologici dell'ordinamento, alla cui luce la società deve essere diretta:

[368] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, cit., p. 326.
[369] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, cit., p. 327.

l'indirizzo politico può sì attuare i valori, ma deve scegliere all'interno di questi. In questi termini le norme, anche quelle preesistenti, devono essere congruenti alla normativa assiologica e, in questi termini, ogni norma "vive continuamente sospesa in attesa di decisioni sulla sua compatibilità, in generale o nell'applicazione concreta, con i principi fondamentali". Per lui anche le prescrizioni indeterminate, come l'ordine pubblico, sono vincolate al rispetto di queste prescrizioni: il contenuto e la funzione dell'ordine pubblico deve essere adeguato rispetto alle finalità che l'ordinamento stabilisce. L'attuazione dei principi necessita di procedimenti metodologici solidali alle premesse assiologiche dell'ordinamento e non procedimenti simili a quelli che contraddistinguevano una diversa concezione di ordinamento. Così, per colmare le lacune non occorre più una affinità logico-letterale tra fatto disciplinato e quello non disciplinato ma la riconduzione ai valori costituzionali della norma dalla quale estrarre la formulazione per disciplinare il caso non regolato e la valutazione in chiave di contenuti del risultato ottenuto nell'applicare quanto estratto al fatto non disciplinato.

Se è vero che la norma costituzionale può essere applicata anche senza la mediazione di una disposizione di rango inferiore nel caso in cui vi sia lacuna, il problema è poi quello di come applicare principi costituzionali, espressi, ma molto vaghi ed astratti poiché da un lato vi è la concretezza del fatto e, dall'altro, l'ampia formulazione del valore costituzionale con la necessità di raggiungere una decisione adeguata. La diretta applicazione dei precetti costituzionali renderebbe inutile la operatività dell'ordine pubblico e mal si spiegherebbe – se non per un rispetto della tradizione – il perché il legislatore abbia continuato ad utilizzare la formula ordine pubblico. Per Lonardo l'ordine pubblico svolge la funzione di mediazione nell'applicazione dei principi costituzionali.[370] Da un punto di vista sostanziale, Lonardo riscontra un'equivalenza tra principi costituzionali e norme imperative anche se i principi costituzionali sono più astratti perché non vi è sempre la descrizione della fattispecie. Se i principi costituzionali dovessero operare senza la mediazione dell'ordine pubblico si "addoss[erebbe]

[370] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, cit., p. 327 ss.

all'interprete l'ulteriore compito di procedere ad una loro più diretta concretizzazione, che certamente è attività delicata e poco agevole".

L'applicabilità diretta della norma costituzionale comporta difficoltà ulteriori rispetto all'applicazione dell'ordine pubblico. La norma costituzionale, in quanto norma tra le norme, non può essere esclusa dall'attenzione dell'interprete e le disposizioni costituzionali, quando conflittuali, richiedono uno sforzo supplementare e la deduzione non è criterio adeguato, se agisce da solo. L'interprete deve individuare il livello di sviluppo delle premesse costituzionali tra quelli attuabili dall'indirizzo politico. Infatti, i principi costituzionali possono essere attuati dall'indirizzo politico in vario modo (es. incrementare la proprietà pubblica su quella privata, tutelare la proprietà privata o incentivare procedimenti espropriativi, sostenere la libertà d'iniziativa economica privata ovvero sottoporla a programmazione, ecc.). L'attuazione della Costituzione non è mai un fatto del tutto esaurito in un determinato momento storico, le sue disposizioni vogliono disciplinare il presente ed il futuro, con potenziali opzioni applicative. A volte, nell'attuazione dei valori, sono gli interpreti (dottrina e giurisprudenza) ad anticipare le scelte compiute poi dall'indirizzo politico, tramite una anticipazione dell'azione del potere legislativo. Si tratta di una anticipazione (e non di una sostituzione), collaborando essi nell'attuazione della Costituzione. Lonardo ricorda che i giudici sono soggetti *soltanto* alla legge (quella che può essere ricondotta alla Costituzione) e la sensibilità dei migliori giuristi permette l'evoluzione dell'ordinamento. Essi non 'inventano' il diritto ma estraggono dal dettato costituzionale segmenti di valore che emergono dal tenore complessivo, introducendoli poi nel gradimento sociale come dati che, pur non percepiti inizialmente come espressioni dell'ordinamento, vengono successivamente accettati.

Lonardo si chiede, poi, se l'ordine pubblico, inteso come un ordine già costituito (l'*ordo ordinatus*) al quale l'interprete deve *unicamente* uniformarsi, non impedisca la tensione costruttiva verso la realizzazione delle libertà costituzionali.[371] Qui Lonardo torna alla distinzione tra ordine pubblico materiale e normativo perché per l'Autore la

[371] L. LONARDO, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 330 ss.

ricostruzione della nozione attuale dell'ordine pubblico passa da una sintesi ed una mediazione tra le due componenti dell'ordine pubblico. È vero, infatti, che laddove l'interprete desse eccessivo risalto alle esigenze di stabilità verrebbe per così dire ostacolato l'impulso per realizzare libertà costituzionali. Tuttavia, per Lonardo ordine significa anche "costante funzione direttiva nei confronti di un assetto sociale, volta a realizzare (…) i precetti costituzionali e indirizzarli ad un armonico sviluppo delle sue disposizioni". Il riferimento che spesso viene fatto all'ordine pubblico materiale risponde ad una esigenza: quella di fissare e mantenere la nozione di ordine pubblico ad un determinato momento. Infatti, il rischio è quello per cui l'ordine pubblico ideale potrebbe promuovere anche valori non condivisi tanto che se questa è nozione più fluida, vi è il rischio che possa essere posta al servizio delle ideologie dominanti e alla tutela dei gruppi che detengono il potere e attraverso l'uso delle espressioni indeterminate si possono introdurre contenuti convergenti al disegno politico che si vuole promuovere. Nell'interpretazione dei principi costituzionali, per Lonardo non occorre andare oltre al significato che "essi hanno espresso o che è possibile scorgere, con chiaro intendimento evolutivo, nella loro rappresentatività di ordine dato, armonicamente, alla società del tempo". La funzione del giurista è quella di dare ordine e dunque l'esistenza di un ordine non è presupposta. Il giurista può – e forse deve – procedere ad una interpretazione sistematica orientata in senso assiologico, sulla base della tavola di valori anche considerando che l'ordinato svolgimento della società è un obiettivo da perseguire. L'ordine è dunque per Lonardo una sintesi tra *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*. Da qui la definizione di ordine pubblico accolta da Lonardo: l'ordine pubblico è "l'elemento, intermedio tra fatto e principio, costitutivo d'ordine in senso evolutivo e provvisoriamente ordinato per mezzo del quale identificare lo stato attuativo dei valori costituzionali in senso sistematico".[372] L'ordine pubblico è dunque lo strumento tecnico che permette il dialogo tra la fattispecie concreta ed il valore costituzionale, conciliando astratto e concreto, il generale e lo specifico. La componente materiale dell'ordine è importante poiché l'interpretazione dei principi è assai elastica e ritiene che: "l'ordine spontaneo di una certa società non è illegittimo solo perché

[372] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., p. 385.

non attuerebbe il 'comando' della legge (…) se questa è solo un'attuazione provvisoria, parziale della normativa costituzionale".

9. L'ordine pubblico costituzionale.

Il diritto civile nella legalità costituzionale è una costruzione dottrinale che deve al pensiero e all'opera di Pietro Perlingieri la sua più alta rappresentazione.[373] Tra i suoi primissimi contributi sul tema, deve essere ricordato l'articolo *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, apparso sulla *Rassegna di diritto civile* nel 1980[374] nel quale l'Autore evidenzia l'influenza della Costituzione sulla normativa ordinaria. Se è vero che già al tempo si parlava di una rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce della Costituzione, per Perlingieri era necessario puntualizzare e chiarire la formula partendo dalla *natura giuridica* delle norme costituzionali. La Costituzione, da un punto di vista di gerarchia formale, assume una posizione di supremazia rispetto alle altre fonti del diritto e, da un punto di vista di gerarchia valoriale, eleva la *persona umana*

---

[373] Si vedano almeno i seguenti contributi: P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il "principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.; P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile,* in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., *passim*; P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 840 ss. Per una dettagliata ricostruzione della legalità costituzionale nel diritto civile, cfr. M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 840 ss.

[374] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

ed il suo *libero sviluppo* rispetto alle situazioni patrimoniali (quali la proprietà e l'impresa, valori tipici dei codici ottocenteschi), così da anticipare la depatrimonializzazione del diritto privato. Per Perlingieri, proprio il mutamento dei valori *ante* e *post* Costituzione "incide profondamente sull'intero sistema giuridico, sui suoi istituti, anche su quelli più tecnici e quindi apparentemente neutrali rispetto alle ideologia della storia".[375] Con riferimento al ruolo della norma costituzionale, non è sufficiente per l'Autore che la stessa operi unicamente quale *limite* alla norma ordinaria. Secondo tale tesi, laddove quest'ultima si ponga in contrasto con la Costituzione è sindacabile da parte della Corte Costituzionale, adita dal giudice ordinario, stante il puntuale controllo accentrato di costituzionalità. Una tesi, questa, che fa operare la norma costituzionale solo eccezionalmente ed in forma residuale, che fa del legislatore il destinatario esclusivo della norma costituzionale, che cancella la funzione promozionale all'assetto costituzionale, che esclude infine gli interpreti nell'utilizzo della norma costituzionale, essendo essi confinati nel paradigma logicistico della sussunzione, salvo appunto il controllo di legittimità costituzionale.[376] Nel pensiero di Perlingieri, invece, la norma costituzionale non può avere, come unica funzione, quella di limite alle norme ordinarie. La norma costituzionale, infatti, esprime principi giuridici generali che valgono in sede di interpretazione di enunciati normativi ordinari, sì che le scelte fatte dal Costituente "si riflettono sull'attività ermeneutica, sui contenuti e sui significati delle norme di livello ordinario".[377] In questi termini, viene preferito l'argomento ermeneutico del "a partire dai principi generali" proponendo una interpretazione costituzionale della legislazione ordinaria. Si avverte insomma l'esigenza di attuare la legalità costituzionale e quindi gli stessi strumenti ermeneutici vengono adeguati al fine di attuare i valori fondamentali. In questi termini, la norma

---

[375] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 98.

[376] Cfr. P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; ID., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., *passim*.

[377] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 100.

costituzionale oltre a costituire giustificazione della norma ordinaria si deve con questa "armonizzare coerentemente e ragionevolmente, in una sorta di espansione, di sviluppo quasi deduttivo sia pure storicamente condizionato"[378] e l'attività dell'interprete, costellata da giudizi di valore, ha nelle norme costituzionali un punto fermo. Insomma, per l'insigne studioso è "fuorviante" individuare nel legislatore ordinario il solo destinatario delle norme costituzionali (arg. ex art. 101, comma 2 Cost. e art. 54, comma 1, Cost.) sì che il principio di legalità costituzionale è "un punto fermo, una via obbligata per l'interprete che intenda, con spirito di umiltà, ritrovare una uniformità d'interpretazione" superando il mito della certezza del diritto e della interpretazione classista del diritto.[379] La costituzionalizzazione del diritto costituisce esigenza della unitarietà del sistema, del rispetto della gerarchia delle fonti, e per evitare il formalismo giuridico. In questi termini, si adeguano le interpretazioni e le tecniche ai valori fondamentali. Per Perlingieri, però, non è sufficiente utilizzare le norme costituzionali per interpretare le norme ordinarie e per giustificare funzionalmente le stesse. Se entrambe le direttive sono utili e vanno perseguite, limitandosi a queste due funzioni non si dischiudono "le potenzialità delle norme costituzionali". Da qui la necessità di affrontare la questione "della diretta rilevanza [delle norme costituzionali] nei rapporti interindividuali, con particolare riguardo ai rapporti di diritto civile".[380] Si distingue, al riguardo, l'applicazione *diretta* e quella *indiretta* delle norme costituzionali. La dottrina tedesca ha parlato di applicazione indiretta quando le norme costituzionali vengono applicate tramite le norme ordinarie (sia quelle a fattispecie astratta sia le clausole generali). Per Perlingieri, però, applicazione indiretta è in realtà "applicazione coordinata con una disposizione ordinaria secondo lo schema logico del combinato disposto".[381] In questi termini l'applicazione indiretta non è attività interpretativa della norma ordinaria ma attività d'individuazione della stessa. Egli critica così il metodo che distingue logicamente e cronologicamente l'interpretazione (che viene prima) dalla qualificazione (che viene dopo) perché per lui entrambe le attività "sono aspetti di un

[378] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 103.
[379] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 104.
[380] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 106.
[381] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 106.

processo conoscitivo unitario rivolto ad individuare la stessa normativa da applicare".[382] La norma costituzionale è parte integrante della normativa che regola il rapporto concreto e si tratta di norma di diritto sostanziale, non meramente interpretativa. Egli non sottovaluta la critica che viene mossa alla teoria della rilevanza delle norme costituzionali nei rapporti interindividuali: il controllo di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge è competenza esclusiva della Corte Costituzionale (si tratta del noto controllo accentrato di costituzionalità). Ricorda che al giudice ordinario è però attribuito il compito di valutare la fondatezza della questione di legittimità costituzionale disponendo il giudice di ampio potere discrezionale. Il giudice è dunque chiamato a pronunciarsi sul grado di compatibilità delle norme ordinarie con quelle costituzionali. Perlingieri scrive che "le inadeguatezze funzionali delle norme ordinarie sono pur sempre, e sia pur relativamente alla questione concreta, superabili nella prospettiva complessiva dell'ordinamento (…) senza che sia utile per il giudizio ed obbligatorio per il giudice iniziare la procedura di legittimità costituzionale. (…) L'interprete quindi non può non utilizzare la norma costituzionale anche in presenza di un meccanismo di controllo quale quello riservato alla Corte Costituzionale, con la limitazione (…) che se, in seguito alla sua valutazione, si prospetta non manifestamente infondata la questione d'incostituzionalità della norma ordinaria, egli deve sospendere il giudizio e rinviare alla Corte".[383] Con la precisazione, tuttavia, che si tratta di piani diversi (l'applicazione della norma costituzionale e la prospettazione dell'illegittimità costituzionale della norma ordinaria da parte del giudice ordinario) poiché "ciascuno si giustifica per una precipua funzione che, anziché escludersi l'una a danno dell'altra, si completa in un corretto rapporto in cui l'interprete ordinario è suddito della legalità e responsabile della sua interpretazione".[384] Perlingieri ricorda altresì la prassi adottata dalla Corte Costituzionale per la quale fra più interpretazioni possibili della normativa ordinaria, la Corte propone quella costituzionale, senza che ciò costituisca un vincolo neppure per il giudice che ha sollevato l'incidente di costituzionalità. In questi termini, la previsione del meccanismo di controllo accentrato di

[382] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 107.
[383] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 109.
[384] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 109.

costituzionalità non costituisce un ostacolo all'applicazione della normativa costituzionale nei rapporti interindividuali. L'Autore ricorda poi l'utilizzo che è stato fatto dell'applicazione diretta delle norme costituzionali. Così nel diritto del lavoro, con l'applicazione degli artt. 4, 19, 21, 36, 37, 40 Cost. Così, è stato utilizzato direttamente l'art. 111 Cost. per proporre ricorso per Cassazione avverso quei provvedimenti per i quali non è prevista la possibilità del ricorso. Così è stato utilizzato l'art. 2 Cost. da parte dei Tribunali dei Minorenni per l'adozione di provvedimenti nell'interesse del minore. Così sono stati utilizzati gli artt. 2, 3, 29 Cost., per valorizzare gli aspetti esistenziali e personali (e non patrimoniali) dei componenti la famiglia. Questi sono limpidi esempi di applicazione diretta delle norme costituzionali e non di principi desumibili dal codice o dalla legislazione speciale "in assenza di una normativa ordinaria o di una sua manifesta lacunosità".[385] La clausola generale di tutela del libero sviluppo della persona umana che ha un ruolo centrale nell'ordinamento giuridico (art. 2 Cost.) induce Perlingieri ad escludere la tipicità dei diritti della personalità sì che "esigenze esistenziali della persona umana, quali, ad esempio, l'informazione e l'accesso alle sue fonti, la riservatezza dei fatti privati, il mutamento di sesso, l'integrità psichica oltre che fisica, trovano nella previsione generale di tutela della persona un fondamento normativo preciso, idoneo a qualificare tali esigenze come giuridicamente meritevoli con immediate conseguenze sulle stesse relazioni intersoggettive".[386] L'applicazione diretta delle norme costituzionali è stata fatta anche in materia di diritto delle obbligazioni tenendo però conto che la mutata struttura dei rapporti economici ed una diversa ideologia dell'ordinamento giuridico ha fatto sì che siano mutati, nonostante il formale mantenimento, una serie di istituti classici, come appunto l'ordine pubblico. Il mutamento radicale di funzione è infatti "agevolmente riscontrabile (…) nell'opera per così dire di riempimento delle clausole generali quali (…) [l']ordine pubblico".[387] Per il nostro Autore la norma costituzionale va sempre utilizzata "sia nell'applicazione coordinata con la legislazione ordinaria specifica o con

[385] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 114.

[386] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 115-116.

[387] P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, op. cit., p. 117.

le clausole generali o principi di rango ordinario, sia nell'applicazione diretta – definita in tal modo per assenza dell'intermediazione di un qualsiasi enunciato normativo ordinario (ipotesi definita impropriamente lacunosa) –".[388] In particolare, per lui più che di applicazione diretta o indiretta si parla di "efficacia, con o senza una sufficiente normativa ordinaria, della norma costituzionale nei confronti dei rapporti personali e socio-economici". La norma costituzionale non è solo regola ermeneutica ma diviene norma di comportamento, divenendo giustificazione e ragione primaria della rilevanza giuridica dei rapporti, "idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori". Spetta al giurista individuare un sistema civilistico armonizzato ai principi fondamentali e ai bisogni esistenziali della persona per contribuire alla fondazione del diritto civile costituzionale.

Nel 2006, a distanza di oltre venti anni dalla pubblicazione del contributo *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, Perlingieri presenta la relazione introduttiva al Convegno Internazionale di *Direito Civil Constitucional* tenuto in Brasile, analizzando gli sviluppi che si erano avuti della dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale pubblicando poi la stessa sulla *Rassegna di diritto civile*.[389] Suddivide la relazione partendo dai presupposti e dai corollari della dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale, passando poi ad analizzare la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia, giungendo infine ad individuare la funzione che il giurista deve sostenere per lo sviluppo della legalità costituzionale. Per Perlingieri presupposti della dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale sono la normatività delle norme costituzionali, la complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico, la pluralità delle fonti, la rinnovata teoria dell'interpretazione giuridica. Le norme costituzionali non hanno una natura programmatica, né il loro esclusivo destinatario è il legislatore ordinario: la Costituzione deve essere rispettata da tutti i soggetti, anche in considerazione del principio

[388] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 505.

[389] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

di legalità. Le norme costituzionali non sono dei semplici limiti alla legge ordinaria o meri supporti ermeneutici, poiché oltre a giustificare la normativa ordinaria "indicano parametri di valutazione degli atti, delle attività e dei comportamenti, quali principi di rilevanza normativa nelle relazioni intersoggettive".[390] Per lui la rilettura degli istituti del diritto civile alla luce della Costituzione non significa che la norma ordinaria deve essere adeguata alla norma costituzionale ma "che oggetto dell'interpretazione sono le disposizioni di rango ordinario unitamente alle norme costituzionali: le une in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto",[391] così da evitare che la Costituzione venga letta alla luce della legge ordinaria. L'ordinamento giuridico è unitario e complesso ed i principi costituzionali hanno il ruolo di valori-guida assumendo il baricentro nella pluralità delle fonti del diritto. Il diritto non è diviso in branche autonome, separate e non comunicabili tra loro, perché dalla Costituzione si evince il progetto complessivo della società. È il controllo di legittimità, l'uso e l'applicazione dei principi costituzionali anche nei rapporti interindividuali che permette di ridurre ad unità il pluralismo delle fonti con il principio di legalità costituzionale a fungere da garanzia di soggezione ai valori fondanti l'ordinamento giuridico, sì che il controllo di legittimità della legge non è tanto controllo di formazione della legge quanto di contenuto. Il controllo di legittimità costituzionale riguarda non solo la legge ma anche gli atti e le attività espressione dell'autonomia individuale, collettiva e della discrezionalità amministrativa. Vi è cioè un controllo di meritevolezza costituzionale.

È necessaria poi una nuova teoria dell'interpretazione giuridica, non formalistica (quale la sussunzione) ma un'interpretazione delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori nell'accezione sistematica ed assiologica. Non può essere separata la teoria dell'interpretazione delle leggi ordinarie da quelle costituzionali. Per il criterio sistematico, l'ordinamento deve essere interpretato nella sua unitarietà; per quello assiologico, i valori costituzionali vivacizzano e rendono attuali le norme. La norma deve essere conforme ai principi e ai

[390] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498.
[391] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498.

valori dell'ordinamento, assiologicamente conforme alle scelte di fondo dell'ordinamento e l'interpretazione in funzione applicativa diventa ricerca dell'ordinamento del caso concreto. Per Perlingieri occorre respingere approcci ermeneutici distinti cronologicamente o logicamente in fasi o gradi di interpretazione poiché l'interpretazione del fatto e della legge e la qualificazione normativa del fatto configurano un procedimento unitario. Occorre avere contezza che il controllo di conformità della legge alla Costituzione è motivo costante di qualsiasi interpretazione a fini applicativi; adeguare le tecniche e le nozioni ai valori primari; prendere atto che il passaggio dalla legge al diritto è processo continuo; ricordare che nel bilanciamento degli interessi e dei valori vanno privilegiati criteri ermeneutici innovativi quali ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e sussidiarietà, sì da recuperare la fattualità alla giuridicità; formare un ceto di giuristi che contribuiscano a realizzare la Giustizia secondo i valori della Costituzione.

Partendo da tali presupposti derivano quattro conseguenze. La prima è che la persona umana ed i suoi diritti fondamentali sono un valore acquisito, così come la dignità umana, lungi dal costituire espressione del diritto naturale, è elemento costitutivo del diritto positivo ed il diritto civile non si esaurisce in una concezione patrimonialistica fondata sulla centralità della proprietà e dell'impresa poiché per il diritto civile costituzionale l'idea alla base del sistema non è il mercato ma la dignità della persona con una accentuata tendenza a depatrimonializzare il diritto. La seconda è la supremazia del diritto e della politica sul mercato e sull'economia che rappresenta l'epifania del diritto civile costituzionale. Scrive a tal proposito l'Autore che "il diritto civile costituzionale, nel segnare il superamento della separazione del diritto privato e del diritto costituzionale, concretizza l'ordine pubblico costituzionale come sistema aperto anche all'internazionalizzazione dei rapporti civili, ma nel vigile controllo che non sia inficiata l'attuazione dei diritti umani democraticamente posti al centro del patto di convivenza".[392] La terza conseguenza è che il superamento della contrapposizione tra privato e pubblico, comporta una nuova

[392] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 502.

composizione degli istituti e delle istituzioni ravvivati dall'eguaglianza, dalla differenziazione e dalla solidarietà. Ultima conseguenza è che con riferimento agli ordinamenti che prevedono un controllo di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge che viene proposto dal giudice *a quo* è necessario che venga a mutare il ruolo del giudice dovendo egli valutare se tra le leggi ordinarie e la Costituzione esista un'incompatibilità assoluta e insanabile (nel senso che dall'applicazione delle leggi ordinarie derivi inevitabilmente la disapplicazione del precetto costituzionale) o se, invece, sia ravvisabile non un'incompatibilità assoluta ma una *non conformità*, superabile tramite un coordinamento in sede applicativa, volto ad evitare l'incidente di costituzionalità. È dunque prerogativa dei giudici comuni *svolgere un controllo diffuso aggiuntivo rispetto a quello accentrato di costituzionalità*.

Perlingieri prosegue soffermandosi sull'attività svolta dalla Corte Costituzionale e dedicando la seconda parte della relazione ad analizzare la giurisprudenza della Consulta. Ricorda così che dall'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina del diritto civile costituzionale, almeno inizialmente, "ha avuto grandi difficoltà ad affermarsi",[393] periodizzando in quattro fasi l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla *interpretazione cd. adeguatrice*. Il percorso è stato irto di difficoltà ma è giunto a compimento. Nella *prima fase*, dal 1956 – anno di entrata in funzione della Corte Costituzionale – alla fine degli anni '70 non vi è alcun coinvolgimento dei giudici comuni nell'immediata garanzia dei valori costituzionali: l'interpretazione adeguatrice è monopolio del sindacato di legittimità, nel senso che è solo la Corte Costituzionale a poter evitare la pronuncia di incostituzionalità se una diversa costruzione ermeneutica della norma ordinaria rende possibile la decisione interpretativa di rigetto. Così, il giudice comune non è responsabilizzato poiché l'onere dell'interpretazione adeguatrice non è presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Nella *seconda fase*, successiva agli anni '70, c'è il riconoscimento, fondamentale, del principio ermeneutico di unitarietà dell'ordinamento con all'apice del sistema i precetti costituzionali e con il riconoscimento come precettive delle norme costituzionali, sovraordinate alle altre. Nella *terza fase*, definita della

[393] P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 503.

svolta, si assiste ad un cambio di paradigma, grazie all'illuminata Presidenza della Corte Costituzionale di Leopoldo Elia. La Corte ritiene che il giudice comune deve scavare più in profondità le questioni di costituzionalità, senza rimetterle sempre e comunque alla Corte, conformando il testo legislativo ordinario alle norme costituzionali tanto che il mancato assolvimento di tale dovere è sanzionato con l'inammissibilità della questione di costituzionalità. È così che si fa strada e si diffonde la tecnica dell'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni. Nella quarta fase, dagli anni '90 ad oggi, la Corte Costituzionale sembra aver superato la distinzione tra momento interpretativo della normativa ordinaria e quello applicativo delle norme costituzionali. L'interpretazione elaborata dalla Corte Costituzionale si avvale del coordinamento dei principi costituzionali con le norme ordinarie. L'interpretazione adeguatrice diviene applicazione del combinato disposto delle norme di legge ordinarie e del principio costituzionale. In particolare, per Perlingieri si arriva all'affermazione "di un'immediata applicazione delle norme costituzionali, non subordinata alla mediazione legislativa o amministrativa [moltiplicandosi] gli inviti e le esortazioni ad un'immediata e autonoma applicazione da parte dei giudici comuni delle norme costituzionali, persino in presenza di un contrario diritto vivente della Corte di Cassazione". L'interpretazione adeguatrice della Corte Costituzionale viene definita sistematica e non un canone meramente ermeneutico ma applicazione della Costituzione secondo la tecnica del combinato disposto. L'interpretazione adeguatrice porta la Consulta a trarre dal testo di legge un senso compatibile con la Costituzione combinando il testo di legge con le norme costituzionali ed i giudici ordinari devono interpretare la Carta nell'ossequio al principio di diffusione dei valori costituzionali e l'interpretazione della Costituzione spetta ad una platea di soggetti istituzionali diversi.

La conclusione cui Perlingieri giunge è quella per cui "la norma costituzionale va utilizzata comunque: sia nell'applicazione coordinata con la legislazione ordinaria specifica o con le clausole generali o principi di rango ordinario, sia nell'applicazione diretta – definita in tal modo per assenza dell'intermediazione di un qualsiasi enunciato normativo

ordinario (ipotesi definita impropriamente lacunosa) –".[394] Ad oggi, l'obiettivo della realizzazione del diritto civile costituzionale è realizzato solo in parte: occorre dunque lo sviluppo di tale percorso nel senso di individuare il diritto civile armonizzato ai valori costituzionali e al valore della persona umana.

Con riferimento all'ordine pubblico, poi, ci si può interrogare se la clausola generale dell'ordine pubblico costituisca strumento per realizzare la legalità costituzionale perlingieriana. Di "ordine pubblico costituzionale", Pietro Perlingieri parla già nel 1983 con riferimento ad uno dei fenomeni nel quale si esplica la personalità umana – valore fondativo della Costituzione[395] – cioè l'associazionismo, riconosciuto e garantito dall'art. 18 Cost. Pietro Perlingieri scrive sulla *Rassegna di diritto civile* un commento ad una decisione della Corte d'Appello di Torino,[396] dall'eloquente titolo "*Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*".[397] La sentenza fu massimata nel senso che all'associazione non riconosciuta, in base ai principi derivanti dall'art. 18 Cost., si applicano in via diretta gli stessi principi che regolano quello riconosciuta, nei limiti di compatibilità con la struttura e l'organizzazione interne sempre che sussistano interessi degni di tutela. Il caso riguardava un'associata di un'importante associazione volta all'incoraggiamento ed al miglioramento delle razze feline in Italia che ricopriva nell'associazione ruoli di alta responsabilità, come la tenuta del "libro origine". Inaspettatamente, il Presidente comunicava alla stessa che era stato disposta nei suoi confronti l'applicazione dell'art. 10 dello statuto, contemplante la radiazione dal sodalizio ad insindacabile giudizio del Consiglio, del socio che per qualsiasi motivo non fosse ritenuto benvisto alla Federazione. Si poneva dunque il problema dell'esclusione *ad nutum* di un associato nelle associazioni non riconosciute. Per l'associata anche a queste era applicabile l'art. 24 cod. civ. applicato a quelle riconosciute per il quale l'esclusione non può essere deliberata se non per gravi motivi

---

394 P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 505.

395 P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., *passim*.

396 App. Torino, 10 febbraio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 840 ss.

397 P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 840 ss.

da parte dell'assemblea e con congrua motivazione. In primo grado, il Tribunale ritenne che l'esclusione *ad nutum* fosse in contrasto con l'essenza del fenomeno associativo. Nella sentenza d'Appello – che confermava quanto deciso in primo grado – si trovava menzione dell'art. 18 Cost., dell'art. 20 Dichiarazione Universale ONU, dell'art. 11 CEDU. Per il giudice d'appello la libertà di associazione ex art. 18 Cost. "rappresenta[va] una delle espressioni di quell'autonomia che la Costituzione stessa riconosce sia in favore dei singoli individui, sia in favore delle formazioni sociali in cui i primi si manifestano". In particolare, per il giudice d'appello l'applicazione dell'art. 24 cod. civ. alle associazioni non riconosciute derivava dalla "diretta interpretazione", senza dover ricorrere all'estensione analogica. In questi termini, anche alle associazioni non riconosciute si doveva applicare l'art. 24 sì che l'esclusione dell'associato poteva avvenire solo in presenza di gravi motivi con la possibilità per l'associato escluso di rivolgersi al giudice per dolersi di una illegittima espulsione. Per Perlingieri, la particolarità della motivazione della sentenza d'appello non sta tanto nell'applicare direttamente l'art. 24 cod. civ. alle associazioni non riconosciute per via diretta e senza ricorrere all'analogia, quanto, piuttosto, "nel sottolineare la rilevanza, ai fini della valutazione dei comportamenti e delle deliberazioni di qualsiasi associazione, dei principi e delle norme costituzionali",[398] che assumevano il ruolo di "autonomo parametro di valutazione sostanziale" e con l'art. 2 Cost. come norma centrale del fenomeno associativo. Se l'associazionismo è infatti un luogo-comunità, aperto alla persona, nella stessa devono essere rispettati i diritti degli individui, come singoli, e la loro dignità, sì che per Perlingieri "dovrebbero essere rilette le clausole statutarie, molte delle quali non potrebbero superare questa prova di resistenza, per manifesta difformità ai principi di ordine pubblico costituzionale"[399] puntualizzando che "i principi fondamentali della Costituzione operano, in quanto principi di ordine pubblico, quali limiti all'autonomia privata"[400]. Per Perlingieri, il pregiudizio per il socio può derivare tanto dalla clausola statutaria immeritevole di tutela (e dunque nulla) tanto dall'illegittimità delle

[398] P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione*, op. cit., p. 841.

[399] P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione*, cit., p. 842.

[400] P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione*, cit., p. 842, nota 6.

modalità deliberative di esclusione dell'organo associativo. Pur plaudendo a quella sentenza, Perlingieri ricordava come sarebbe stato utile richiamare anche il principio di democraticità ed il diritto di difesa nel caso concreto, entrambi di rilevanza costituzionale.

La nozione di ordine pubblico costituzionale sembra ben delineata anche nella monografia *La personalità umana nell'ordinamento giuridico* del 1972.[401] Per Perlingieri, l'art. 2 Cost. ed il rispetto della dignità dell'uomo, valore giuridico, pone l'individuo in una posizione partecipativa e non di subordinazione nella vita della comunità: "Questo principio [di dignità – egli scrive –] ribadito anche da altre norme della Costituzione stessa, sarà ripreso per precisare che non vi può essere oggi comunità che non s'ispiri a principi d'ordine pubblico dell'ordinamento giuridico; in questa prospettiva, proprio la tutela della personalità assume, nel sistema giuridico attuale, il significato di principio d'ordine pubblico".[402] La personalità umana ha dunque una rilevanza giuridica positiva "nella valutazione sostanziale dell'interesse meritevole di attuazione, destinato a modificare, dall'interno, la maggior parte degli istituti giuridici mutandone la funzione. L'esigenza del rispetto della personalità umana, del suo libero sviluppo incide sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e sulla funzione dell'autonomia privata e sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi, incide, insomma, su tutto l'assetto del vivere in comunità".[403]

La nozione di ordine pubblico compare spesso anche nel testo-guida dell'illustre giurista *Il diritto civile nella legalità costituzionale*.[404] Iscrive l'ordine pubblico all'interno del pluralismo degli ordinamenti nel senso che il problema è quello della conciliazione tra la pluralità delle

---

401 P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., p. 1972.

402 P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., p. 14.

403 P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., p. 189-190.

404 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., *passim*.

fonti e l'unitarietà dell'ordinamento, con la necessità di armonizzare la pluralità delle fonti che concorrono a creare il regolamento del caso concreto. Ricorda che uno strumento per l'armonizzazione si trova nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. ma non è sufficiente. Nell'art. 31 si afferma che le norme, qualunque ne sia la fonte, non possono essere contrarie all'ordine pubblico che per lui "non è soltanto ciò che l'uomo della strada normalmente intende, e che induce ognuno a comportarsi rispettando le regole del cd. vivere civile".[405] Non si tratta di un *limite negativo* "ma è anche impegno positivo dello Stato all'attuazione dei principi fondamentali (democraticità, effettiva possibilità di partecipare alla vita delle comunità intermedie oltre che alla vita dello Stato, realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo)".[406] L'art. 31 è dunque un *limite positivo* alla possibilità di regolamentazione o autoregolamentazione. Scrive l'insigne giurista che: "L'atto di autonomia lesivo delle direttive costituzionali, contrastando con la nozione stessa di ordine pubblico, non è meritevole di tutela e non ha effetto nell'ordinamento dello Stato. L'atto non soltanto non deve contrastare con un concetto negativo di ordine pubblico ma deve altresì armonizzarsi con le scelte e i valori di fondo dell'ordinamento".[407] Precisa poi che la nozione di ordine pubblico accolta non è da intendere nel significato originario e storico contenuto nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. "ma nella accezione di ordine pubblico costituzionale che rifiuta la precedente concezione produttivistica, autoritaria e autarchica",[408] specificando che il controllo sulle formazioni sociali – che ha valore costituzionale non in sé ma in quanto sia funzione del libero sviluppo della personalità – va attuato prevalentemente in relazione alla tutela della persona, dei suoi diritti inalienabili e fondamentali.

Ci appare chiaro l'emergere di un ordine pubblico che si fa strumento, offerto ai giudici, per diffondere la costituzionalità incentrata sulla tutela della persona umana, un controllo diffuso di costituzionalità degli atti e dell'autonomia privata. Il giudice comune può non sollevare

---

405 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 162.
406 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 163.
407 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 163.
408 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., p. 171.

l'eccezione di costituzionalità – che si ricorda è il compito che la dottrina tradizionale assegna lui, ritenendo la norma costituzionale quale limite alla normativa ordinaria – ma può sindacare tramite l'ordine pubblico costituzionale il contenuto dell'atto formato in Italia. Così è contraria all'ordine pubblico costituzionale la delibera che escluda *ad nutum* dall'associazione non riconosciuta l'associata per violazione dell'art. 2 e 18 Cost. Infine: l'ordine pubblico costituzionale – inteso sempre come clausola di tutela della personalità umana – viene utilizzato, quando la fattispecie ha rilevanza internazionale, per riconoscere o per negare efficacia all'atto straniero in Italia. Così se l'atto produce effetti contrari all'ordine pubblico costituzionale, non avrà effetto in Italia, salvo comprendere se il controllo effettuato dal giudice debba essere limitato agli effetti dell'atto o si debba estendere anche ai contenuti dello stesso.

10. L'ordine pubblico tra dottrina e giurisprudenza.

Tornando a Ferri si deve aggiungere che egli opera anche una analisi casistica – sulla falsariga dell'impostazione del Ferrara – circa l'applicazione del principio dell'ordine pubblico e dal quale emerge che l'ordine pubblico abbia trovato applicazione in relazione a negozi giuridici che incidono sulla *libertà*, sull'*eguaglianza*, sull'*integrità fisica e morale*, sulla *dignità* della persona.[409]

Afferma infatti che il principio dell'ordine pubblico ha trovato applicazione nei confronti dei negozi giuridici che incidono sulla *libertà della persona umana* ed in questi termini, l'ordine pubblico è una clausola che tutela la personalità umana,[410] intesa come "*la posizione che alla persona umana viene fatta nell'ordine giuridico dello Stato*", che è sicuramente più complessa rispetto a quella fatta propria nell'ordinamento liberale in considerazione dell'evoluzione avutasi nella società moderna e dell'affermazione di tutele nuove ed ulteriori della persona umana.

[409] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 210 ss.

[410] Sembra evidente il richiamo a P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, op. cit., p. 14.

Suddivide poi la casistica in alcuni gruppi rilevando tuttavia che tale classificazione non abbia un valore assoluto ma specificando, ancora una volta, che in tutte le ipotesi, l'ordine pubblico viene in rilievo con riferimento ai *rapporti tra privati* e non riguarda i *rapporti tra individuo e Stato*.

È evidente che l'*ordine pubblico tutela la libertà della persona umana in senso stretto*: in questi termini, le libertà riconosciute dalla Costituzione (si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla libertà di manifestazione del pensiero, di religione, di associazione, di movimento, ecc.) non possono essere limitate né su base pattizia né sulla base di una disposizione di ultima volontà. Con riferimento a tali libertà, nessun vantaggio economico potrebbe giustificare una loro limitazione. Per questo, egli rintraccia anche alcuni indici di questo principio nell'art. 636 cod. civ. – rubricato divieto di nozze – che considera illecita la condizione posta nel testamento che impedisce le prime nozze o le ulteriori,[411] nell'art. 1379

[411] Di recente, cfr. Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, in *Foro it.*, 2009, cit., secondo cui: "È illecita, in quanto contraria all'esplicazione della libertà matrimoniale, la condizione che subordini l'efficacia di una disposizione testamentaria alla circostanza che l'istituito contragga matrimonio; pertanto essa si considera come non apposta, tranne che abbia rappresentato l'unico motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale deve considerarsi nulla la disposizione". Ma si veda, Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, in *Foro it.*, 1986, I, c. 936 ss.: "La clausola testamentaria, con cui si attribuisce la proprietà di determinati beni a condizione che l'istituito contragga matrimonio con una persona avente certi requisiti, non è illecita né inefficace, non importando una limitazione psichica intollerabile, come tale contraria all'ordine pubblico". Il caso riguardava un testatore che aveva lasciato in usufrutto vari immobili all'istituito, disponendo che quei beni gli sarebbero stati attribuiti in proprietà "se egli si fosse deciso a sposare una signorina appartenente alla loro classe sociale". Ancora, Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2120 ss.: "L'art. 636, primo comma cod. civ., secondo cui è illecita la condizione testamentaria che impedisce le prime nozze e le ulteriori, ha lo scopo di tutelare la libertà di contrarre matrimonio della persona e non è quindi violato nei casi in cui la condizione non sia dettata al fine di impedire le nozze ma preveda per l'istituito un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più

cod. civ. – rubricato divieto di alienazione – che condiziona a determinati limiti di tempo, l'efficacia del divieto di alienazione; ecc. Contrastano, cioè, con l'ordine pubblico quei contratti che limitano la libertà di espressione, di associazione, di religione, di lavoro: basti pensare al contratto di vendita del posto di lavoro o di voto elettorale; i contratti dispositivi del diritto alla salute come il contratto di vendita di un organo doppio nell'uomo; i contratti aventi ad oggetto diritti non disponibili (diritti morali d'autore, riservatezza, identità personale).

In secondo luogo, alcune peculiarità si rintracciano nel rapporto tra la clausola dell'*ordine pubblico e la libertà economica*. Se la libertà economica è riconosciuta all'individuo per raggiungere determinati risultati (art. 41 Cost.), allora si può limitare la propria libertà economica (lo stesso atto di cooperazione economica costituisce espressione di esercizio del diritto di libertà) con il limite della durata nel senso che la limitazione non può avere una durata indefinita o riguardare l'intera vita dell'uomo. Ferri distingue tra limitazione della libertà economica conseguenza dell'atto di cooperazione economica posto in essere (es. divieto di concorrenza per il lavoratore) o da patto che si inserisce come elemento causale nell'atto di cooperazione economica (es. patto di esclusiva nel contratto di somministrazione) e limitazione della libertà economica autonomamente assunta con un contratto a ciò diretto o con un patto inserito in altro contratto senza che la limitazione della libertà economica trovi giustificazione causale nell'altro contratto. Nel primo caso, la limitazione della libertà economica non ha una sua autonoma valutazione e la durata della stessa è pari alla durata del contratto;[412] nel secondo caso, poi, la

adeguato, alle esigenze dell'istituito, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio".

[412] In giurisprudenza, si parla spesso di ordine pubblico costituzionale. Così, ad es., Cass., 19 dicembre 2001, n. 16026, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce Concorrenza (disciplina), n. 252 ha ritenuto nullo per contrarietà all'ordine pubblico costituzionale il patto di non concorrenza che *precluda in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento.* Più di recente, cfr. Cass., 12 novembre 2104, n. 24159, in *Foro it.*, Mass. 2014, n. 852 secondo cui: "È nullo, in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale, il patto di non concorrenza diretto, non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui, ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità

limitazione deve essere circoscritta ad uno specifico settore, rispettare presupposti di forma, di sostanza e di tempo. Peraltro, la tutela della libertà economica si collega anche a quelle norme che *limitano l'azione altrui*, quando questa incide sulla libertà economica di altri soggetti. Ferri riporta il caso della posizione dominante di potere economico che consente di imporre determinate condizioni (ad es., il monopolio legale, la posizione dominante, l'inferiorità in cui si trovi un soggetto come lo stato di bisogno o di pericolo, la situazione di inferiorità in cui il soggetto venga posto, come per il caso del boicottaggio). Ricorda che – almeno nel 1970 – non erano molte le disposizioni in tal senso, se non quelle previste dai Trattati ma la legge sulla concorrenza non era stata ancora promulgata poiché occorre attendere il 1990.[413] Porta l'esempio della specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali di contratto ex artt. 1341 e 1342 cod. civ., della nullità delle clausole in deroga alla legge o al contratto collettivo nazionale di lavoro, quando tali clausole sono in senso meno favorevole al lavoratore (artt. 1932 cod. civ. e art. 2077 cod. civ.);[414] l'obbligo per il monopolista di contrattare e rispettare la

---

di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento".

[413] Si tratta delle l. 10 ottobre 1990, n. 287 recante *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

[414] Ma, si veda, Cass., 13 maggio 2004, n. 9141, in *Dir. e Giust.*, 2004, p. 41 ss.: "Né l'art. 36 Cost. - che si limita a porre il principio della retribuzione sufficiente e proporzionata all'attività svolta - né il successivo art. 41 – che garantisce la libertà di iniziativa economica privata nei limiti posti dalla legge a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana – possono individuarsi, come precetti idonei a fondare un principio di comparazione soggettiva, in base al quale ai lavoratori dipendenti che svolgano identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento; mentre i principi di correttezza e di buona fede – di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. – non creano obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, bensì rilevano o come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti ed obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, laddove il datore di lavoro, nell'esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale, agisce in piena libertà, senza alcun vincolo, neppure generico, nei confronti della generalità dei dipendenti; ne consegue che non può ritenersi illecito o nullo, per

parità di condizione (art. 2597 cod. civ. e art. 1679 cod. civ.); la rescissione in stato di pericolo e in stato di bisogno (artt. 1447 e art. 1448 cod. civ.); la nullità delle clausole che prevedono interessi usurari (art. 1815, comma 2, cod. civ.)[415]; la riduzione della penale eccessiva (art. 1384 cod. civ.); la nullità del patti che prevedono il pagamento di somme per ottenere il posto di lavoro; la nullità dei patti che prevedono il pagamento di somme per ottenere il godimento di un locale, ecc.

Vi sono poi le ipotesi in cui l'ordine pubblico viene in collegamento con il principio di *eguaglianza*, rintracciando una serie di norme che vogliono assicurare una *parità effettiva* dei soggetti che partecipano al negozio. Si ricomprendono in questa categoria, le norme che proteggono

---

contrasto con norme imperative o con un principio di ordine pubblico, un inquadramento professionale effettuato sulla base delle mansioni in concreto svolte e secondo le specifiche declaratorie contrattuali, ancorché di regola determinati compiti vengano espletati da la lavoratori inquadrati in un livello superiore".

[415] Nella versione originaria, il comma 2 dell'art. 1815 c.c. stabiliva che gli interessi previsti in misura usuraria dovessero essere corrisposti al tasso legale. È il par. 735 della relazione al codice a chiarire le ragioni della scelta della sanzione della nullità limitata alla sola eccedenza sulla misura degli interessi legali: "in tal modo si è colpito il mutuante impedendogli di godere del vantaggio usuraio che si era fatto promettere dal mutuatario, il quale, se si fosse dichiarato nullo il contratto, sarebbe rimasto obbligato all'immediata restituzione del capitale ricevuto. Non si è perciò neppure permesso, come consentiva il codice del 1865 (art. 1831, ultimo comma), che, per il solo fatto della mancanza di una scrittura dalla quale risultasse l'interesse ultralegale, il mutuatario si arricchisse indebitamente continuando a godere la somma ricevuta senza corrispondere alcun interesse". Nel 1996, con la l. 7 marzo 1996, n. 108, si modifica la formulazione dell'articolo ed il secondo comma dell'art. 1815 cod. civ., contenuto nell'ambito della disciplina del mutuo, stabilisce che, se sono convenuti interessi usurari, la relativa clausola è nulla e non sono dovuti interessi. A tutela del mutuatario è quindi prevista un'ipotesi di nullità parziale (con una veste sanzionatoria) che non travolge l'intero contenuto dell'atto, a prescindere dalla valutazione di essenzialità della clausola feneratizia, in deroga alla disciplina della nullità parziale del contratto prevista dall'art. 1419 cod. civ. Cfr. G. D'AMICO, *"Principio di simmetria" e legge antiusura*, in *Contratti*, 2017, p. 501 ss.; ID., *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Contratti*, 2016, p. 279 ss.

determinati soggetti in generale (es. minori, incapaci) o in determinati rapporti (si pensi all'art. 2112 cod. civ. in tema di rapporto di lavoro per il minore). Per Ferri, in questa categoria vanno ricomprese tutte le "norme poste a tutela del contraente più debole".[416] In tale categoria, l'Autore ricomprende anche le norme che escludono il ricorso al principio di autotutela privato (come ad esempio, la nullità del patto commissorio, ex art. 2744 cod. civ.), che restringono il potere di autotutela a determinate ipotesi (come per il caso della clausola risolutiva espressa); le norme che escludono la possibilità di transigere (art. 1966 cod. civ.); le norme che escludono la possibilità della rinunzia preventiva alla prescrizione (art. 2937 cod. civ.); le norme che stabiliscono la nullità del patto che stabilisce termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile, per una delle parti l'esercizio del diritto (art. 2965 cod. civ.).

Il principio di ordine pubblico, poi, si collega a quelle norme che tutelano l'*integrità fisica e morale* e che attengono in generale alla *dignità della persona*. Con riferimento all'integrità fisica, Ferri vi include l'art. 5 cod. civ. sugli atti di disposizione del proprio corpo, che prevede il divieto tanto degli atti che cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, sia quelli che pure non toccando l'integrità fisica, siano contrari alla coscienza sociale. Ancora: le disposizioni sulle condizioni di lavoro ex art. 2087 cod. civ. Con riferimento all'integrità morale, Ferri menziona gli artt. 20, 24, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 142, 143 della legge sul diritto d'autore. Senza scendere nell'analisi di ognuna di queste disposizioni si ricordi l'art. 20 che consente all'autore dell'opera di opporsi a deformazioni, modificazioni, mutilazioni dell'opera che possa essere di pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'artista. Scrive Ferri che: "La dignità della persona viene così tutelata in tutti i suoi aspetti e nelle diverse posizioni che assume nell'ambiente sociale".[417]

11. L'ordine pubblico economico.

[416] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 220.
[417] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 223.

Come accennato, nel 1963, dunque prima della monografia sull'ordine pubblico, G.B. Ferri, allora giovane assistente incaricato nell'Università di Roma recensì un volume per la Rivista di Diritto Commerciale.[418] Quell'anno venne pubblicato il libro del giurista francese Gérard Farjat dal titolo *L'ordre public économique*: per Ferri "il lavoro più ampio" dedicato al tema. Ferri scrisse la sua recensione dal titolo: "*L'ordine pubblico economico (A proposito di una recente pubblicazione)*". È il primo lavoro nel quale il giurista si confronta con l'ordine pubblico. Il Maestro riprenderà poi il concetto di ordine pubblico economico dapprima in un intervento tenuto presso l'Università di Catania,[419] poi nella sua celebre monografia,[420] infine nella voce apparsa sull'Enciclopedia del Diritto.[421]

Gérard Farjat[422] parlò di ordine pubblico economico, stante la crescente economicizzazione del fenomeno giuridico a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, che avrebbe consentito, da un punto di vista di teoria del diritto, la separazione dalla generale nozione di ordine pubblico del cd. *ordine pubblico economico*. Un ordine, questo, con una sua forza propulsiva, a differenza del tradizionale concetto nato nel codice napoleonico quale limite negativo alla libera determinazione dei contraenti. Per Gérard Farjat, l'ordine pubblico economico avrebbe risolto tre ordini di problemi: quelli di stretta politica economica, quelli sociali, quelli dell'economia interna dei rapporti contrattuali. In questi termini, l'ordine pubblico economico avrebbe costituito una "specificazione dell'ordine pubblico generale, come antitesi all'autonomia privata e, cioè, come un limite a ciò di cui il privato, nel configurare il contenuto del contratto, può disporre e quindi in funzione essenzialmente negativa".[423]

---

418 G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, op. cit., p. 464 ss.

419 G.B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico,* in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole*, op. cit., p.

420 G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, *op. cit.*, p. 107-118.

421 G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1055 ss.

422 G. FARJAT, *L'ordre publique*, op. cit., *passim*.

423 È questo il pensiero del Farjat che viene citato da G.B. Ferri. Cfr. G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, op. cit., p. 467.

In particolare, se nell'età della codificazione, con l'avvento dello Stato liberale, erano stati posti al centro due principi (la libertà contrattuale e la libertà di concorrenza), le profonde trasformazioni economiche e sociali avvenute sul finire dell'Ottocento facevano ritenere a molti come finita la stagione dell'autonomia privata (*rectius*: dell'autonomia della volontà del singolo) e, accanto agli interessi del singolo, si sarebbero prospettati interessi generali o collettivi. I primi – quelli del singolo – sarebbero rimasti tutelati solo mediatamente. In questi termini, all'origine dell'ordine pubblico economico, sta la constatazione della crescente incidenza dell'economia negli istituti giuridici, la cd. economicizzazione del fenomeno giuridico.[424] Per Ferri, però, la autonomizzazione del concetto non può essere accolta tramite due considerazioni: da un lato, le considerazioni storiche sulla inefficienza politica della Terza Repubblica francese (1870-1940), le sue frequenti crisi di governo e le contraddizioni, tra la formale vigenza del codice civile napoleonico con i suoi ricordati principî di libertà contrattuale e di libera concorrenza ed il sostanziale mutamento della società, con l'emergere di nuove esigenze e di nuovi centri di potere, che facevano avvertire i bisogni di nuovi strati di popolazione, con una lotta classista e interclassista, con una società con contrasti e diversità assai profonde.[425] Dall'altro lato, lo Stato entrò a suo dire nella gestione degli affari economici (ma) in maniera morbida poiché, alla visione liberale della assoluta estraneità dello Stato nelle vicende economiche (riassumibile nella nota formula del *laissez faire*), non subentrò un "rigido dirigismo", bensì "una forma di cooperazione tra imprese private e pubblici poteri".[426] Tale impostazione assunta dallo Stato francese poteva definirsi per Ferri come una politica economica d'impostazione neo-liberale che

---

[424] G.B. Ferri, il rapporto tra diritto ed economia: anche Ferri scrive che "lo Stato non è più agnostico o disinteressato di fronte al problema economico, ma è divenuto partecipe, ed, anzi, l'attore principale".

[425] Ferri ricorda che negli anni '30 le riforme avanzate dal governo di Léon Blum, esponente del Fronte Popolare e che divenne Presidente del Consiglio francese nel 1936 rimasero sulla carta, così disattendendo le aspettative sociali. Cfr. G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, op. cit., p. 466.

[426] G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, op. cit., p. 466-467.

conservava le strutture fondamentali della società, senza addivenire a nessuna rivoluzione. Dunque: l'intervento dello Stato era per Ferri un *cauto* intervento in economia, anche per arginare il fenomeno del dirigismo privato e rendere effettivi i principi liberali classici (quello della libera concorrenza e quello di libertà contrattuale) eliminando le situazioni di monopolio e lo squilibrio tra i contraenti. In definitiva, Ferri ravvisa nella nozione di ordine pubblico economico una serie di contraddizioni, volendo ricomprendere nella stessa categoria "*interventi molteplici, qualitativamente e quantitativamente differenti, l'uno dall'altro, con la conseguenza di attribuire alla formula un contenuto non omogeneo*",[427] per non dire poi delle molteplici e non omogenee sanzioni previste in caso di violazione dell'ordine pubblico economico.

Nella sua monografia, il nostro distingue nettamente tra ordine pubblico e *ordinamento pubblicistico dell'economia*, criticando la dottrina francese che confonde i due concetti: l'ordine pubblico non significa supremazia dello Stato sull'individuo ed in questi termini l'eventuale violazione di norme poste dalla disciplina pubblicistica dell'economia non potrà mai costituire un atto contrario all'ordine pubblico. Così, un'attività bancaria, esercitata senza le necessarie autorizzazioni, avrà conseguenze amministrative o penali, restando intatta la validità dell'atto.[428] In altri termini, l'intervento dello Stato in economica riguarda i rapporti tra Stato ed individuo e, poiché non riguarda i rapporti tra individui, non entrerebbe a fare parte della nozione di ordine pubblico: si assisterebbe cioè ad una confusione e sovrapposizione tra ordine pubblico economico ed ordinamento pubblicistico dell'economia.[429] Nella ricostruzione ferriana, l'art. 41 Cost. sulla libertà dell'iniziativa economica privata ricomprenderebbe due distinti fenomeni. Il secondo comma (che precisa le modalità di esercizio dell'iniziativa economica non potendosi essa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da

---

[427] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 114.

[428] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 112.

[429] G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1056: "Ma tutta quella serie di interventi attuati, in materia economica, dalle varie legislazioni speciali, da cui si è cercato di far emergere la nozione di un ordine pubblico economico, si presenta come un insieme certamente non armonico, se non, a volte, caotico".

recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) concerne l'ordine pubblico propriamente detto mentre il terzo comma (che stabilisce una riserva di legge per determinare programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica – sia privata che pubblica – possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali), farebbe riferimento all'ordinamento pubblicistico dell'economia.

Attento studioso dell'ordine pubblico economico è Fabrizio Di Marzio,[430] che ricorda come l'ordine pubblico economico sia un concetto abbastanza nuovo e che, a differenza dell'ordine pubblico inteso come limite negativo alla libera determinazione dei contraenti, quello economico si caratterizza per la sua portata propulsiva e si distingue in ordine pubblico *di direzione* (intendendosi, con tale termine, gli interventi legislativi di indirizzo e sviluppo del progresso economico)[431] e *di protezione* (intendendosi, per tale, un tecnica protezionistica per i soggetti deboli, evidente sintomo di riforma dell'ideologia liberale).[432] Secondo Di Marzio, nel corso del tempo è stata avvertita "l'opportunità di isolare, nell'ampio genere dell'ordine pubblico, una specie rinvenibile nei principi essenziali che costituiscono l'ordine giuridico della relazione economica (per usare una terminologia attuale, dello scambio di

---

430 F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 64.

431 Secondo D'Amico, anche la formula dell'ordine pubblico economico di direzione sarebbe rivalutato a seguito delle politiche comunitarie in materia di promozione del mercato concorrenziale. Cfr. G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 7 ss. Sul tema, cfr. altresì A. FEDERICO, *L'ordine pubblico e il mercato*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza*, op. cit., p. 51 ss.; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza*, op. cit., p. 119 ss.

432 Ma già, vedi G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1056: "Quanto invece alla «funzione», quella dell'ordine pubblico economico, non sarebbe più – come si diceva – quella dell'*interdition* (che caratterizza la funzione dell'ordine pubblico); ma quella «positiva» che si realizza attraverso «*une grande diversité de techniques d'intervention*», riassumibili, per altro, in due categorie generali: quella degli interventi di «direzione» (ad esempio, la politica del credito, il controllo dei prezzi) e quella degli interventi di «protezione» (ad esempio, la tutela del contraente più debole, le misure a favore del consumatore, ecc.)".

mercato).[433] L'*ordine pubblico economico di direzione* rappresenta l'interventismo economico dello Stato e per Di Marzio assume ora una connotazione marginale, mentre l'*ordine pubblico economico di protezione* "ha guadagnato spazio e rilievo nella recente legislazione".[434] In dottrina vi è chi non ritiene necessario il riferimento all'ordine pubblico di protezione tenendo conto della copiosa normativa imperativa di settore perché le nuove nullità riguardano la illegalità e non la illiceità. Sta di fatto che l'ordine pubblico economico di protezione ha trovato un utilizzo, in dottrina, come in giurisprudenza, con riferimento alla contrattazione del consumatore, ma anche tra imprese con potere diseguale, applicandosi dunque sia alla contrattazione *b2c* che *b2b*.[435] Per Di Marzio l'ordine pubblico economico contrasterebbe i contratti nei quali è pregiudicato l'ordinato svolgersi dei rapporti economici ed in cui l'abuso contrattuale consumato dalla parte forte a danno di quella debole determina sopraffazione di interessi particolari e insieme pregiudizio di interessi generali, quali "l'interesse a che tutti possano sviluppare liberamente la propria personalità cogliendo occasioni di crescita culturale, usufruendo di beni e servizi a condizioni contrattuali eque, e infine partecipando effettivamente all'organizzazione sociale, economica e politica del Paese, artt. 2 e 3, comma 2, Cost.".

Alcune recenti sentenze della Suprema Corte fanno riferimento all'ordine pubblico economico.[436] Si afferma, così, che se è vero che

---

[433] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 64.

[434] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 65.

[435] Sul punto si vedano i numerosi contributi di Angelo Barba. Cfr. A. BARBA, *Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, p. 5 ss.; ID., *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017; ID., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

[436] F. DI MARZIO, *Contratto illecito*, op. cit., p. 56. Si consideri che il riferimento all'ordine pubblico economico si trova nella giurisprudenza civile (da ultimo, cfr. Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Contratto in genere*, n. 225), penale (da ultimo, cfr. Cass., 25 settembre 2019, n. 47135, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Azione penale tra congiunti*, n. 4), amministrativa (da ultimo, cfr. Cons. Stato, 22 febbraio 2018, n. 1109, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 120). Si veda il *Rapport Annuel* 2013 della *Cour de Cassation*: "La vie économique est faite de relations, d'échanges, véritable ballet entre acteurs qui

l'ordinamento tutela la libertà d'impresa, anche dell'impresa dominante, questa non deve usurpare il profitto dell'altra. Paradigmatico il caso concernente il rapporto tra imprese (*b2b*) deciso da una recente sentenza che si è occupata dell'abuso di dipendenza economica ex art. 9, l. 192/1998, definendo l'ordine pubblico economico come l'"ordine pubblico dei rapporti tra privati in materia economica, per il quale sussiste un interesse all'esercizio corretto e ragionevole dell'autonomia privata". La sentenza ritiene esservi un interesse all'esercizio corretto e ragionevole dell'autonomia privata, una sorta di interesse legittimo di diritto privato che subordina l'autonomia privata ai criteri di correttezza e ragionevolezza. La Suprema Corte offre così una ricostruzione dell'ordine pubblico del mercato, partendo proprio dall'abuso di dipendenza economica e ragionando sull'art. 41 Cost. che disciplina l'iniziativa economica, considerandola norma di riferimento per le "pattuizioni contrattuali che si esplicano sul mercato" e secondo cui l'iniziativa economica privata è libera. Tale materia attiene all'ordine pubblico che definisce come il "complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi primari su cui si regge la civile convivenza nella comunità nazionale, in un certo momento storici ed, in particolare, nei suoi aspetti economici, sulla base di quanto si trae dalla Costituzione, dai patti e dalle dichiarazioni internazionali, e dalle legge". Se è compito dell'interprete quello di concretizzare le condotte abusive previste in via indeterminata dall'art. 9 l. 192/1998, così, distinguendo tra condotte che integrano violazione del divieto e condotte che costituiscono il legittimo esercizio dell'impresa, la Corte ritiene che pur se l'ordinamento tutela anche la libertà di impresa dell'impresa dominante, questa *non deve usurpare il profitto che, secondo l'iniziale regolamento negoziale, avrebbe dovuto competere alla controparte imprenditoriale* ed è evidente che non sarà tutelato quel comportamento tenuto dall'impresa dominante privo di *senso oggettivo*,

---

nécessite la mise en place et le respect de règles qui en assurent l'harmonie. La diversité et la disparité des situations respectives des différents acteurs de cette vie économique font peser un risque d'abus de certains, plus puissants, sur d'autres, plus faibles. C'est pour rechercher un certain équilibre des forces que les règles d'ordre public tendent à assurer la protection des sujets de droit, aussi bien dans les relations économiques de la vie quotidienne, que dans celles du travail et du monde des affaires" (p. 348).

non giustificabile sulla base delle necessità d'impresa economiche, industriali o tecniche, nell'ambito dei processi produttivi o distributivi, mirando ad appropriarsi del legittimo margine di profitto altrui. Vi è un giudizio teleologico da effettuare per comprendere se vi sia stato uno sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica, cioè se il titolare del diritto soggettivo utilizzi le facoltà ed i poteri insiti nello stesso "per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti". Il confine tra comportamento lecito e vietato passa per l'accertamento fattuale della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto e l'atto abusivo può considerarsi inefficace o comportare reazioni risarcitorie. Viceversa, se la condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra parte persegue un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, allora l'atto non sarà né privato della propria efficacia né comporterà conseguenze risarcitorie.

12. Ordine pubblico e analogia.

In un recente saggio Mario Barcellona ricorda che Ferri fu il primo a dedicare una monografia all'ordine pubblico confrontandosi con la novità costituzionale, ma lo critica nel momento in cui afferma che "(…) il proposito [di Ferri] era, piuttosto, quello di fronteggiare questo clima [di nuovo ordine promosso attraverso il compromesso costituzionale], elaborando una nozione di ordine pubblico che [ribadiva] quelle stesse direttive operative del passato, che erano, invece, maturate all'insegna del clamoroso tentativo di ignorare il *novum* che alla codificazione era immediatamente seguito".[437]

In primo luogo, una prima divergenza tra gli Autori sorge con riferimento al cd. ordine pubblico economico. Come si è sopra ricordato, Ferri ha sempre criticato la nozione di ordine pubblico economico, ritenendolo un insieme non armonico (ed anzi caotico) di interventi non riconducibili ad un disegno univoco, ricomprendendo queste norme nell'ordinamento pubblicistico dell'economia. Se è vero che Ferri – a

[437] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 940-941.

giudizio di Barcellona – seleziona i principi integranti l'ordine pubblico non solo dalla legislazione ordinaria ma anche dalla Costituzione, per Barcellona riduce, tuttavia, l'ordine pubblico a presidio dei principi liberisti tipici del codice civile napoleonico e di quello italiano post-unitario. Infatti, per Ferri, i valori caratterizzanti l'ordinamento giuridico sono la tutela e l'affermazione delle libertà civili, politiche ed economiche. È così che Barcellona spiega come mai nell'opera di Ferri l'ordine pubblico continui ad avere una funzione conservatrice dei valori e principi fondamentali su cui si fonda il sistema dell'ordinamento giuridico.

In particolare, Barcellona ricorda poi il passaggio di Ferri inerente la connessione tra ordine pubblico e meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2, cod. civ. Se è vero che per Ferri, la meritevolezza degli interessi, nel codice del 1942, avrebbe assolto ad una funzione non solo limitativa dell'autonomia (come nel primo comma dell'art. 1322 cod. civ.) ma anche propulsiva dell'interesse della nazione – lo si è ricordato – tuttavia, per l'Autore, l'abrogazione dell'ordine corporativo avrebbe comportato anche la restaurazione della sola funzione negativa dell'ordine pubblico, con una parificazione del giudizio di meritevolezza a quello di liceità, sì da aversi un ritorno al codice del 1865.

Dunque, per Barcellona, nell'opera di Ferri "la Costituzione non sarebbe andata molto più in là della Dichiarazione dei diritti, il sistema privatistico nel suo complesso non si sarebbe discostato dall'ordine liberale del *Code Napoléon* e tutto quello che era intervenuto nel frattempo, a parte la parentesi fascista, presenterebbe la veste di contingenza assoluta, della nuda politica, caotica e transitoria".[438]

Tuttavia, per Mario Barcellona "le cose non stavano proprio così" ritenendo questa dottrina di essere "conservatrice e contro-positiva, a difesa di un ordine liberal-liberista che da tempo non c'era più".[439] In particolare, nel saggio Barcellona sembra individuare, in chiave diacronica, due "ordini" che si sono susseguiti nel Dopoguerra: dapprima

[438] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 942.
[439] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 942.

il compromesso keynesiano ed il patto costituzionale (dal 1948 alla fine degli anni '70), successivamente il diritto neoliberale (a partire dagli anni '80).

All'indomani del momento costituente, nasce un nuovo ordine; tuttavia questo *nuovo ordine*, che Barcellona descrive dettagliatamente, sembra essere (colposamente) ignorato dalla dottrina, con la conseguenza che l'ordine pubblico non viene alimentato dai valori del nuovo ordine. Barcellona individua questo *nuovo ordine* nel grande compromesso keynesiano e nel patto costituzionale, che nasce nel dopoguerra, all'indomani della rottura del vecchio ordine liberale e del disordine ad essa seguito (crisi del '29, *New Deal*, totalitarismi, conflitto mondiale). Caratteristica del *nuovo ordine* è la reciproca garanzia tra proprietà e lavoro. L'iniziativa economica privata è libera ma può essere programmaticamente affiancata dalla produzione pubblica di beni e servizi, la proprietà è riconosciuta e garantita ma subisce la limitazione della funzione sociale, il mercato può essere corretto dalla ratio politica. In questi termini, Barcellona vede un superamento del principio tipico del liberalismo della separazione tra politica ed economia ed anzi è completamente ribaltato dalla cornice costituzionale. L'obiettivo della de-mercantilizzazione delle produzioni strategiche e della de-economicizzazione dei servizi primari viene raggiunto tramite imprese pubbliche, finanziamenti statali, contrattazione collettiva, prelievo fiscale. Il ribaltamento della separazione di economia e politica "innova l'ordine sociale e transita attraverso la modificazione del modo d'essere del sistema giuridico e delle sue forme e il mutamento della stessa costituzione dello Stato".[440] Per Barcellona la caratteristica del nuovo ordine sociale, del compromesso keynesiano non è la sostituzione dell'ordine generale e astratto del tempo liberale, ma l'aggiunta a questo ordine generale di "altri regimi retti da diversi principi (non più meramente mercantili)". La modalità è quella di scorporare dall'originario corpo unitario del codice civile "ambiti parziali di relazioni" (ad es., il sotto-sistema delle locazioni abitative e degli affitti dei fondi rustici, il sistema dei prezzi amministrati, lo statuto dei lavoratori, ecc.). Nascono, dunque, una serie di "sotto-sistemi giuridici",

[440] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 944.

con l'introduzione, accanto al diritto eguale codicistico di un diritto diseguale, parti del quale sono soggetti socialmente connotati (ad es., inquilini, lavoratori, ecc.). Questo nuovo ordine, che si basa su un diritto diseguale (e che si affianca all'ordine tradizionale) si contraddistingue per essere un ordine "ridistributivo/perequativo dell'economia mista [e che] reintroduce sistematicamente la politica per correggere e supplire il mercato".[441] Questo nuovo ordine investe lo stesso Stato che non è più solo ordinamento giuridico (garante dell'ordine formale della proprietà privata e del libero scambio) ma assume molteplici vesti (Stato assistenziale, Stato imprenditore, Stato finanziatore, Stato laburista, ecc.). Così, accanto alla vecchia struttura gerarchica deduttiva sono sostituite una pluralità di *rationes* che "riflette un ordine sistemico, dove ragione economica e ragioni politiche disarticolano la complessità sociale dislocandone le parti in sottosistemi giuridici distinti, ciascuno retto da logiche ridistributive speciali e tutti governati dalla compatibilità intersistemica".[442] Tuttavia, per Mario Barcellona questo nuovo ed ulteriore ordine, che si affiancava a quello classico, non venne utilizzato dalla dottrina per "alimentare" la nozione di ordine pubblico. Questo perché, sempre ad avviso di Barcellona, vi era una convinzione ideologica: quella per cui la libertà contrattuale costituisse la regola e le limitazioni ad esse – pur se sempre più crescenti – costituissero l'eccezione sì che, per questa contingenza non potevano "transitare" nell'ordine pubblico. Tuttavia, per Barcellona lo schema regola / eccezione era inapplicabile ad un sistema, costituzionalmente, positivamente e sistematicamente composito. Per l'Autore, proprio questo sistema composito "avrebbe dovuto far prospettare solo un'articolazione ed un funzionamento asimmetrici dell'ordine pubblico misurati sulla distinzione fra «relazioni tra eguali» e «relazioni tra diseguali»".[443] Uno dei pochi a capire questo sistema composito fu, ad avviso di Barcellona, Pietro Trimarchi che appunto distinse l'ordine pubblico politico, quello economico di protezione e quello economico di struttura e di direzione economica. Di questo nuovo ordine (pubblico) Barcellona non trova traccia nelle sentenze che vanno dal 1976 al 2016: da

441 M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 945.
442 M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 945-946.
443 M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 947.

un lato l'Autore spiega questo fenomeno con la concorrenza che all'ordine pubblico viene fatta dalle norme imperative (peraltro introdotte sempre in numero crescente dal legislatore), dalla frode alla legge, dall'illiceità del motivo e dell'oggetto, dalla meritevolezza, dall'assenza di causa, dal buon costume inteso alla tedesca come *Rechtsmoral*; dall'altro dalla riluttanza da parte della giurisprudenza a configurare un ordine indisponibile da parte dei privati (soprattutto in materia economica). In questi termini, Barcellona critica anche Rodolfo Sacco quando affermò che l'ordine pubblico ed il buon costume sono servitori di principi capaci di sfidare il tempo.

Successivamente, negli anni '80, allo Stato sociale si sostituisce il *diritto neoliberale* con un'attenzione particolare all'informazione e alla trasparenza. In questo nuovo diritto, il soggetto eguale appare un "soggetto scomposto" in una moltitudine di figure ma che non devono essere confusi con i soggetti diseguali novecenteschi perché non si riferiscono più a condizioni materiali di esistenza (ad. es. il lavoratore), l'unitario contraente è frammentato in coppie contrattuali (come professionisti e consumatori). Dunque: la nuova scomposizione "mima l'organizzazione sottosistemica di prima ma non ne assume la specifica logica".[444] Il nuovo tempo è caratterizzato dal ripristino della logica liberale con l'introduzione di norme negative, la liberalizzazione globale e la *Grundnorm* "liberi di scegliere" e che introduce un nuovo principio di ordine in cui la politica si congeda dallo Stato e dalla società. Per Barcellona in questo tempo all'ordine si sostituisce la contingenza, con equilibri provvisori e instabili: "non più il vecchio sistema sistematico delle sostanze (direbbe Aristotele) disposte in gerarchie concettuali, non più il successivo sistema sistemico delle funzioni (alla Luhmann) articolate secondo logiche molteplici, ma un insieme fluttuante di fattori molteplici, percorsi da connessioni agite dalla contingenza e tenuti insieme dalla rete senza centro e senza fini".[445] In questo tempo, è difficile concepire lo stesso ordine (che dovrebbe essere ascritto ad un soggetto pubblico forte), sì che l'ordine pubblico viene rimesso alla "creatività

[444] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 952.
[445] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 953.

interpretativa che si accredita ai giudici",[446] accorciando la sua distanza del buon costume e viene sostantivizzato. Così, la concretizzazione dell'ordine pubblico passa dalla coscienza del giudice che deve dare voce alle "scelte di valore inscritte nella Carta costituzionale", con il contestuale passaggio dalla concezione delle clausole generali come norme di rinvio a quella di norme di direttiva. Così "l'ordine pubblico si darebbe come un concetto sostantivo, la sua sostantivizzazione finirebbe, però, per evaporare in una clausola generale latrice di direttive altrettanto generali, che si dovrebbero attingere o direttamente interrogando(si) (sul)la coscienza sociale o per il tramite di un'altra clausola generale, quella dell'art. 2 Cost., e, nell'un caso e nell'altro, si consegnerebbe all'*ars inveniendi* del giudice, un'*ars inveniendi*, però, cui ora è dato di ignorare i confini dell'ordinamento per attingere da qualcosa che, in un modo o nell'altro, lo oltrepassa".[447] Il diritto neoliberale è, per Barcellona, specchio dell'individualismo, l'ordine sociale e giuridico diviene un "ordine individuale autoreferenziale", un ordine al servizio della persona e delle sue "inesauribili proiezioni esistenziali", che tramite l'art 2 Cost. attribuisce all'individuo nuovi diritti. Tuttavia, deregolamentazioni e liberalizzazioni dissolvono l'ordine pubblico di protezione e di struttura.

Barcellona critica, tuttavia, la sostantivizzazione dell'ordine pubblico che deriva dall'aver erroneamente ritenuto per lungo tempo l'ordine pubblico concetto "misterioso e insolubile". Per Barcellona l'ordine pubblico non è mai stato "misterioso e insolubile". La dottrina da sempre ripete che l'ordine pubblico *assolve alla medesima funzione conservativa di un ordine già dato*, che andava dunque compreso "in una cifra assolutamente positiva, entro i confini delle norme proibitive e dei principi imperativi che facevano da base all'ordinamento dello Stato".[448] In tutto questo tempo l'ordine pubblico non è mai stato un concetto, intendendosi per tali i *Substanzbegriffe*, cioè "forme linguistiche di una sostanza che descrivono idee del diritto e del suo rapporto col mondo" che tollerano solo la domanda che cosa è e una risposta che illustri il contenuto in termini di essenze. E da qui si è detto che indica criterio di

[446] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 953.
[447] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 954.
[448] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 956.

valutazione dell'agire negoziale rinvenendo una definizione o clausola generale recante un rinvio.

Per Barcellona, tuttavia, "l'ordine pubblico, fin dalla sua origine, non è mai stato chiamato a designare una sostanza, bensì ad assolvere solo ad una funzione". È in questi termini che per Barcellona l'ordine pubblico "non è un concetto ma, piuttosto, un dispositivo (…), un congegno deputato (…) ad un'operazione ermeneutica volta a conservare estendendo".[449] Si dica subito che Barcellona collega il funzionamento dell'ordine pubblico all'analogia (*legis* e *iuris*). Avendo esso una natura strumentale, accetta due interrogativi: a) *a cosa serve*; b) *come funziona*.

In relazione alla *prima questione*, al *che cosa serve*, alla funzione svolta dall'ordine pubblico,[450] riferendosi alla metafora della pompa idraulica, per Barcellona "l'ordine pubblico serve ad attingere le virtualità regolative ricomprese nel bacino dell'ordinamento giuridico ed a rilanciarle con più forza sì da spingerle là dove esse non riuscirebbero a giungere ordinariamente". In altri termini, "l'ordine pubblico attinge tutta la carica di indisponibilità ai poteri privati di autonomia presenti nel sistema giuridico e [la espande] orizzontalmente oltre gli ambiti per i quali è stata espressamente prescritta fin dove ne ricorrano le ragioni. Serve (…) a far dire illecita quell'attività negoziale che, pur non incappando nella violazione di espresse norme imperative, tuttavia contrasta con i principi regolativi che da esse si possono ricavare o che sono impliciti nella razionalità generale che l'ordinamento esibisce e nei presidi che essa necessariamente implica in un dato momento della sua storia". Si tenga presente che Barcellona ritiene ben distinti l'ordine pubblico interno e l'ordine pubblico internazionale. Se, punto di riferimento del primo, è il "bacino dell'ordinamento giuridico" e l'ordine pubblico svolge la funzione di "pompa idraulica", onde espandere le "virtualità regolative" ricomprese all'interno del bacino, punto di riferimento del secondo è sì il bacino dell'ordinamento ma qui la funzione che l'ordine pubblico è chiamato a svolgere è quella di "diga", di "filtro [agli] apporti che al bacino dell'ordinamento nazionale vorrebbero venire

[449] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 957.
[450] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 957-961.

da altri ordinamenti".[451] L'Autore ritiene ancora che le attuali reinterpretazioni dell'ordine pubblico allontanino lo stesso dalla sua tradizionale funzione: se nell'intenzione del legislatore l'ordine pubblico (interno) è appunto un congegno deputato ad *irradiare il suo ordine* ed allargare la rete del suo sistema, colonizzando il relativo ambiente, oggi viene allo stesso assegnato il compito opposto, cioè quello di agevolare l'invasione del sistema giuridico ad opera dell'esterno. Colonizzazione che avviene, per Barcellona, in due casi: a) da un lato quando tramite l'ordine pubblico si importano dall'esterno (dalla coscienza sociale, così come interpretata dal giudice) nuovi valori; b) dall'altro quando si spostano all'esterno (assegnando tali compiti al giudice e non al legislatore) la gerarchizzazione ed il bilanciamento dei valori. Questa reinterpretazione dell'ordine pubblico viene criticata da Barcellona perché nel momento in cui l'ordine pubblico viene visto come clausola generale tramite la quale la coscienza sociale fa ingresso nell'ordine giuridico (o si produce casisticamente un nuovo rapporto gerarchico fra taluni principi e le tecniche di bilanciamento fra diritti equivalenti) si pongono "il giudice al posto della legge, le aule giudiziarie al posto del parlamento e la giurisdizione al posto dello Stato".[452]

Con riferimento alla *seconda questione*, al *come funziona* l'ordine pubblico, Barcellona partendo dal presupposto che l'ordine pubblico trae l'area del precluso da un principio che attribuisce o regola un principio indisponibile, estendendo il divieto legale a negozi che pur non ricadendo nel divieto ne evocano le ragioni, ritiene che occorra esplorare il tema delle *lacune* e dei metodi per la loro soluzione, cioè l'*analogia*.[453] Scrive l'Autore: "Le une [cioè le lacune] e l'altra [cioè l'analogia], quindi, bisogna interrogare, per quanto qui è strettamente necessario, onde mostrare come funziona l'ordine pubblico".[454] Barcellona parte dall'idea che l'ordinamento è un insieme di principi, di *rationes*, ognuno dei quali ha una "pretesa di conformazione" che si estende ad interi ambiti problematici e che, potenzialmente, può entrare in collisione con altri

[451] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 957, nota 63.
[452] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 961.
[453] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 961-978.
[454] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 961.

principi: onde evitare questo, *confinazione* e *gerarchizzazione* costituiscono le due tecniche che consentono la convivenza di una pluralità di principi, anche antagonisti, all'interno di un sistema giuridico. Se con la confinazione, il campo problematico comune ai principi rivali viene sottoposto ad un processo di differenziazione, con la gerarchizzazione, all'interno dello stesso campo problematico, sono introdotte determinazioni che regolano la prevalenza dell'uno, piuttosto che dell'altro principio.

Ciascuna norma dell'ordinamento è espressione di un principio ma se è vero, come detto, che il principio è tendenzialmente incondizionato, nella norma il principio si presenta *condizionato*: il condizionamento viene operato dalla *fattispecie* che determina le condizioni di applicazione di un principio, distinguendo il suo campo di applicazione. Da qui il problema delle lacune. Quando le lacune – Mario Barcellona distingue tra quelle originarie e quelle evolutive – investono una norma o un principio proibitivo e queste hanno qualcosa a che vedere con l'esercizio di un potere di autonomia, si apre lo spettro per l'operatività del dispositivo dell'ordine pubblico. Per colmare le lacune, l'ordinamento predispone le cd. *tecniche analogiche di completamento del sistema giuridico*: l'analogia rileva l'esistenza delle lacune e vi pone rimedio. Allo stesso modo opera l'ordine pubblico, estendendo le sanzioni del diritto indisponibile fin dove le sue previsioni espresse non riescono a giungere.

La fattispecie è costruita attraverso operazioni di confinamento e gerarchizzazione, attraverso una tecnica sommativa che mette insieme una serie di elementi che compongono un tipo di fatto, facendo dipendere l'applicazione del principio regolativo racchiuso nella fattispecie (e della relativa sanzione ivi prevista) se il caso concreto racchiude in sé tutti gli elementi della fattispecie. La lacuna dipende – ricorda Barcellona – proprio dalla tecnica sommativa tipica della fattispecie e dalla formulazione dei suoi elementi che sono dipesi dall'occasione e dal luogo in cui il legislatore ha percepito il problema. La fattispecie è *più* degli elementi che la compongono e della loro stessa somma ed è a questo *di più* che attinge l'analogia. La fattispecie è metafora del mondo, non è una fotografia di uno spezzone di complessità ma è una cernita intenzionata

dei fatti e dei caratteri con cui la complessità si presenta al legislatore, spingendo quest'ultimo a determinare gli elementi della fattispecie che meglio descrivono la complessità. La fattispecie ridescrive, dunque, la realtà, costituendo veicolo di un principio regolativo: non descrive lo spezzone di complessità ma lo rappresenta e lo ridescrive muovendo da una misura che consiste nel modo in cui il legislatore guarda ed ordina la società. Individuato il problema in quel determinato spezzone di complessità, il legislatore adotta un principio regolativo per risolvere il problema e comporre il conflitto e stabilisce una sanzione per assicurarne l'operatività. Esempio di come operi questo processo è dato scorgere nel legislatore dei mercati finanziari che si ritrova con una *complessità* rappresentata dalla delusione dei risparmiatori per i prodotti finanziari acquistati. Il legislatore considera la complessità secondo la misura generale che è propria di oggi e che assume come il mercato non sia un mero regolatore delle relazioni economiche. Così matura una *veduta* sulla delusione dei risparmiatori e che risolve in uno specifico tipo di *problema*, cioè quello della mancata informazione al risparmiatore che impedisce di governare efficientemente l'incontro tra domanda ed offerta, individuando poi la soluzione per comporre il conflitto nel principio regolativo che impone di superare lo scarto informativo subito dai risparmiatori. In questi termini costruisce le norme, ritaglia le fattispecie affinché intercettino la complessità e vi riconnette un rimedio che gli pare appropriato, cioè quello dell'imposizione degli obblighi informativi da parte degli intermediari e di sanzioni in caso di violazione degli stessi. Non è detto, tuttavia, che tutti gli inconvenienti subiti dai risparmiatori dipendono dalla assenza di obblighi informativi o che quest'ultimi siano in grado di porre rimedio alla situazione del risparmiatore, essendo immaginabili anche altri principi regolativi e dunque altri rimedi.

Per Mario Barcellona la fattispecie non prevede solo una serie di elementi ma *incorpora* una *proporzione* che concerne il rapporto tra il *tipo di fatto* che essa descrive ed il *senso* che scaturisce dallo specifico trattamento che gli riserva (cioè dal principio regolativo che il legislatore prevede per quella fattispecie). Ogni fattispecie incorpora *due referenze*: la referenza *descrittiva* che concerne le cose e gli elementi come i fatti, i comportamenti, i ruoli, ecc. e la referenza *ridescrittiva* che concerne la

proporzione delle cose indicate dalla fattispecie con una misura, premessa necessaria della veduta e del tipo di problema.

Con l'analogia *si afferma una eguaglianza dove prima si vedeva una diversità*, mettendo in opera il senso in esso latente consentendo l'emergenza di un principio regolativo, chiamato a colmare la lacuna, recato da una norma che non contemplerebbe il caso non regolato e l'asservimento del principio antagonistico che, in mancanza di analogia, regolerebbe in modo inappropriato il caso. Per Barcellona *è proprio il processo analogico a mettere in movimento l'ordine pubblico* conferendo a norme e principi imperativi la spinta necessaria a raggiungere ambiti che la fattispecie non coprirebbe.

Così Barcellona studia l'ordine pubblico tanto con riferimento all'analogia *legis* quanto con riferimento a quella *iuris*.

Con l'analogia *legis*, l'analogia opera attraverso procedimenti astrattivi volti a ricercare la *ratio legis*. In seguito al raffronto tra il caso concreto e la fattispecie imperativa, viene appurato che quest'ultima non riesce a disciplinare il caso, evidente dimostrazione di un insuccesso dell'ordinamento. La norma viene allora riconsiderata proporzionalmente onde attingere il senso latente della stessa. Si ridescrivono poi gli elementi della fattispecie imperativa sostituendo le sue componenti con altre più astratte, i fatti lì previsti con altri più ampi. Si raffronta, infine, il caso concreto con la norma riscritta e nel caso in cui la sussunzione sia possibile, allora si può dire che il negozio è contrario con l'ordine pubblico. Barcellona riporta un esempio di come tale procedimento sia stato di recente operato da una sentenza della Suprema Corte nel 2019:[455] si tratta della sentenza n. 18680 del 2019 che ha dichiarato la nullità del patto con cui il debitore abbia trasferito al creditore la proprietà di un suo immobile sottoponendo risolutivamente il trasferimento all'esatto adempimento. Se è vero che l'art. 1963 cod. civ. vieta il patto commissorio sospensivamente condizionato, il senso latente individuabile nella norma è quello di scoraggiare il trasferimento della ricchezza immobiliare in condizioni di dipendenza, sì che la sentenza ha

[455] Cass., 11 luglio 2019, n. 18680, in *Foro it.*, 2019, voce Vendita, n. 43.

ritenuto che il trasferimento risolutivamente condizionato all'adempimento *equivalga* ad un obbligo di trasferire sospensivamente condizionato all'inadempimento. L'ordine pubblico, attraverso il procedimento analogico, "garantisce che le determinazioni imperative dell'ordinamento giungano fin dove giungono le sue «intenzioni» indisponibili per i privati".[456]

Con l'analogia *juris* essa opera attraverso procedimenti dove sull'astrazione prevalgono l'induzione o la deduzione e la successiva concretizzazione. Si ricorre all'analogia *juris* quando i negozi e le clausole non sono riconducibili ai termini della descrizione della norma imperativa e del suo senso latente ma i suddetti negozi possono sembrare incompatibili con le indicazioni recate da una molteplicità di norme o con principi regolativi che dispongono in positivo, pur senza essere legati ad una fattispecie determinata. Barcellona ricorda come sia necessario partire da un senso latente recato da una pluralità di norme, comunemente definito come il c.d. *senso latente diffuso*. Quest'ultimo deve comunque essere sottoposto ad un processo di concretizzazione, dovendo essere ridotto ad uno schema di fatto generale, costruito in modo che selezioni i casi in cui ricorre tale senso ed escluda quelli in cui si dia un altro senso. Con riferimento all'ordine pubblico, significa che occorre dare "un senso latente proibitivo ricavabile per induzione da una pluralità di norme imperative e che lo si possa articolare in una corrispondente fattispecie generale proibitiva adeguatamente selettiva".[457] Anche con riferimento all'analogia *juris* Barcellona riporta una sentenza della Suprema Corte del 1974[458] in cui è chiaro questo procedimento e dove dichiarò contrario all'ordine pubblico il contratto con il quale un lavoratore si obbligava a rinunciare al proprio posto di lavoro in favore dell'altro contraente dietro il pagamento di un corrispettivo. La Cassazione ragionò così. Non esistendo una norma che vietasse il patto consistente nello scambio tra una somma di denaro ed un posto di lavoro, l'illiceità del patto poteva discendere solo dalla contrarietà dello stesso all'ordine pubblico. Riconobbe l'esistenza di un

[456] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 971.
[457] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 972.
[458] Cass., 15 febbraio 1974, n. 2959.

principio generale di ordine pubblico di non mercanteggiabilità del posto di lavoro che trovava (e trova) fondamento in tutte quelle norme, costituenti un proprio sistema normativo, che stabilivano l'eguaglianza sostanziale di trattamento dei lavoratori. Da tale sistema la Corte trasse un generale divieto di pattuizioni che, trovando il substrato economico in condizioni del mercato del lavoro sfavorevoli al lavoratore e facendo leva sulla debolezza socio-economica di questi, venivano a porsi in contrasto con il sistema regolante il mercato del lavoro per tutelare e garantire la posizione del lavoratore occupato e la possibilità di accesso del disoccupato. Ritenne, dunque, che esistesse un generale divieto per quegli di atti di autonomia privata volti ad attuare o a consentirne il conferimento del lavoro dietro un compenso. Chiosa Barcellona che: "meglio di così non si può spiegare l'estrazione per induzione da una molteplicità di norme di un principio inderogabile di tutela, la determinazione di quel che, alla luce del tipo di problema posto dal caso da decidere, vi contrasta e la formulazione della regola imperativa che, per mezzo di questo procedimento e dell'ordine pubblico che lo sollecita, viene chiamata a giudicare della illiceità del negozio".[459]

Il negozio può poi essere contrario ad un senso latente che non si rintraccia estrapolandolo da una pluralità di disposizioni *ma che si trova in una norma che fissa un principio indisponibile non riferito ad uno schema di fatto*. Ciò avviene, per Barcellona, con i principi previsti in molte disposizioni costituzionali. Tali norme attribuiscono prerogative e diritti che, per consentire il ragionamento analogico, devono essere sottoposte ad un procedimento deduttivo, discendente. Dal loro contenuto attributivo l'interprete può dedurre il suo opposto, determinando gli schemi di fatto che possono far sì che laddove il negozio si ponga in contrasto con il suddetto schema, il negozio stesso diventa contrario con l'ordine pubblico. Anche per quest'ipotesi, Mario Barcellona ricorda una decisione della Suprema Corte del 1984[460] che dichiarò nullo, per

[459] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 974.

[460] Cass., 28 marzo 1984, n. 2052, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1540 ss. con nota di BUONCRISTIANO,. La sentenza è così massimata: "È nulla la clausola del bando di concorso per l'assunzione (nella specie: dell'Enel) che attribuisca una

contrarietà con l'ordine pubblico, un bando d'assunzione di un'impresa (l'Enel) che attribuiva un punteggio aggiuntivo per quei candidati che fossero residenti nel comune in cui l'impresa aveva uno stabilimento. La sentenza contrappose al potere di autonomia privata, il principio di ordine pubblico ex artt. 16 e 120 Cost. anche se nessuno dei due disciplinava il rapporto di lavoro o poneva limiti alla libertà negoziale dell'imprenditore. Infatti, l'art. 16 Cost. disciplinava (e ancora disciplina) la libertà di soggiorno e circolazione, così come l'art. 120 Cost. faceva (e ancora fa) divieto alle Regioni di limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, il loro impiego, il loro lavoro prescritto.[461] Se è vero che quest'ultima norma si riferisce alle Regioni e non ai privati, "la Corte [intravide] una determinazione dell'art. 16 che, interpellandolo dal punto di vista del tipo di problema proposto dal caso non contemplato, perm[etteva] di dedurne un «senso latente», che, applicando il paradigma sopra illustrato, [poteva] descrittivamente tradur[si] in una regola generale imperativa, a tenore della quale «non è consentito limitare l'accesso al lavoro in ragione della residenza del lavoratore»".[462] Venne così ritenuta contraria all'ordine pubblico quella determinazione negoziale che privilegiava su base territoriale alcuni lavoratori rispetto ad altri. Vero è che scelte del genere – ricorda sempre Barcellona – implicano gerarchizzazioni ma egli puntualizza che queste non costituiscono creazioni arbitrarie dell'interprete essendo proiezioni dell'ordinamento: la prevalenza della

---

preferenza nell'assunzione ai candidati residenti nei comuni dove sono situati i posti da ricoprire".

[461] La sentenza (ed il commento di Barcellona) fanno riferimento alla vecchia versione dell'art. 120 Cost., prima della riforma del Titolo V (2001). Si leggeva, nel testo originario, al secondo e terzo comma, che: "[La Regione] non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni. [La Regione] non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro". In seguito alla riforma del titolo V, l'art. 120 Cost., stabilisce in maniera del tutto analoga che: "La Regione non può (…) adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale".

[462] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 975.

libertà di residenza (ed il suo senso latente) tratto dagli artt. 16 e 120 Cost. prevale sul potere di autonomia poiché questo è sancito nell'art. 41 Cost. per cui la libertà d'iniziativa è libera ma non si può svolgere in contrasto con la libertà e la dignità. Per lo studioso "ricorrono le condizioni per mettere in opera il dispositivo dell'ordine pubblico tutte le volte in cui un atto di esercizio del potere di autonomia ecceda la fattispecie di una norma imperativa e tuttavia esibisce la «proporzione», il senso latente recato da essa o da un anche implicito principio proibitivo".[463]

Barcellona, dunque, riconnette il funzionamento dell'ordine pubblico al procedimento analogico. Tuttavia egli ricorda come "continu[i] a leggere che l'ordine pubblico concerne i principi fondamentali dell'ordinamento, le sue strutture essenziali e che solo il contrasto con essi fa colpire di nullità un atto di autonomia o una clausola negoziale".[464] Questa tesi si spiegherebbe col fatto che, per dare un contenuto positivo all'ordine pubblico, andrebbe connesso con i principi generali ex art. 12 disp. prel. cod. civ. "immagina[ndo l'ordine pubblico] come una sorta di scrigno ove sarebbero conservati solo i più preziosi e misteriosi gioielli della corona".[465] Così facendo, per Barcellona, una tale interpretazione impedisce di comprendere l'ordine pubblico in ragione dello specifico tipo di problema analogico e questo costante collegamento tra ordine pubblico e principi generali operato dalla dottrina maggioritaria dipenderebbe dall'ideologia, presente in molti Autori volta a frenare il procedimento analogico. Per Barcellona l'ordine pubblico ha dunque un *funzionamento intrinsecamente analogico* e l'unico limite al suo funzionamento è il medesimo che l'art. 14 disp. prel. cod. civ. pone all'analogia: il carattere eccezionale di una norma.

---

[463] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 976.

[464] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 976. Barcellona riporta, così, quanto scrive Cesare Massimo Bianca. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. 3, Il contratto*, III ed., Milano, 2019, p. 575-576: "L'ordine pubblico indica i principi basilari del nostro sistema sociale. Larga parte di tali principi trova espressione nella Carta costituzionale. In particolare, rientra nell'ordine pubblico il rispetto dei diritti fondamentali della persona".

[465] M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, op. cit., p. 976.

L'eccezionalità per Barcellona, tuttavia, non può significare quello che ripetono in molti, cioè che l'autonomia privata è la regola e le limitazioni ad essa costituiscono eccezioni. Tale criterio può funzionare in un sistema liberale, ma non certo oggi poiché la stessa opera di gerarchizzazione e di complementarizzazione dei principi dimostra come l'ordinamento è un tessuto di regole, deroghe, contro-deroghe. Barcellona ricorda anche come la giurisprudenza abbia bypassato il dettato dell'art. 14 disp. prel. facendo leva sulla distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Per Barcellona, tuttavia, il disposto dell'art. 14 disp. prel. è ben interpretato dal Trimarchi che lo spiega non già in chiave di logica formale ma di valutazione politico-giuridica, distinguendo tra *regole di struttura* e *regole di congiuntura*.

Per Barcellona le leggi congiunturali sono contingenti e variabili ma non esauriscono l'ambito della *ratio* del divieto di analogia che si estende anche a strutture stabili del sistema normativo, insuscettibili di analogia anche in mancanza del disposto dell'art. 14 disp. prel. L'art. 14 (il divieto di analogia) "incorpora una *ratio sistemica*, che ricomprende l'arco che va dalla non esportabilità delle regole proprie dei sottosistemi della legislazione speciale al sistema codicistico dei rapporti tra eguali alle ipotesi di tassatività delle condizioni di accesso ad un trattamento normativo". All'interno del divieto di analogia vi è quello che Barcellona definisce come "il diritto (dovere ex art. 3, comma 2, Cost.) del legislatore di essere «ragionevolmente» diseguale" e che segna il confine tra l'autonomia del sistema giuridico e l'autonomia della politica.

CAPITOLO III
L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra ordine pubblico interno ed internazionale. – 2. L'ordine pubblico internazionale come concetto di 'diritto interno'. – 3. La diversità funzionale e contenutistica tra ordine pubblico interno ed internazionale. – 4. L'ordine pubblico internazionale come limite concreto, successivo e negativo, con funzione assiologica e di controllo. – 5. L'ordine pubblico del caso concreto. – 6. L'ordine pubblico (internazionale) nel diritto di famiglia.

1. Il rapporto tra ordine pubblico interno ed internazionale.

L'indagine sull'ordine pubblico, già di per sé irta di difficoltà, si complica ancor più quando l'interprete sposti l'attenzione al di fuori del quarto libro del codice civile: l'ordine pubblico, infatti, si trova, come è noto anche altrove. Tra le principali distinzioni, c'è quella dunque tra ordine pubblico *interno* ed ordine pubblico *internazionale*. La dottrina (specialmente internazional-privatistica),[466] ritiene di poter distinguere dallo studio esegetico dell'art. 1343 cod. civ. e dell'art. 31 disp. prel. cod. civ. (oggi abrogato) due concetti. In Italia, l'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale,

[466] A. RAPISARDI MIRABELLI, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale: saggio critico*, Catania, 1908, *passim*; G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi: l'ordine pubblico internazionale*, op. cit., *passim*; ID., voce *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, op. cit., *passim*; M. CIACALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, Torino, 1974, *passim*; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto*, op. cit., *passim*; N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., *passim*.

cod. civ. 1865 rappresentò la prima norma di diritto internazionale privato che richiamava l'ordine pubblico (o meglio le leggi concernenti l'ordine pubblico) quale limite all'applicazione della legge o degli istituti stranieri. Ad essa si sono ispirate molte delle codificazioni successive. La stessa Germania che, come detto, non conosce l'ordine pubblico, già nell'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* considerò (art. 30) lo *Zweck* delle leggi tedesche un limite all'applicazione della legge straniera.[467] Nel codice civile del 1942 la disposizione venne riproposta nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. richiamando così la nota distinzione. In realtà, secondo parte della dottrina, nell'art. 31, cod. civ. 1942 sarebbero state ricomprese sia una disposizione di diritto sostanziale interno sia una disposizione di diritto internazionale. In particolare, il riferimento alle "private convenzioni" nell'art. 31 riguarderebbe l'ordine pubblico interno; quello alle "leggi e agli atti di uno Stato estero, agli ordinamenti e agli atti di qualunque istituzione o ente" riguarderebbe l'ordine pubblico internazionale. Tale distinzione non sarebbe limitata al rapporto tra art. 1343 cod. civ. (riguardante l'ordine pubblico interno) e l'art. 31 disp. prel. cod. civ. (riguardante l'ordine pubblico internazionale) perché anche all'interno dello stesso art. 31 sarebbero presenti entrambe le nozioni.[468] Le 'private disposizioni' farebbero riferimento all'ordine

---

[467] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 28.

[468] Parzialmente diversa è la posizione di Nicola Palaia. Dopo aver ricostruito anche la vicenda culturale che ha portato alla distinzione tra le due nozioni, Palaia opera una critica alla tesi che ravvisa nell'art. 31 disp. prel. cod. civ. sia una disposizione di diritto sostanziale interno che una disposizione di diritto internazionale privato. Per Palaia, infatti, l'art. 31 disp. prel. conterrebbe solo una disposizione di diritto internazionale privato, nel senso che il riferimento alle "private disposizioni" – da cui, parte della dottrina, vi ravvisa l'ordine pubblico interno – concernerebbe atti di autonomia privata formati all'estero. In questo senso, cfr. N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 133. Per l'Autore il non aver fatto riferimento al termine "contratto" ma, più genericamente, alle "private disposizioni" mirava a ricomprendere nell'ambito applicativo dell'articolo tutti quegli atti di autonomia stipulabili all'estero anche con un *nomen iuris* diverso dal contratto. Palaia menziona poi una serie di argomenti che confermerebbero la sua tesi. Primo fra tutti, l'argomento di carattere interpretativo-sistematico, stante l'*incipit* dell'articolo "*Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti*". Le disposizioni precedenti all'art. 31 riguardano

pubblico interno; mentre le leggi, gli atti di uno Stato estero farebbero riferimento all'ordine pubblico internazionale. Si tratta di una distinzione, che pur messa in dubbio da altra parte della dottrina, è presente nelle motivazioni delle più recenti sentenze della Suprema Corte chiamate ad affrontare fattispecie (ancorché eticamente rilevanti), la cui legittimità non è in discussione nei Paesi in cui esse sono poste in essere, ma che potrebbero stridere con il nostro ordinamento e, dunque, con l'ordine pubblico.

Come è noto, infatti, l'art. 31 – oggi abrogato dalla legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995[469] – stabiliva che "*Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume*". L'ordine pubblico è stato dunque considerato come un limite all'ingresso nel nostro ordinamento di valori esterni. Una simile norma di diritto internazionale privato, non prevista dal codice napoleonico, venne originariamente introdotta in Italia nell'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale.[470] Si è già

---

disposizioni di diritto internazionale privato, cioè che riguardano fatti e rapporti giuridici che presentino un elemento di estraneità, e dunque estranei alla *lex fori*. Secondo argomento è quello del regime giuridico, perché l'art. 31 disp. prel. discorre di inefficacia (e non di nullità come nell'art. 1418 cod. civ. in materia di causa illecita), così da poter ritenere che l'art. 31 intenda riferirsi a contratti ed atti validamente formatisi all'estero. Peraltro, per il Palaia, la nozione di ordine pubblico è unitaria la nozione di ordine pubblico, da collegare ai principi generali. Cfr. N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 159 ss. Sul contratto alieno, cfr. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, II ed., Torino, 2010, *passim*.

[469] Infatti, l'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218 recante *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, ha previsto l'abrogazione espressa dell'art. 31 disp. prel. cod. civ.

[470] Si riporta il testo dell'art. 12: "Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume".

ricordato che fu proprio l'art. 12 (che discorreva di leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume e non, genericamente, di ordine pubblico, come l'art. 1122 cod. civ. 1865) a costituire un solido argomento nella ricostruzione di Ferri per superare la tesi di Ferrara *senior*, secondo il quale l'ordine pubblico doveva sempre risultare dalla legge.[471] Ad ogni buon conto, con la sistemazione nel 1942 della materia, Ferri ritenne non solo che si era superata l'equivalenza ordine pubblico – legge ma che l'art. 31 conteneva una disposizione di diritto internazionale privato mentre l'art. 1343 cod. civ. poneva una disposizione di diritto interno.

La riforma del diritto internazionale privato del 1995 ha, da un lato, abrogato l'art. 31 disp. prel. cod. civ. e, dall'altro, introdotto una serie di disposizioni concernenti l'ordine pubblico (internazionale). Così per l'art. 16, comma 1, la legge straniera "*non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*";[472] mentre per l'art. 64 la sentenza straniera è riconosciuta in Italia, senza la necessità di ricorrere ad alcun procedimento, quando "*le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico*" (lett. g). Infine, per l'art. 65 i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità, hanno effetto in Italia se pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della legge di riforma di diritto internazionale privato o se producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, "*purché non siano contrari all'ordine pubblico* e siano stati rispettati i *diritti essenziali della difesa*".

---

471 Si è visto, infatti, che mentre l'art. 1122 cod. civ. 1865 parlava di ordine pubblico senza menzionare la legge, l'art. 12 parlava di legge riguardanti l'ordine pubblico. Fu questo un argomento utilizzato da Ferri per criticare la tesi che l'ordine pubblico dovesse *necessariamente* risultare dalla legge. Cfr. G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, op. cit., p. 1046.

472 Nel caso in cui gli effetti della legge straniera sono contrari all'ordine pubblico, il secondo comma stabilisce che si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento previsti per la medesima ipotesi normativa e, in mancanza, si applica la legge italiana.

Nelle norme, dunque, non viene fatto riferimento all'aggettivo interno o internazionale (una costruzione squisitamente dottrinale e giurisprudenziale) ma proprio l'applicazione dell'una o dell'altra nozione di ordine pubblico fatta nella giurisprudenza costituisce una traccia privilegiata per indagare la teoria delle fonti del diritto, la mobilità tra gli ordinamenti ed il rapporto tra pulsioni identitarie e globaliste.[473] L'ordine pubblico internazionale è una costruzione della dottrina che risponde alla esigenza, storicamente avvertita, di evitare che valori giuridici stranieri, incompatibili con le concezioni e le idee ispiratrici dell'ordinamento nel quale dovrebbero essere riconosciuti, possano trovare efficacia.

2. L'ordine pubblico internazionale come concetto di 'diritto interno'.

È opportuna una precisazione: a dispetto dell'aggettivo *internazionale*, tale ordine pubblico, così come quello *interno*, sono concetti di '*diritto interno*'. Già negli anni '70 Nicola Palaia scriveva che l'ordine pubblico, tanto interno che internazionale, è un concetto di 'diritto interno', sottolineando come, nel secondo caso, di ordine pubblico internazionale, sarebbe preferibile, riprendendo un'espressione di Emilio Betti discorrere di *ordine pubblico di rilevanza internazionale*.[474] Con l'espressione di ordine pubblico internazionale, infatti, non si intende fare riferimento al diritto della comunità internazionale che costituisce, invece, l'ordine pubblico *in materia internazionale*.[475] Secondo Palaia, anche laddove l'ordine pubblico protegga valori che appaiono *prima facie* di portata universale (ad es., la libertà dell'individuo, la dignità, l'eguaglianza, ecc.) si deve parlare di ordine pubblico internazionale solo

---

[473] Cfr. P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss.; G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione Giustizia on-line,* 2019, p. 1 ss.

[474] E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, *passim* (ma in part. p. 281 ss.).

[475] N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 15 ss.

ed in quanto quei valori entrano a far parte dei principi fondamentali della comunità statale a cui attiene.[476] In questi termini, l'ordine pubblico internazionale disegna il contrario di ciò che sembra richiamare e cioè disegna "l'insieme dei principi fondamentali di un ordinamento interno, quei principi cioè ai quali lo Stato non può o non crede assolutamente di poter rinunziare"[477] sì che la denominazione internazionale è utilizzata poiché tale ordine pubblico opera in quella specifica branca del diritto interno che è il sistema di diritto internazionale privato. Se è vero così, che alcune sentenze ed alcuni Autori, anche di recente, tendono a spostare l'ordine pubblico internazionale al di fuori dell'ordinamento, nei valori condivisi dalla comunità internazionale, la larga parte della dottrina è concorde nel ritenere che l'ordine pubblico internazionale sia comunque un concetto di diritto interno.[478] In modo chiaro, scrive Vincenzo Barba che l'aggettivo internazionale "non può consentire di collocare questa clausola generale nell'ambito del diritto internazionale" e che "l'ordine pubblico internazionale è un concetto di diritto interno, proprio di ogni singolo Stato o, più esattamente, di ogni singolo sistema ordinamentale, in guisa che il concetto di ordine pubblico internazionale nel diritto italo-

---

[476] N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 17 ss.: "Il concetto di ordine pubblico non cessa di avere carattere esclusivamente interno neppure quando in esso la funzione di tutelare gli interessi fondamentali dell'ordinamento nazionale appare meno evidente in quanto oggetto di protezione siano alcuni valori che possono essere considerati di rilievo universale; tali sono, ad esempio, i principi della libertà individuale, della dignità e della eguaglianza sociale e in genere tutti gli altri diritti della persona umana che sono comuni a tutti gli Stati che hanno raggiunto un livello evoluto di civiltà. (…) anche in questi casi l'ordine pubblico interviene esclusivamente per la tutela di esigenze di diritto interno".

[477] N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 15.

[478] Nella dottrina pubblicistica più recente, deve essere segnalata la posizione di chi distingue tra un ordine pubblico nel diritto statale, nel diritto internazionale e nel diritto europeo che hanno comunque la funzione di tutelare i valori fondamentali cui si ispira l'ordinamento statale. In questo senso, cfr. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale*, op. cit., p. 25 ss. Si veda altresì la dottrina internazional-privatistica più recente che si confronta con la questione di un ordine pubblico comunitario, cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 353 ss. In particolare, l'Autrice ritiene che l'ordine pubblico del diritto dell'Unione europea prevalga su quello interno.

europeo è diverso da quello del diritto franco-europeo, o del diritto americano, o del diritto cubano, senza possibilità che si possa dare un ordine pubblico internazionale comune per tutti gli Stati, o agli Stati di una certa area geografica, o agli Stati di una certa cultura".[479] Più recentemente, Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra ribadiscono che: "(…) quando si discorre di ordine pubblico *nel diritto internazionale privato* si fa solitamente riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale come concetto squisitamente interno, il quale si compone dei principî fondamentali dell'ordinamento di volta in volta rilevanti (alla luce delle circostanze storiche e del caso concreto), la cui applicazione è considerata dall'ordinamento essenziale in ogni rapporti giuridico al punto da far cedere la volontà di apertura dell'ordinamento stesso al riconoscimento degli effetti di leggi e atti stranieri (nonché la comunemente avvertita necessità di favorire gli scambi internazionali)".[480] Si deve dunque affermare che l'ordine pubblico internazionale riguarda il diritto interno. È così che parte della dottrina (ad esempio Vincenzo Barba), ritiene ancora esistente (ed utile) la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, escludendo la perfetta coincidenza tra i due concetti.

In questi termini, si ripete che l'ordine pubblico internazionale non deve essere confuso con l'ordine pubblico *veramente* internazionale o *transnazionale*, concetti questi ben descritti da Perlingieri e Zarra.[481] I due Autori mettono in luce come la stessa nozione di ordine pubblico transnazionale non abbia una definizione generalmente condivisa perché da alcuni è visto come l'insieme dei principi propri del commercio internazionale rispettati in tale ambito tra gli operatori di diversa nazionalità e la cui applicazione è ritenuta necessaria ed obbligatoria. Per altri, invece, il concetto è da collocarsi nelle fonti del diritto internazionale pubblico di carattere generale, identificandosi nelle norme di *jus cogens*, costituenti cioè il pilastro del diritto internazionale privato (si pensi, ad esempio, al divieto di violazione dei diritti umani) e nei principi comuni alla stragrande maggioranza degli ordinamenti interni che vengono

[479] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 421.
[480] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 82.
[481] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 78 ss.

riconosciuti ed applicati nel diritto internazionale pubblico, facendo leva sull'art. 38, par. 1, lett. c), Statuto della Corte Internazionale di Giustizia che elenca le fonti del diritto internazionale pubblico che la Corte può utilizzare per applicare il diritto. Per gli stessi Autori, entrambe le concezioni non hanno nulla a che vedere con la nozione di ordine pubblico internazionale: da un lato, infatti, i principi del commercio internazionale non hanno valore normativo non essendo espressione di alcun sistema normativo, dall'altro, i principi espressi dal diritto internazionale privato entrano nei singoli ordinamenti interni tramite meccanismi di adattamento sì che tali principi, se essenziali e rappresentativi dell'identità costituzionale del singolo Stato, vengono applicati come parte dell'ordine pubblico internazionale quale concetto puramente *domestico*. Si legge, infatti, che: "quando si discorre di ordine pubblico nel diritto internazionale privato si fa solitamente riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale come concetto squisitamente interno, il quale si compone dei principi fondamentali dell'ordinamento di volta in volta rilevanti (alla luce delle circostanze storiche e del caso concreto), la cui applicazione è considerata dall'ordinamento essenziale in ogni rapporto giuridico al punto da far cedere la volontà di apertura dell'ordinamento stesso al riconoscimento degli effetti di leggi e atti stranieri (nonché la comunemente avvertita necessità di favorire gli scambi internazionali)".[482]

L'ordine pubblico internazionale è dunque un concetto di diritto interno anche se è evidente che l'interprete deve necessariamente tenere in considerazione l'evoluzione del sistema delle fonti, contraddistinta oggi da una maggiore apertura verso l'esterno dell'ordinamento italiano, consentita da un'effettiva attuazione degli artt. 10 ed 11 Cost. e con dal nuovo art. 117, comma 1, Cost. Da qui la rilevanza del diritto dell'Unione e delle altre fonti internazionali e convenzionali (es. CEDU). Non occorre però cadere nell'equivoco che l'interprete sia oggi al cospetto di molteplici ordinamenti paralleli perché il sistema ordinamentale è *unitario* e spetta alla sapienza dell'interprete sviscerarne la complessità.[483]

---

[482] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, cit., p. 82.

[483] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 414: "Occorre assumere consapevolezza che la complessità dell'ordinamento, la cui unità è affidata alla

Proprio perché l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno e l'ordinamento è sì complesso ma unitario, Vincenzo Barba manifesta dissenso con quelle sentenze che, seppur condivisibili nella parte in cui richiamano i principi contenuti nelle convenzioni e nelle dichiarazioni universali, ritengono di poter "restringere la nozione di ordine pubblico a principi non peculiari del nostro ordinamento, ma generalmente condivisi nella comunità delle genti, allo scopo di sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia all'eccessiva indeterminatezza sia al legame con ordinamenti singoli, consentendo di rinvenirne i parametri di conformità in principi corrispondenti ad esigenze comuni ai diversi ordinamenti statali". Seguendo tale argomentazione l'ordine pubblico internazionale si "scioglie[rebbe] dai singoli ordinamenti nazionali [legandosi] ad un presunto diritto internazionale, o, addirittura, a una sorta di diritto comune sovranazionale condiviso" con la conseguenza di "frangere l'unità del nostro sistema ordinamentale".[484]

3. La diversità funzionale e contenutistica tra ordine pubblico interno ed internazionale.

Possono riscontrarsi due diversità tra ordine pubblico interno ed internazionale. In primo luogo, la *diversità funzionale* perché l'ordine pubblico interno costituisce un limite all'autonomia privata e l'eventuale contrasto di un negozio con questo comporta la nullità dello stesso. L'ordine pubblico internazionale, invece, è un limite all'applicazione della legge e degli atti stranieri ed il contrasto con esso comporta la non applicazione della legge o dell'istituto straniero in Italia (ma non la

sapienza e responsabilità dell'interprete, suggerisce di continuare a far riferimento a norme di diritto internazionale, o di diritto europeo, soltanto allo scopo di ricordarne la fonte di provenienza, ma non certo al fine di istituire una contrapposizione o giustapposizione di quelle rispetto alle norme di fonte statale, dacché le une e le altre, nella loro articolazione, costituiscono il nostro sistema ordinamentale, senza possibilità che si possano, tra loro, separare".

[484] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 413.

nullità). In secondo luogo, la *diversità contenutistica* perché l'ordine pubblico internazionale ha un contenuto (o forse, per essere più precisi, un'estensione) *più ristretta* rispetto all'ordine pubblico interno perché altrimenti, ove i due concetti coincidessero e si ritenesse il primo quale complesso delle norme imperative che fungono da limite alla autonomia privata, la legge (o l'istituto) straniero non troverebbe mai applicazione se non quando identica a quella del foro. In questi termini, è scontato come parte della dottrina di diritto internazionale privato ritenga che mentre l'ordine pubblico internazionale costituisca un'eccezione, l'ordine pubblico interno non possa essere considerata tale.[485] Per descrivere metaforicamente il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, Barba ricorre all'immagine dei cerchi concentrici nel senso che quest'ultimo è un cerchio concentrico di contenuto più limitato (dal punto di vista dei principi da esso contenuti) rispetto all'ordine pubblico interno. La prova sarebbe, ad esempio, la disciplina del divieto del patto commissorio e della tutela dei legittimari: principi, questi, che fanno certamente parte ed integrano la nozione di ordine pubblico interno ma non anche di quello internazionale: in questi termini potrebbe avere efficacia in Italia una legge richiamata dalle norme di conflitto che consideri valido il patto commissorio o non tuteli i legittimari.[486] Sempre riportata da Barba un'altra dottrina ritiene invece un errore considerare la nozione di ordine pubblico internazionale più ristretta di quella di ordine pubblico interno,[487] ritenendo invece che in entrambe le ipotesi, vuoi quando

---

[485] G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 84: "(…) il campo d'azione dell'ordine pubblico internazionale è di gran lunga più ristretto di quello dell'ordine pubblico interno. Il primo ha un carattere eccezionale; esso costituisce propriamente in limite: un limite al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato. L'ordine pubblico interno, invece, domina tutto il vasto campo sottratto all'autonomia privata. Esso non ha nulla di eccezione in quanto non fa che dichiarare la normale inidoneità della volontà privata a derogare alle norme giuridiche".

[486] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 415, nota 41.

[487] Una diversa ricostruzione si trova in V. PUTORTÍ, *Il divieto dei patti successori alla luce del regolamento UE 650/2012*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 845 ss. Da un lato, Putortì ritiene che l'ordine pubblico internazionale costituisca clausola generale che si compone dei principi fondamentali dello Stato nazionale in cui l'atto è destinato a trovare applicazione, dall'altro non

quello costituisce limite all'efficacia vuoi quando esso rappresenta limite alla validità si pone in modo unitario, riferendosi ai principi che lo Stato nazionale (in cui l'atto trova attuazione) ritiene fondamentali sì che in questi termini si possa parlare di unitarietà della nozione di ordine pubblico. Per la verità, già Ferri, pur non occupandosi specificatamente dell'ordine pubblico internazionale, nella monografia del 1970, scriveva che dall'analisi esegetica dell'art. 31, disp. prel. cod. civ. e dell'art. 1343 cod. civ. poteva desumersi che l'atto formato all'estero, per essere riconosciuto in Italia, non dovesse contrastare con l'ordine pubblico e con il buon costume – cioè con lo spirito del sistema – ma poteva essere riconosciuto anche laddove si fosse posto in contrasto con le norme imperative del foro, non essendo queste richiamate nell'art. 31. In questi termini, per il riconoscimento di una sentenza (o di un atto) formato all'estero era necessario e sufficiente che questo non si ponesse in contrasto con i principi essenziali dell'ordinamento ("i fondamentali principi che lo ispirano").[488]

Con riferimento all'ordine pubblico internazionale, la verifica della compatibilità con questo deve riguardare *l'applicazione concreta* della legge o istituto straniero astrattamente richiamabile. In questi termini, a seconda del caso concreto, potrebbe accadere che talvolta la legge straniera richiamata venga considerata contraria all'ordine pubblico internazionale ed altre volte, invece, si possa raggiungere un giudizio di piena compatibilità tra legge straniera ed ordinamento interno. Ha scritto Vincenzo Barba che l'ordine pubblico internazionale è «*uno strumento*

---

ritiene che l'ordine pubblico internazionale abbia un contenuto più limitato rispetto all'ordine pubblico interno poiché le nozioni si atteggiano in modo unitario. Sembra richiamarsi a N. PALAIA, *L'ordine pubblico*, op. cit., p. 160.

[488] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 134: "(…) quando si tratta di attribuire efficacia a leggi, sentenze o convenzioni regolarmente formatesi all'estero (…) l'ordinamento può ritenere sufficiente che il contratto non urti con i fondamentali principi che lo ispirano, pur se non risultino rispettate le norme, anche cogenti, che sono espressamente poste con riferimento ad esso, nel diritto interno".

d'interpretazione, che serve a individuare l'ordinamento del caso concreto»[489] e che occorre cioè analizzare la compatibilità della norma al caso concreto.

Da un punto di vista contenutistico, l'ordine pubblico internazionale non si compone di *tutti* i principi ma *solo* di quelli *fondamentali*, espressi nei principi costituzionali, nelle convenzioni internazionali e nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati.[490] Sintetizza Barba che tali principi "*sono quelli che caratterizzano l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento, rispondendo all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo e tali che una loro lesione si tradurrebbe in uno stravolgimento dei valori fondanti*".[491] Così, partendo dalla distinzione tra principî inderogabili e principî fondamentali, l'Autore ritiene che l'ordine pubblico internazionale si componga dei soli secondi. Se per lui il richiamo a questi principî fondamentali è condivisibile, egli paventa tuttavia il rischio (da lui scorto in taluni passaggi motivazionali di recenti sentenze) che questi principî fondamentali contenuti in importanti atti normativi quali convenzioni internazionali e dichiarazioni universali costituenti l'ordine pubblico internazionale, potrebbero concretizzare i contenuti della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale non tanto in quanto norme del sistema ordinamentale interno quanto di un altro diverso e autonomo ordinamento internazionale comune a una pluralità di Stati. Da qui si comprende, allora, come per Barba l'ordine pubblico internazionale costituisca un

---

[489] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 410.

[490] Cass., 10 marzo 1995, n. 2788, in *Famiglia e diritto*, 1995, p. 338 ss., con commento di R. CLERICI. La sentenza è così massimata: "Il regime di imprescrittibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità, stabilito dall'art. 270 cod. civ., non costituisce emanazione di un principio fondamentale di ordine pubblico internazionale, ai sensi degli art. 17 e 31 disp. prel. cod. civ., essendo stato introdotto nell'ordinamento in forza di una scelta politica legislativa volta ad eliminare ogni differenza tra l'accertamento giudiziale della maternità e l'accertamento della paternità; ne consegue che la legge straniera (nella specie, quella francese), la quale sottoponga l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità all'osservanza di un termine (nella specie, biennale) del raggiungimento della maggiore età, non è contraria all'ordine pubblico internazionale".

[491] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 411.

concetto di diritto interno, non potendo condividersi la tesi di chi ritiene di restringere l'ordine pubblico a tal punto da identificarlo in principî non peculiari dell'ordinamento interno ma condivisi dalla comunità delle genti. Sempre per Barba, seguendo una tale pericolosa deriva, si arriverebbe a «scioglier[e l'ordine pubblico] dai singoli ordinamenti nazionali e legar[lo] a quello di un presunto diritto internazionale o, addirittura, a una sorta di diritto comune sovranazionale condiviso».[492] In buona sostanza, si andrebbe a equiparare l'ordine pubblico internazionale con l'ordine pubblico *veramente* internazionale con alcune conseguenze, quali "frangere l'unità del nostro sistema ordinamentale", "trascurare che il nuovo sistema delle fonti, complesso e aperto, [imporrebbe] una nuova ermeneutica" e, infine, "spingere il concetto di ordine pubblico internazionale all'esterno del nostro ordinamento giuridico, come se si trattasse di un concetto di diritto internazionale e come se quest'ultimo costituisse un diritto autonomo, diverso e separato da quello dei singoli Stati nazionali".[493] Quale esempio di tale tendenza, cita una sentenza che ha ritenuto non integrare la nozione di ordine pubblico internazionale il principio del divieto di patto commissorio ex art. 2744 cod. civ. perché "esso non è conosciuto né vietato in una (sicuramente rilevante) parte dell'Unione Europea".[494] Una tale lettura contribuirebbe a spingere il concetto di ordine pubblico internazionale all'esterno del nostro ordinamento giuridico e questo sarebbe un errore. Scrive, infatti, che: "Avverso questa tendenza deve manifestarsi fermo e netto dissenso, perché essa manca di comprendere che la pluralità e la complessità delle fonti non scioglie il sistema in una pluralità di ordinamenti paralleli, ma solo impone di ricostruire l'ordinamento secondo una nuova ermeneutica".[495] Trattandosi, dunque, di un concetto di diritto interno, proprio di un singolo Stato, l'ordine pubblico internazionale nel diritto italo-europeo è diverso da quello franco-europeo (che non esclude che in un determinato momento storico siano

---

[492] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 413.

[493] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 413.

[494] Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, II, p. 681 ss. con commento di M. MARTINO, *Le Sezioni unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*.

[495] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 413.

uguali o simili) e non si può fare riferimento ad un ordine pubblico degli Stati di una certa cultura o di una certa area geografica, con la conseguenza che anche laddove alcuni principî siano comuni ad una pluralità di Stati nazionali, ciò non equivale a sostenere l'esistenza di un ordine pubblico internazionale sovranazionale comune a tali Stati.

Il punto centrale è dunque quello della corretta (ri)costruzione del sistema delle fonti, in un sistema complesso, con ribadita precisazione che la pluralità delle fonti non equivale a dire presenza di una pluralità di ordinamenti paralleli. L'ordinamento è sì *complesso* ma *unitario* nel senso che le norme provenienti da diversi ordinamenti costituiscono il sistema ordinamentale. Il criterio gerarchico pone spesso le norme di diritto internazionale privato o di diritto europeo in posizione preminente rispetto a quelle di fonte statale ma occorre rispettare l'identità costituzionale. È chiaro l'influsso del pensiero di Pietro Perlingieri sull'unitarietà dell'ordinamento quando sostiene che il problema del pluralismo degli ordinamenti è quello di "conciliare la pluralità delle fonti con l'unitarietà dell'ordinamento, nell'armonizzare le diverse fonti che concorrono a creare il regolamento del caso concreto".[496] In particolare Perlingieri avverte che "la moderna nozione di ordine pubblico *non si esaurisce in un limite negativo* ma è anche impegno positivo dello Stato all'attuazione dei principi fondamentali (democraticità, effettiva possibilità di partecipare alla vita delle comunità intermedie oltre che alla vita dello Stato, realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo". Per lui, l'art. 31 deve essere interpretato come *limite positivo* alla possibilità di regolamentazione o di autoregolamentazione. Così "l'atto di autonomia lesivo delle direttive costituzionali, contrastando con la nozione stessa di ordine pubblico, non è meritevole di tutela e non ha effetto nell'ordinamento dello Stato. L'atto non soltanto non deve contrastare con un concetto negativo di ordine pubblico ma deve altresì armonizzarsi con le scelte e i valori di fondo dell'ordinamento".[497] Sempre il nostro Autore ricorda che l'ordinamento,

---

[496] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 162.

[497] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 163: "Pertanto anche l'art. 31 delle disposizioni preliminari dev'essere interpretato nel senso che pone un limite positivo alla possibilità di regolamentazione o autoregolamentazione.

unitariamente e complessivamente considerato, si compone di norme diverse, i cui rapporti sono contraddistinti da una rigida gerarchia (all'apice si collocano le norme costituzionali, subito sotto le leggi ordinarie, che si devono armonizzare con la Costituzione pena la declaratoria di incostituzionalità, ancora più sotto le leggi regionali che si devono armonizzare vuoi con le leggi ordinarie, vuoi coi principi costituzionali). Si tratta della cd. *gerarchia delle fonti*, la cui armonizzazione esige da parte dell'interprete un impegno costante, continuo, in gran parte ancora da attuare. L'atto, infatti, deve essere valutato nel rispetto della gerarchia delle fonti (ma anche) dei valori sui quali si fonda l'ordinamento. Accanto alla gerarchia delle fonti, infatti, esiste una *gerarchia dei valori*, tanto che la stessa gerarchia delle fonti è ispirata ad una esigenza ideologica, che subordina la validità delle fonti normative alla rispondenza con la filosofia della vita presente nel modello costituzionale.

Tornando a Barba, egli ricorda alcune sentenze per le quali l'ordine pubblico internazionale sarebbe costituito dal complesso dei principi *fondamentali* caratterizzanti *l'ordinamento interno* in un *determinato periodo storico*, ispirati ad esigenze di *tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, *comuni a diversi ordinamenti* e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. Le norme previste nella legislazione europea o in dichiarazioni internazionali o universali *contribuiscono a formare il sistema ordinamentale italiano*. In questi termini, l'ordine pubblico internazionale è identificato nel complesso dei principi *fondamentali* dell'ordinamento interno volti a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo. Il riferimento è alla sentenza n. 19599 del 2016 della Suprema Corte, apprezzata da Barba, che ha riconosciuto non contrario all'ordine pubblico internazionale l'atto di nascita formato all'estero per il quale il nato era figlio di due donne che avevano ricorso ad una particolare forma di procreazione medicalmente assistita (e non di surrogazione di

---

L'atto di autonomia lesivo delle direttive costituzionali, contrastando con la nozione stessa di ordine pubblico, non è meritevole di tutela e non ha effetto nell'ordinamento dello Stato. L'atto non soltanto non deve contrastare con un concetto negativo di ordine pubblico ma deve altresì armonizzarsi con le scelte e i valori di fondo dell'ordinamento".

maternità):[498] da essa si evince che l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno. La critica riguarda invece la motivazione nella parte in cui la sentenza ritiene un diritto dell'Unione Europea separato dal diritto italiano. In conformità all'insegnamento perlingieriano, non esiste un ordinamento europeo distinto da quello italiano,[499] ma l'ordinamento è appunto complesso e si può parlare di ordinamento euro-unitario. Infatti, nella sentenza, come nota l'Autore, si ripete la massima per cui il legame tra ordinamento nazionale ed ordine pubblico internazionale è da intendersi limitato ai principi fondamentali

[498] Tale sentenza è invece criticata da Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra, considerandola espressione delle tendenze globalizzatrici che tendono a portare fuori dal diritto interno la nozione di ordine pubblico. Cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, op. cit., p. 64.

[499] In particolare, secondo Barba, l'idea del rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo come ordinamenti autonomi, coordinati e comunicanti, fatta propria anche dalla sentenza del 2016, può riferirsi al profilo dell'organizzazione ma non anche a quello della disciplina materiale. L'Autore ritiene, infatti, che la massima espressa dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., 30 marzo 1995, n. 94) per la quale il diritto europeo ed il diritto interno sono coordinati e comunicanti è vera solo in parte. Scrive V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 418-419: "Nello studio del c.d. diritto europeo, come in quello del c.d. diritto internazionale, occorre distinguere il profilo dell'organizzazione, che attiene al momento fondativo e al funzionamento del soggetto internazionale, nato dall'accordo sovranazionale, dal profilo della c.d. disciplina materiale, destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali. Rispetto al primo profili non v'ha dubbio che sia possibile discorrere di un diritto europeo o di un diritto internazionale come ordinamento autonomo e coordinato rispetto a quello dei singoli Stati, dacché si tratta del diritto che genera un soggetto internazionale, che viene dotato di proprî organi. In questo, però, si esaurisce l'autonomia del diritto europeo e del diritto internazionale rispetto al diritto dei singoli Stati nazionali. Rispetto, infatti, alla disciplina materiale, la quale è destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali, non ha senso parlare di un diritto internazionale o di un diritto europeo diverso, o parallelo, o giustapposto rispetto a quello nazionale, dacché regole e principi di diritto europeo e/o di diritto internazionale sono destinate ad applicarsi in ogni singolo Stato nazionale, in uno alle sue norme statali. Secondo quest'angolo di osservazione non esiste un diritto europeo diverso, contrapposto, giustapposto, o coordinato rispetto al diritto italiano; piuttosto esiste un diritto italo-europeo".

desumibili dalla Costituzione e, se compatibili con essa, dai Trattati Fondativi dell'Unione Europea e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per l'Autore questo passaggio motivazionale sembra far emergere, da un punto di vista concettuale, una netta separazione tra diritto europeo e diritto interno, tra diritto internazionale e diritto europeo non cogliendo appunto l'unitarietà dell'ordinamento perché il diritto europeo non è diverso ed autonomo rispetto al diritto interno.

4. L'ordine pubblico internazionale come limite concreto, successivo e negativo, con funzione assiologica e di controllo.

Per rimanere alla definizione di ordine pubblico merita segnalare quella di Vincenzo Barba secondo cui l'ordine pubblico internazionale è una *clausola generale* che opera come "*limite concreto successivo e negativo [con] funzione assiologica e di controllo*".[500] Nel suo pensiero, così come in quello di altri Autori, l'ordine pubblico viene considerato – lo si è detto – una clausola generale (e cioè quale frammento di una norma giuridica caratterizzata da una vaghezza intenzionale, il cui contenuto rinvia ad altre valutazioni). Sempre a suo avviso, l'ordine pubblico internazionale è connotato da *stretta positività*, nel senso che per la concretizzazione di questa (come delle altre clausole generali) occorre attingere esclusivamente al *sistema giuridico*, a contenuti normativi che si rintracciano nella cornice dei principi positivi. Si parla, per questo, di stretta giuridicità nella concretizzazione delle clausole generali:[501] i

[500] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 422-423.

[501] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 425 ss.: "In un sistema come il nostro (…) l'interprete (…) deve attingere, esclusivamente al sistema giuridico (…) al complesso dei principi che fondano il nostro ordinamento giuridico (…) che costituiscono l'unica garanzia di pluralismo e democraticità (…) confer[endo] alle clausole generali un significato normativo. (…) La clausola generale (…) in un sistema costituzionale di diritto non può che rinviare a contenuti normativi, ossia a contenuti da togliere nella cornice segnata dai principi. (…) l'attività di concretizzazione deve avvenire nel solo orizzonte tracciato dai principi di diritto e nella cornice segnata dai valori normativi, ossia di quelli assunti dall'ordinamento giuridico".

principi non devono essere presenti nella coscienza sociale ma devono essere recepiti nell'ordinamento (si parla, al riguardo, di principi normativi). L'ordine pubblico internazionale è anche caratterizzato da *relatività e storicità*.[502] Peraltro, essendo il concetto *storico* e *relativo*, ma fermamente ancorato ai principi normativi, il suo significato muta solamente con il mutare dei principi dell'ordinamento giuridico e non con il mutare della coscienza sociale o morale del popolo con l'eccezione dei cd. principi impliciti che consentono il mutare dei principi senza il mutare della legge. Barba fa proprio l'esempio del diritto di famiglia in cui alcuni principi considerati di ordine pubblico internazionale sono stati abbandonati e, viceversa, altri che non lo erano, sono diventati tali.[503] L'ordine pubblico internazionale opera, poi, come *limite successivo*, impedendo che possano produrre effetti nel nostro ordinamento giuridico leggi o atti stranieri nel senso che, in difetto di questo limite, la legge o l'atto straniero regolerebbero il caso.[504] Proprio attraverso l'ordine pubblico internazionale, l'astratta applicabilità della norma (o la riconoscibilità dell'atto straniero) non diventa *concreta* nel senso che il caso non viene regolato dalla legge straniera o l'atto straniero non viene riconosciuto in considerazione dell'eccezione di ordine pubblico. Ancora: è un *limite negativo*, nel senso che esso costituisce una condizione negativa di applicazione della legge straniera, o del riconoscimento di efficacia dell'atto straniero, che determina la non applicazione della legge straniera o del riconoscimento dell'atto straniero. Tuttavia, discorrere di limite negativo non equivale a sostenere che il *controllo del contenuto* sia negativo poiché l'ordine pubblico non ha oggi solamente una funzione negativa ma anche una funzione positiva, dovendo la legge (o l'atto di cui

---

[502] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 431: "(…) l'ordine pubblico internazionale è, inevitabilmente, denotato da stretta positività (…) [ed] esso è, perciò, denotato da relatività e storicità".

[503] Così, da un lato, il principio dell'indissolubilità del matrimonio, un tempo considerato principio di ordine pubblico internazionale, è venuto meno in seguito alle riforme del diritto di famiglia; dall'altro il principio di eguaglianza tra i coniugi, sancito dall'art. 29, comma 2, Cost. è divenuto principio di ordine pubblico internazionale. Cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 432.

[504] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 433.

si chiede il riconoscimento) non solo non porsi in contrasto con i diritti fondamentali, ma anche essere attuativo di questi.[505] Si tratta di un *controllo concreto*, nel senso che la conformità all'ordine pubblico internazionale non riguarda la norma straniera o l'atto straniero ma gli effetti concreti che deriverebbero, nel singolo caso, in ragione dell'applicazione della legge straniera. In questi termini, un atto straniero (ad esempio che riconosca la maternità surrogata, il ripudio, la poligamia) potrebbe, a seconda del caso concreto, ritenersi vuoi contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento, vuoi pienamente conforme ad essi. Così, l'eccezione di ordine pubblico verifica *la legalità dell'ordinamento del caso concreto*, avendo una *funzione assiologica e di controllo*,[506] nel senso che attraverso l'ordine pubblico occorre valutare, nel caso di applicazione della legge straniera o del riconoscimento dell'atto straniero, "se la disciplina del singolo caso concreto sia rispondente ai principi fondamentali ed irrinunziabili del nostro ordinamento o, più esattamente, ai principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana"[507] e, nel caso in cui l'ordinamento del caso concreto contrasti con i diritti fondamentali dell'uomo, occorre escludere l'applicazione della legge straniera o non riconoscere l'atto straniero. La verifica di conformità con l'ordine pubblico internazionale è "un controllo di legalità e conformità ai principi fondamentali e identificativi del sistema ordinamentale, al quale l'interprete non si sarebbe potuto sottrarre ove pure fosse mancata una disciplina in tal senso".[508] Barba ricorda la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale anche in sede applicativa: se il primo impedisce la valida formazione di un contratto (o di un atto) che è contrario ad un principio generale o fondamentale o che sia contrario a norma imperativa, il secondo, attraverso l'eccezione di ordine pubblico impedisce l'applicazione della legge straniera quand'essa determini una lesione o impedisca "l'attuazione dei principi irrinunziabili e identificativi del sistema ordinamentale. Tramite questa eccezione [di ordine pubblico internazionale] non si mira ad escludere l'applicazione di una legge

[505] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 434.
[506] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 437.
[507] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 437.
[508] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 438.

straniera quando si dia una qualunque contrarietà dell'ordinamento del caso concreto con una norma imperativa del nostro sistema, ma soltanto quando occorra una contrarietà a quei principi che, neppure la discrezionalità del nostro legislatore, ordinario o costituzionale, potrebbe modificare".[509] Si fa riferimento ai principi supremi che non possono essere modificati neppure da leggi di revisione costituzionale (come la forma repubblicana) e a quei principi che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana, tra cui i diritti inviolabili dell'uomo. In questi termini, le due eccezioni di ordine pubblico (interno ed internazionale) possono condurre a soluzioni diverse. In definitiva – e la giurisprudenza aderisce anche di recente alla posizione di Barba – "l'ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all'ordinamento del caso concreto derivante dall'applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, *massime*, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 cost.".[510]

5. L'ordine pubblico del caso concreto.

Con riferimento alla distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, deve essere ricordata ancora la recente monografia di Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra dal titolo "*Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*".[511] Oltre a ricostruire i rapporti tra ordine pubblico interno ed internazionale, essi propongono il percorso logico-argomentativo cui il giudice deve attenersi per

[509] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 438-439.

[510] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 446.

[511] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.

l'individuazione dell'ordine pubblico del caso concreto. Si tratta di un percorso che deve contraddistinguersi per l'utilizzo della *ragionevolezza*,[512] ormai non più prerogativa del solo giudice costituzionale.[513] Attraverso un originale studio pluridisciplinare, dal quale emergono le innumerevoli intersezioni tra diritto privato ed internazional-privato nell'ordine pubblico,[514] gli Autori mettono in evidenza come la materia sia permeata dal concorso di principi che pretendono, almeno astrattamente, di trovare applicazione nella regolazione del caso. Sono due i fattori ad essere centrali nella ricostruzione di Perlingieri e Zarra: da un lato, la rilevanza del *caso concreto* per la determinazione della contrarietà (o meno) di una istanza, pur se di origine straniera, all'ordine pubblico. In questi termini, non si può affermare che un atto è sempre contrario all'ordine pubblico perché lesivo di un principio ma l'indagine cui l'interprete è chiamato a fare deve avvenire sulla base della *ragionevolezza*, bilanciando principi ed interessi meritevoli di tutela e, proprio sulla base della situazione concreta, valutare quale deve trovare accoglimento. Dall'altro lato, la *unitarietà del sistema ordinamentale*, poiché nel momento applicativo del diritto concorrono regole e principi di origine diversa che devono essere bilanciati per trovare la soluzione del caso concreto, maggiormente conforme ai valori e alle regole che ispirano il sistema.[515] La monografia si articola in due parti: la prima, più teorica, dal titolo '*L'ordine pubblico tra unitarietà e bilanciamento*', la seconda, dedicata all'analisi casistica di singoli istituti, dal titolo '*Ordine pubblico e caso concreto*'. Nella visione di Perlingieri e Zarra l'ordine pubblico, lungi dall'avere un'esclusiva *funzione difensiva* assume una *funzione promozionale* poiché esso "non soltanto preclude l'ingresso nell'ordinamento delle situazioni giuridiche contrarie ai principi fondamentali, ma tutela e promuove tali principi al

[512] Sulla ragionevolezza nel diritto civile, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*.

[513] G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 10 ss.

[514] Questo si spiega anche dalla formazione accademica degli Autori: uno privatista e l'altro internazional-privatista.

[515] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 5 ss.

fine di assicurare la salvaguardia dei diritti e delle libertà della persona umana, come singolo e nelle formazioni sociali".[516]

Nel ricostruire il concetto di ordine pubblico ed il percorso logico-argomentativo che il giudice deve porre in essere per concretizzare la clausola generale dell'ordine pubblico e addivenire alla soluzione del caso concreto, gli Autori partono da due premesse per la determinazione della contrarietà (o meno) all'ordine pubblico della legge o dell'atto straniero con l'ordinamento interno, quali *la rilevanza del caso concreto* e *l'unitarietà del sistema ordinamentale*. Nel momento applicativo concorrono regole e principi che vanno bilanciati, secondo ragionevolezza, allo scopo di trovare la soluzione del caso concreto, ovvero *il miglior diritto possibile*. Gli Autori ritengono che il concetto di ordine pubblico sia *uno soltanto*,[517] ma che sia comunque utile mantenere la distinzione tra interno ed internazionale, con la precisazione che quando il caso presenta elementi di estraneità (è l'ipotesi dell'ordine pubblico internazionale) entrano in gioco ulteriori fattori che determinano una riduzione del campo

---

[516] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 5 ss. Scrive T. ROSSI, *I confini dell'ordine pubblico: la vicenda di un matrimonio* via skype, in G. PERLINGIERI – G. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Atti del Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Napoli, 2017, p. 466: "(…) l'ordine pubblico abbandona la sua consueta veste di limite, in chiave negativa, e assume un ruolo propulsivo e promozionale favorendo, in positivo, la armonizzazione o addirittura la unificazione della materia e, dunque la circolazione di modelli giuridici sperimentati all'estero proprio in un settore, quale il diritto di famiglia, che gli Stati hanno da sempre considerato di propria esclusiva competenza".

[517] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 56: "Dunque, il concetto di ordine pubblico è *uno soltanto*, ma, quando ci si trova in presenza di casi non riconducibili a situazioni prettamente domestiche, ulteriori fattori (che impongono di tenere in debito conto le esigenze dei sistemi di diritto straniero applicabili alla controversia) entrano in gioco, generando la necessità di bilanciare con essi i principi che compongono l'ordine pubblico, con una conseguente riduzione dello spettro d'azione di questa clausola generale. Il problema si risolverà, senza inutili concettualizzazioni, sempre e soltanto in un bilanciamento dei principi secondo ragionevolezza. Questa, infatti, è essenziale anche nell'interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali".

applicativo di questa clausola generale sì che occorre bilanciare i principi secondo ragionevolezza: momento fondamentale nell'interpretazione e concretizzazione delle clausole generali. In particolare, per Perlingieri e Zarra[518] riconoscere (o negare) efficacia in Italia ad una legge o ad un istituto straniero è un problema di *gerarchia di valori normativi e di bilanciamento tra regole e principi in concorso attraverso ragionevolezza*. Il bilanciamento deve tenere conto delle peculiarità del caso, delle limitazioni di sovranità derivanti dal diritto internazionale generale e dal diritto dell'Unione Europea, degli eventuali obblighi internazionali pattizi ex art. 117, comma 1, Cost., dei principi identificativi ed invalicabili del sistema giuridico italiano, del margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri nella attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e, infine, degli altri trattati internazionali riguardante i diritti dell'uomo.

I due Autori propongono poi la distinzione – già esposta da Giovanni Perlingieri[519] – tra *principi fondamentali* e *principi tecnici*.[520] I primi si risolvono nella massima attuazione di un valore, i secondi non hanno un carica valoriale indiscutibile (ed a volte non esprimono neppure un valore), rappresentando la costruzione derivante da opportunità pratica o dalla politica legislativa (come, ad esempio, il principio di relatività degli effetti del contratto, del consenso traslativo, della libertà della forma, ecc.). In questi termini, seppure il concetto di ordine pubblico sia sempre proprio del diritto interno, nel caso di ordine pubblico interno (e cioè di casi interamente "domestici") nella concretizzazione della clausola generale devono essere ricompresi non solo i principi

---

[518] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 57.

[519] G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, op. cit., p. 20.

[520] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, op. cit., p. 63: "Dunque, giova ripeterlo, la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale non è altro che la distinzione tra principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi e norme imperative pur conformi a Costituzione ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera)".

fondamentali ma anche quelli tecnici. Viceversa, per la concretizzazione dell'ordine pubblico internazionale (cioè casi che presentano uno o più elementi di estraneità) deve farsi riferimento *ai soli principi fondamentali*, espressivi di valori identificativi del nostro ordinamento, principi che appartengono all'essenza dei valori fondamentali. Tale distinzione sembra essere accolta dalle più recenti sentenze della Suprema Corte, come nella ordinanza di rimessione n. 8325 del 2020 che distingue tra un ordine pubblico costituzionale ed un ordine pubblico discrezionale.[521]

---

[521] Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, I, p. 1116 ss., con commento di V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2020, p. 1109 ss. Scrive la Corte che: "Invero, la stessa nozione di ordine pubblico recepita dalle Sezioni Unite [12193/2019], attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) passi necessariamente in secondo piano, secondo il principio ermeneutico di bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale). Invero, come è stato rilevato da autorevole dottrina, la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano". Per V. Calderai (p. 1116), tuttavia, "la distinzione tra ordine pubblico internazionale costituzionale e ordine pubblico internazionale discrezionale è spuria

L'ordine pubblico internazionale "si compone solamente di principi fondamentali espressivi di valori identificativi del nostro sistema giuridico e che costituiscono la forma repubblicana".[522] È interessante notare che nel pensiero di Perlingieri e Zarra assume centralità la distinzione tra *principi identificativi* e *principi non identificativi* dell'ordinamento per la definizione dell'ordine pubblico internazionale in quanto solamente i primi compongono tale clausola. Con la premessa che ogni sistema giuridico ha principi fondamentali irrinunciabili ed identificativi, sì che anche laddove venisse eliminato il concetto di ordine pubblico internazionale, si espungerebbe solamente il sintagma, un *nomen iuris* ma non anche i principi identificativi poiché essi sono latenti al sistema.[523] Ammesso dunque che l'ordine pubblico internazionale sia, da un lato concetto di diritto interno e, dall'altro, abbia una sua vocazione identitaria, i due Autori criticano la visione globalizzata dell'ordine pubblico (per la quale esso si comporrebbe di principi generalmente condivisi dalla comunità delle genti) fatta propria, ad esempio, dalla sentenza n. 19599 del 2016. Ciò perché, come ricorda lo stesso Giovanni Perlingieri in un editoriale (successivo alla pubblicazione della monografia) apparso sulla rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* quale commento alla sentenza a sezioni unite n. 12193 del 2019, l'ordine pubblico, interno ed internazionale "*non è una nozione in cerca di mera condivisibilità tra Paesi affini, bensì è un concetto unitario prettamente legato all'identità nazionale e culturale di un singolo Paese*".[524] Scrivendo questo, plaude alla nozione di ordine pubblico internazionale fatta propria da questa più recente sentenza, per la quale "l'ordine pubblico non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche [soprattutto] principi e valori esclusivamente propri [dell'ordinamento interno], purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili". La sentenza in questione sembra così porsi in continuità

(riproduce sotto altre spoglie la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale della quale le Sezioni unite hanno tenuto conto)".

[522] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 61-62.

[523] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 63, nota 99.

[524] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss. (in part., p. 338).

con un precedente – si trattava di una sentenza del 2017[525] in tema di danni punitivi –, ricordato dagli Autori nel volume sull'ordine pubblico, la cui lode è da essi tessuta[526] avendo la stessa posto "*un importante freno a tendenze eccessivamente globalizzatrici*"[527] nel momento in cui la sentenza stessa riconosce che per determinare il contenuto dell'ordine pubblico occorre sì prendere atto delle tutele approntate a livello sovranazionale (non essendo più possibile fare riferimento alle sole fonti di diritto interno), ma che esse devono comunque misurarsi "con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre sensoriali dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale". Per gli Autori, infatti, l'ordine pubblico "resta un concetto puramente nazionale, con una vocazione identitaria".[528] Pur prendendo atto che le fonti internazionali hanno un loro rilievo ai fini dell'individuazione di tale nozione, è necessario che l'ordinamento statale, in un certo momento storico, ne abbia recepito il contenuto, considerando altresì tali disposizioni di origine sovranazionale quali principi fondanti ed identificativi. In questi termini, la tesi si pone in continuità con quanto scriveva Nicola Palaia nel 1974 quando affermava, giova ripeterlo, che l'ordine pubblico protegge esigenze di portata universale *solo in quanto* riconosciuti come fondamentali ed irrinunziabili dall'ordinamento che li accoglie.[529] Gli Autori ricordano – sulla scorta della sentenza n. 49 del 2005 della Corte Costituzionale – che le decisioni della Corte EDU non sempre sono vincolanti per il nostro ordinamento e, in questi termini, non possono entrare a fare parte *sempre* della nozione di ordine pubblico internazionale. Lo stesso dicasi per quei principi riconosciuti in una Carta sovranazionale di diritti fondamentali e per quelli espressi da una corte internazionale. In altri termini, per gli Autori è indispensabile un "filtro dell'ordinamento interno"[530] al fine di riconoscere un principio, anche

[525] Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503 ss.

[526] Per gli Autori la sentenza offre "un'apprezzabile risistemazione della materia", cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 77.

[527] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 77.

[528] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 69.

[529] N. PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, op. cit., p. 17 ss.

[530] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 71.

espresso da una corte sovranazionale (come la corte EDU), di ordine pubblico. Gli Autori prendono atto della inevitabile discrezionalità – che non deve e non può però sfociare nell'arbitrio, stante il richiamo ai principi fondamentali dell'ordinamento positivo – che ha l'interprete nell'individuare l'ordine pubblico internazionale.[531] In questi termini, gli Autori ritengono che i diritti umani di origine sovranazionale (specialmente quelli contenuti nella Carta EDU) non svolgano la funzione di contro-limite rispetto all'ordine pubblico, sì che dal riconoscimento di un diritto all'interno della carta deriva l'automatico riconoscimento della legge o dell'atto straniero, poiché l'ordine pubblico del caso concreto è per gli Autori l'esito di un "costante bilanciamento" e, quindi, diviene superfluo fare riferimento al concetto stesso di contro-limite che, oltre ad essere "intrinsecamente lesivo della necessità di rispettare [e salvaguardare] l'identità nazionale",[532] presume una nozione statica di ordine pubblico, non soggetto a bilanciamento[533] che invece costituisce il pernio della teoria degli Autori.

È assai interessante, poi, la ricostruzione del percorso logico e decisionale che, secondo gli Autori, il giudice è chiamato a svolgere per individuare il cd. *ordine pubblico del caso concreto*. È il caso concreto, infatti, che deve illuminare l'ordine pubblico, onde addivenire alla soluzione migliore e più adeguata per quella specifica situazione, una soluzione che sia conforme alla Costituzione. L'ordine pubblico del caso concreto è, dunque, quell'ordine pubblico che trova applicazione quando il giudice è chiamato a decidere un caso concreto della vita reale. Esso si compone di due fasi: la prima necessaria; la seconda solamente eventuale. La prima è quella nella quale il giudice deve individuare l'eventuale rilevanza di uno o più principi di ordine pubblico che vengono in rilievo nella singola fattispecie (ad es., nella maternità surrogata, il principio di dignità della gestante); la seconda è meramente eventuale poiché il giudice perviene ad essa solo nel caso in cui la prima dia esito positivo. Infatti, laddove la prima fase desse esito negativo e, dunque, il giudice non individuasse alcun principio di ordine pubblico applicabile alla fattispecie, egli

[531] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 75.
[532] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 87-88.
[533] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 90.

applicherà la legge straniera o riconoscerà la decisione straniera. Viceversa, dove la prima fase dia esito positivo, la seconda diviene *necessaria* sì che il giudice, dopo aver individuato il principio di ordine pubblico che pretende regolare il caso, deve tornare sul caso, onde valutare altri principi e valori coinvolti (ad es., nella maternità surrogata, l'interesse del minore al mantenimento dello stato di figlio legittimamente acquistato all'estero). Individuati, nella seconda fase, questi ulteriori principi e valori, il giudice è chiamato ad operare un giudizio di bilanciamento, secondo ragionevolezza, per individuare, appunto l'ordine pubblico del caso concreto che viene definito come "*l'insieme di principi che, risultando da un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, offrirà la soluzione relativamente migliore per il contrasto tra le pretese di riconoscimento di istanze determinatesi all'estero e la protezione dei principi fondamentali del diritto interno*".[534] Per l'individuazione dell'ordine pubblico del caso concreto, è indispensabile ovviamente l'analisi di quest'ultimo.[535] Il giudice procede dunque, nella prima fase, all'analisi dell'intera normativa applicabile (costituzionale, sovranazionale e nazionale) che porta, con procedimento induttivo, all'individuazione dei principi che identificano la materia in un dato momento storico. I principi vengono poi rapportati con il caso concreto per essere bilanciati con altri principi fondamentali che sarebbero compressi ove si negasse il riconoscimento dell'atto o al provvedimento straniero (es. si pensi ai diritti della persona). Questo procedimento porta alla individuazione dell'ordine pubblico del caso concreto, che potrà portare anche al riconoscimento di situazioni formatesi all'estero potenzialmente incompatibili con il nostro ordinamento. Questo metodo di individuazione dell'ordine pubblico altro non è "*che un'applicazione del criterio di ragionevolezza*", che è utilizzato come tecnica per la soluzione del concorso tra principi. Proprio la ragionevolezza è "*il collante costante e necessario tra il caso concreto e il sistema giuridico di riferimento consentendo di scegliere tra più soluzioni possibili quella più conforme, più adeguata e più congrua agli interessi coinvolti e ai valori normativi presenti in un dato ordinamento*".

---

[534] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 85.

[535] L'importanza del caso concreto si ritrova in L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità*, op. cit., *passim* (ma in part., p. 383 ss.).

Perlingieri e Zarra ritengono che tra fattispecie interamente domestiche e fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità, la differenza stia nella *diversa intensità del bilanciamento*. La relatività dell'ordine pubblico, infatti, lungi dall'intendersi in relazione alla sola storicità ed alla geografia, riguarda anche la relatività del caso concreto sì che le fattispecie puramente interne rispetto a quelle che presentano elementi di estraneità "*richiedono all'interprete un bilanciamento di diversa intensità*".[536] Il contenuto dell'ordine pubblico si determina attraverso il riferimento diretto ai principi ed è per questo che "*può (...) autorizzare l'ingresso nell'ordinamento di situazioni giuridiche contrastanti con la legge ma astrattamente ammissibili (o meglio, non vietate) alla luce dei principi generali*".[537] Giova ripetere che la valutazione della contrarietà o della compatibilità deve essere fatta attraverso il *caso* nel senso che non deve essere *astrattamente* valutata la disposizione straniera ma occorre prendere in considerazione gli *effetti* che il riconoscimento della legge o dell'istituto straniero hanno nel caso concreto. Così, la disposizione astrattamente contraria all'ordine pubblico, può trovare applicazione perché *in concreto* non lede alcun principio fondamentale. La relatività dell'ordine pubblico può essere guardata sotto il profilo *geografico* (muta da un ordinamento all'altro a seconda dei principi fondamentali che identificano quel sistema giuridico), *storico* (i principi giuridici indentificativi o il modo di intenderli variano nel tempo). È eloquente il fatto che la Costituzione abbia comportato numerose modifiche.

Stante la critica che gli Autori muovono alla tesi dei diritti umani di origine sovranazionale quale contro-limite all'ordine pubblico. I principi ed i diritti di origine sovranazionale, infatti, "dovranno far parte del ragionamento condotto dal giudice secondo ragionevolezza al fine di determinare il contenuto dell'ordine pubblico del caso concreto (il quale risulterà modellato alla luce delle esigenze di salvaguardia dei diritti di volta in volta in gioco)".[538]

---

[536] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 87.
[537] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 43.
[538] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 89.

Gli Autori escludono che l'ordine pubblico possa costituire un principio (per tale intendendosi una norma di particolare importanza dalla quale emerge il senso complessivo di un ambito della vita e del diritto, o una costante di una pluralità di norme), ritenendolo bensì una *clausola generale*, componendosi esso di principi e regole che ne sono espressione.[539] Secondo Perlingieri e Zarra, l'ordine pubblico ha *valenza normativa*. Così l'ordine pubblico è "*una nozione storica e relativa, a contenuto variabile, che si riempie – a seconda delle circostanze del caso concreto – soprattutto di quei principi dell'ordinamento di volta in volta rilevati e inviolabili*".[540] Gli Autori aderiscono alla tesi che individua nella clausola generale un "*frammento vago di una disposizione dalla quale si deve ancóra ricavare un significato applicabile e, soltanto dopo aver risolto tale problema, la norma si può dire individuata*". La 'vaghezza' comporta che le clausole generali non hanno un significato proprio, necessitando di una "*integrazione valutativa*" e la concretizzazione della clausola generale spetta al giudice partendo dall'analisi del caso concreto. La normatività della clausola generale, implica che la concretizzazione di queste avvenga non già attraverso il rinvio alla coscienza collettiva o singola o alla valutazione sociale, ma al complesso dei principi che fondano l'ordinamento giuridico: tale ricostruzione è garanzia di pluralismo e democraticità. L'ordine pubblico, si afferma, è nozione *storica e relativa*, a contenuto variabile, che si riempie a seconda delle circostanze del caso concreto, dei principi dell'ordinamento che sono rilevanti. Se l'atto di autonomia ovvero la normativa straniera si pone in contrasto con i principi concretizzati nella clausola generale, la conseguenza è la invalidità o la improduttività di effetti nell'ordinamento interno.

Nella visione perlingieriana, la clausola generale costituisce un richiamo ai principi generali dell'ordinamento, anche perché ogni fattispecie, disposizione o frammento di disposizione "*va riletto sempre, nel momento applicativo, alla luce del sistema ordinamentale vigente e dei suoi principi*" e, a maggior ragione, nel caso dei frammenti di disposizione linguisticamente incerti la integrazione diventa irrinunciabile. Se è vero che l'interpretazione di regole e principi presuppone la considerazione di

[539] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 28-29.
[540] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 30-31.

aspetti culturali, sociali, economici, la soluzione giuridica non può non fare riferimento al dato normativo, e, in questi termini, per Perlingieri, se il diritto non può prescindere da valutazioni equitative, dall'altro lato la determinazione della clausola generale non può prescindere in tutto dal dato positivo. Insomma, nella ricerca del contenuto dell'ordine pubblico l'interprete deve fare riferimento ai dati normativi. Peraltro, i principi, specialmente quelli costituzionali, sono la formalizzazione normativa dei valori, cioè della eticità di una determinata società e l'interprete deve fare riferimento proprio ai principi per determinare le modalità operative delle clausole generali come l'ordine pubblico. Se, poi, con riferimento ad un singolo caso concreto, i principi che possono trovare applicazione sono molteplici, occorre un bilanciamento tra principi per determinare la regola da applicare nel caso concreto. In questi termini, il contenuto della clausola generale è dunque il portato di un processo di bilanciamento. Ed è proprio nei principi fondamentali dell'ordinamento il luogo dove trovare gli strumenti per riempire di contenuto la clausola generale.

È per questo che "*tutte le clausole generali devono essere applicate secondo ragionevolezza e, quindi, secondo i principi generali del sistema ordinamentale vigente*".[541] Vi è dunque un legame tra le clausole generali ed i principi generali dell'ordinamento. In particolare, gli Autori ricordano che i principi costituzionali non necessitano di clausole generali per avere valenza decisoria, potendo l'interprete avvalersi del procedimento argomentativo dell'applicazione diretta (cd. *Drittwirkung*). L'adeguamento delle clausole generali ai principi dell'ordinamento interno ed internazionale è auspicabile per evitare che l'utilizzo delle clausole generali, slegato dai principi dell'ordinamento, possa trasformarsi nella realizzazione di valori espressi da ideologie politiche sovversive dell'ordinamento. L'applicazione dei principi costituzionali, attraverso le clausole generali, agevola la metabolizzazione di tali ragionamenti decisori nella cultura giuridica già formata. L'interprete, nella concretizzazione della clausola generale deve "prendere le mosse dagli stessi principi posti a fondamento dell'ordinamento, dato che altrimenti ne deriverebbero arbitrio interpretativo e rischi per la coesistenza delle molteplici istanze valoriali presenti nell'attuale società

[541] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 40.

pluralista". Principi che, comunque, sono bilanciabili nel momento applicativo secondo il principio di unità nella diversità (art. 4, comma 2 e art. 6, comma 3, TUE).

Così, la clausola generale rimette all'interprete la determinazione della regola del caso concreto, determinazione che prende le mosse dai principi posti a fondamento dell'ordinamento, suscettibili di bilanciamento nel momento applicativo. Le clausole generali vanno interpretate ed applicate in conformità alle ideologie del sistema ma hanno bisogno di ulteriori criteri per la loro concretizzazione (analisi delle circostanze concrete, qualità soggettive delle parti, interessi di fatto coinvolti) e di bilanciamento alla luce dei valori fondanti il sistema giuridico. La clausola generale è strumento di concretizzazione dei principi fondamentali che avviene secondo ragionevolezza, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, degli interessi in concorso, dei valori normativi in gioco.

Perlingieri e Zarra ritengono che l'ordine pubblico "[sia] un concetto unico e unitario, ma la diversità dei valori in gioco nel caso concreto (nonché nei casi puramente interni e in quelli che presentano un c.d. elemento di estraneità) può imporre una variazione dei termini del bilanciamento".[542] Le difficoltà odierne nell'applicazione della clausola dell'ordine pubblico deriva dal contesto attuale "variegato e complesso", con varietà di centri di produzione normativa (con valori, principi e regole di origine domestica da considerare parte integrante del percorso argomentativo dei giudici nazionali) e di amministrazione della giustizia (si pensi al rapporto tra corti statali e sovranazionali). L'ordine pubblico viene definito come "insieme di principi che identificano l'ordinamento

[542] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 56. Sull'unitarietà del concetto di ordine pubblico, cfr. P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, p. 183: "[L'ordine pubblico] resta nozione unitaria, sintesi di normative ricollegabili a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei princípi identificativi dell'assiologia costituzionale di una complessa civiltà storicamente condizionata".

in un dato momento storico". Nel diritto privato essi determinano l'invalidità dell'atto di autonomia privata trattandosi di situazioni che non presentano elementi di estraneità e nel diritto internazionale privato impediscono la produzione di effetti giuridici di norme e provvedimenti stranieri nel territorio dello Stato. Ricordano – ma non condividono – la voce di chi ritiene l'ordine pubblico andrebbe letto in chiave globalizzata, espressione di valori di origine prettamente sovranazionale mettendo in dubbio la concezione dell'ordine pubblico come limite all'applicazione di norme e atti stranieri derivante dai principi identificativi dell'ordinamento interno perché utilizzando principi e valori esclusivi del diritto internazionale (es. derivanti dalla CEDU), alcune istanze proprie dell'ordinamento interno sarebbero vanificate rendendo vana l'idea dell'ordine pubblico quale clausola di protezione dell'identità nazionale.

Le conclusioni sono sintetizzabili nonostante la complessità del tema affrontato. I principi di ordine pubblico sono quelli che caratterizzano l'identità di un certo ordinamento in un dato momento storico. L'ordine pubblico è strumento di concretizzazione di regole e principi giuridicamente rilevanti e solo il buon costume – e non anche lo stesso ordine pubblico – rappresenta da ponte diretto ed immediato tra mondo giuridico e quello etico morale. In particolare, nota Zarra, che nei casi che presentano un elemento di estraneità "*le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti vanno bilanciate con la volontà degli ordinamenti stessi di aprirsi a valori e situazioni giuridiche di natura straniera, sia nell'intento di facilitare gli scambi internazionali per ragioni prettamente economiche, sia nel segno del rispetto della sovranità degli altri Stati (c.d. international comity) e/o nella volontà di assoggettare, per quanto possibile, ogni situazione giuridica al sistema giuridico che le è proprio. Dette istanze protezionistiche devono essere altresì bilanciate con la volontà di assicurare la c.d. armonia internazionale delle soluzioni (ossia garantire, per quanto ammissibile, che l'esito di una controversia non dipenda dal luogo dove essa è celebrata e/o dal diritto che ad essa è applicato) e la continuità delle situazioni giuridiche*". Emerge in sostanza che, nel caso in cui il caso presenta elementi di estraneità, cioè quando viene in rilievo l'ordine pubblico c.d. internazionale, la concezione di ordine pubblico è "ristretta" e viene allora proposta la distinzione tra principi fondamentali e principi tecnici. Lo Stato non dà applicazione, nel riconoscere efficacia

ad atti e provvedimenti stranieri, a principi e regole (alle quali non rinuncia nelle situazioni interne), ma solo a quelli fondamentali. In questi termini, ai casi cioè che presentano un elemento di estraneità si applica una *concezione ristretta di ordine pubblico* (ordine pubblico internazionale) mentre ai casi che non presentano elementi di estraneità si applica una *concezione estesa di ordine pubblico* (ordine pubblico interno). La concezione ristretta o estesa di ordine pubblico dipende dunque dalla circostanza che il caso presenti o meno elementi di estraneità. In questi termini, se è vero che l'ordine pubblico, sia interno che internazionale, è un concetto di *diritto interno* ed è uno soltanto, quando il caso presenta elementi di estraneità, vi è una riduzione dello spettro di azione della clausola generale poiché vanno tenuti in considerazione ulteriori fattori. Si tratta, dunque, di operare un bilanciamento tra principi secondo ragionevolezza, essenziale nella interpretazione e concretizzazione della clausola generale. La questione, in sottofondo, è appunto quella di *gerarchia di valori normativi* (e non necessariamente delle fonti) e di *bilanciamento*, secondo ragionevolezza, tra regole e principi in concorso. Il bilanciamento si effettua tenendo conto "*delle peculiarità del caso, delle limitazioni di sovranità derivanti dal diritto internazionale generale e dal diritto dell'Unione europea (artt. 10 e 11 Cost.), degli eventuali obblighi internazionali pattizi (art. 117, comma 1, Cost.), dei principi identificativi ed invalicabili del nostro sistema giuridico, nonché tenendo in considerazione il c.d. margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e – ragionevolmente – degli altri trattati internazionali in materia di diritti umani*".[543] La distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale si appiattisce su quella tra principi tecnici (cioè quelli che non hanno una carica valoriale assoluta e, a volte, neanche sono espressivi di un valore alla base dell'ordinamento ma rispondono alla costruzione concettuale di esigenze dettate dall'opportunità pratica o dalla politica legislativa) e principi fondamentali (quelli che si traducono nella massima attuazione di un valore). In questi termini l'ordine pubblico interno può comprendere anche i principi tecnici, cui l'ordinamento non intende di regola rinunciare nei rapporti puramente interni; quello internazionale si

[543] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 58 ss.

compone dei soli principi fondamentali espressivi di valori identificativi del nostro ordinamento.[544]

6. L'ordine pubblico (internazionale) nel diritto di famiglia.

Nei prossimi due capitoli, ci si propone di indagare come la clausola generale dell'ordine pubblico trovi applicazione nel diritto di famiglia e quali siano i risultati cui essa conduce con riferimento ad alcuni scenari della realtà giuridica e sociale contemporanea. Mette bene in luce tali problematiche Francesca Caroccia quando scrive che: "(…) il diritto di famiglia costituisc[e] uno dei principali banchi di prova dell'ordine pubblico, essendo questo uno dei settori nei quali le influenze religiose, culturali, sociali, incidono maggiormente sulla disciplina dei singoli istituti. Ne deriva, tra l'altro, che le disposizioni sul diritto di famiglia nel loro complesso sono sovente qualificate come «d'ordine pubblico», e come tali considerate un limite difficilmente valicabile non solo per gli atti di autonomia privata, ma anche per gli atti provenienti da ordinamenti stranieri. Significativa, in tal senso, è ad esempio, la copiosa giurisprudenza che tende a qualificare come nulle, appunto perché contrarie all'ordine pubblico, le clausole volte a limitare la libertà matrimoniale (clausole di celibato, accordi fatti in vista del divorzio, etc.). D'altra parte, a questi elementi tradizionali di chiusura si oppongono, negli ultimi anni, fattori che per diverse ragioni impongono una maggiore apertura degli ordinamenti. Il risultato è una continua richiesta di soluzioni pratiche innovative, che tengano conto delle nuove condizioni di vita dei soggetti coinvolti; nonché di elaborazione di modelli teorici in grado di superare le costanti tensioni culturali che si celano dietro l'invocazione del limite dell'ordine pubblico".[545]

Sembra utile, in proposito, preliminarmente ricordare il riferimento va alla evoluzione della tecnica ed alle complesse problematiche che attengono anche a temi etici, nonché ovviamente

[544] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 61.
[545] F. CAROCCIA, *Ordine pubblico*, op. cit., p. 194-195.

giuridici, quali la filiazione omosessuale maschile e femminile consentita oggi attraverso ciò che è stata definita biotecnologia della famiglia (quali la maternità surrogata, la procreazione medicalmente assistita omologa ed eterologa, ecc.). Anche in questo scenario si apre la questione del riconoscimento in Italia di istituti 'alieni', quali ad esempio l'atto di nascita straniero dal quale il figlio generato tramite predette tecniche risulta figlio di due madri (o di due padri). Ad esempio, per Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra, è proprio la disciplina della maternità surrogata a costituire paradigmatico esempio della "diversa modalità operativa del limite dell'ordine pubblico nei casi puramente interni rispetto a quelli che presentano elementi di estraneità"[546]. Sempre con riferimento alla evoluzione della tecnica si pensi poi al caso di un matrimonio celebrato utilizzando il mezzo *internet*.

In secondo luogo, il riferimento va alla circolazione di modelli giuridici, sociologici e religiosi che pretendono sempre più spesso di trovare un riconoscimento in Italia. Si tratta di modelli quasi sempre vietati dal diritto interno ma che chiedono di trovare riconoscimento (anche) in considerazione delle regole di diritto internazionale privato. Si pensi, in particolare, a tutti gli istituti religiosi, diffusi specialmente nei Paesi islamici – dove è la *Shar'ia* la legge applicabile ai rapporti – e che, in considerazione di fenomeni migratori e della instaurazione di relazioni personali tra persone aventi diversa cittadinanza e religione giungono, specialmente nel momento patologico (ma anche in quello fisiologico), dinanzi ai giudici italiani e che sollevano qualche dubbio di compatibilità con i diritti fondamentali dell'uomo per come riconosciuti e garantiti dai sistemi giuridici Occidentali. Il riferimento va, da un lato al matrimonio poligamico e, dall'altro, a quella particolare forma di ripudio unilaterale diffuso nei Paesi islamici, che assume diverse denominazioni, la più conosciuta della quale è il *talaq* e che corrisponde al ripudio islamico. Sempre con riferimento ai rapporti tra un ordinamento religioso e quello italiano, è da segnalare la questione – forse la prima che si è prospettata ai giudici – del riconoscimento delle sentenze di nullità del matrimonio canonico emesse dal tribunale religioso. Allargando poi il campo visivo, occorre anche riflettere sulla

[546] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 94.

circolazione di modelli sociologici in tema familiare: si pensi, ad esempio, al riconoscimento – o addirittura alla celebrazione – in Italia del matrimonio omosessuale.

Ancora: si pensi alla crescente autonomia che è riconosciuta all'interno della famiglia: basti pensare agli accordi prematrimoniali. Anche in questo caso, la soluzione è diversa a seconda che l'accordo prematrimoniale sia concluso all'estero tra cittadini stranieri ovvero riguardi coniugi italiani e lo stesso sia stato concluso in Italia. Proprio di recente, in considerazione della riferita nullità degli accordi prematrimoniali, il legislatore sembra intervenire ammettendo la loro conclusione pur se a determinate condizioni.

Nell'analisi del formante giurisprudenziale, sembra opportuno muovere dal già citato contributo di Vincenzo Barba sull'ordine pubblico internazionale, apparso di recente (2018) sulla *Rassegna di diritto civile*.[547] Nel contributo non solo viene delineata la nozione di ordine pubblico secondo questo Autore – fatta poi propria da una recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale – ma nelle prime pagine si ripercorre anche la lunga ed ondivaga vicenda giurisprudenziale in tema di ordine pubblico interno ed internazionale, una nozione quest'ultima che assume una indiscussa centralità per il crescente dialogare tra giudici e sistemi ordinamentali. In particolare, l'Autore ricorda una lontana sentenza a sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione del 1981[548] che distinse (fu tra le prime a farlo), tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale.[549] Questa sentenza ritenne che all'interno dell'allora art.

---

[547] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 403 ss.

[548] Si tratta di Cass., sez. un., 8 gennaio 1981, n. 189, in *Giust. civ.*, 1982, p. 279 ss. con nota di P. BIANCHINI.

[549] Si consideri, per completezza, che in alcune decisioni della Cassazione negli anni '80 la distinzione tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale non veniva collegata alla rilevanza interna o internazionale dell'atto ma alla cittadinanza dei soggetti che lo ponevano in essere, sì che l'ordine pubblico (interno) avrebbe trovato applicazione con riferimento ai cittadini italiani mentre quello internazionale quando uno (o tutti) i soggetti avessero una cittadinanza diversa.

31 disp. prel. cod. civ. fosse contemplato tanto l'ordine pubblico interno quanto quello internazionale. Il primo costituiva un limite all'autonomia privata, il secondo un limite all'applicazione della legge straniera richiamata da una disposizione di diritto internazionale privato. In questi termini, la differenza tra le due nozioni riguardava la *funzion*e. La sentenza ritenne che l'ordine pubblico internazionale avesse un contenuto più ristretto e limitato rispetto all'ordine pubblico interno poiché se il primo si fosse identificato con le norme qualificabili di ordine pubblico interno, si sarebbe svuotato il significato della norma di diritto internazionale privato (che non avrebbe mai trovato applicazione se non nei casi in cui il contenuto della disposizione richiamata dalla norma di diritto internazionale privato fosse equivalente a quella delle norme interne del foro). Sembra evidente l'influsso, in questa sentenza, del pensiero di G.B. Ferri quando, appunto, dieci anni prima, nella sua principale monografia dedicata al tema, aveva scritto – lo si è già detto – che nel caso di ordine pubblico internazionale è sufficiente che il contratto non urti con i principi fondamentali che lo ispirano, anche se non siano rispettate le norme, anche cogenti, poste nel diritto interno.[550] Una riprova, questa, dell'estensione più limitata dell'ordine pubblico internazionale. Dunque: la seconda differenza concerneva il contenuto.

In questi termini, nella motivazione della sentenza del 1981 si legge che l'*ordine pubblico interno* è il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e dei principi inderogabili che sono immanenti ai più importanti istituti giuridici mentre l'*ordine pubblico internazionale* è il complesso dei principi comuni a molte stati di civiltà affini volti a tutelare alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso solennemente sanciti da dichiarazioni e convenzioni internazionali. L'ordine pubblico internazionale avrebbe quindi un contenuto più

[550] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume*, op. cit., p. 134: "(…) quando si tratta di attribuire efficacia a leggi, sentenze o convenzioni regolarmente formatesi all'estero (…) l'ordinamento può anche ritenere sufficiente che il contratto non urti con i fondamentali principî che lo ispirano, pur se non risultino rispettate le norme, anche cogenti che sono espressamente poste con riferimento ad esso, nell'ordine interno".

limitato rispetto all'ordine pubblico interno e quella nozione sembra richiamare tendenze globaliste, con il riferimento ai principi comuni a molte nazioni di civiltà affine.

Tuttavia – ricorda sempre V. Barba[551] – alcune sentenze successive precisarono il contenuto di queste clausole generali. Alcune sentenze della Suprema Corte del 1993[552] affermarono che l'ordine pubblico internazionale era costituito dai *soli* principi inderogabili e fondamentali, da ricavare dal contesto dell'ordinamento positivo e da ogni sua branca e, in particolare, dalla Costituzione che con i suoi valori supremi, cui l'ordinamento italiano si ispira.

Intervenne, poi, a distanza di pochi mesi una sentenza a sezioni unite[553] che precisò due aspetti: *a*) che i principî dovevano essere ricavati dall'ordinamento positivo e, in particolare, dalla Costituzione che esprime valori supremi a cui si ispira il sistema ordinamentale; *b*) che il controllo di ordine pubblico riguardava il *singolo caso concreto*, dovendo il giudice ricercare i principi basilari costituenti un invalicabile limite all'introduzione nell'ordinamento interno di norme straniere *in relazione* al caso concreto.[554] In questi termini, la sentenza dichiarò contraria

---

[551] V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 408 ss.

[552] Cass., 1° aprile 1993, n. 3907, in *Corr. giur.*, 1993, p. 961 ss. In questi termini, la sentenza ritenne che in tema di adozione internazionale, il provvedimento straniero di adozione, nel caso in cui tra il minore adottando e gli adottanti esistesse una differenza di età superiore a quella massima di quaranta anni prevista dalla legge, non contrastava con l'ordine pubblico "italiano", ed in particolare con il principio fissato dall'art. 6, comma 2, l. 4 maggio 1983 n. 184, potendo essere dichiarato efficace, quando il rapporto tra l'età dell'adottando e quella degli adottanti fosse comunque in grado di riprodurre la differenza biologica naturale, ovvero ordinaria, tra genitori e figli.

[553] Cass., sez. un., 7 luglio 1993, n. 7447, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 597 ss.

[554] Si legge nella sentenza a sezioni unite, ultima richiamata: "(…) l'ordine pubblico internazionale comprende tutti quei principi che, in ragione del fondamentale valore che assumono nella *lex fori*, operano come limite all'inserimento di norme straniere che appaiono in contrasto con essi. I principi di ordine pubblico internazionale vanno ricavati dal contesto dell'ordinamento positivo e da ogni sua branca, ed in particolare dalla Costituzione, che esprime

all'ordine pubblico internazionale la legge straniera che non consentiva al figlio di esercitare l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità naturale – attribuita dalla legge inglese alla sola madre – perché tale normativa si poneva in contrasto non tanto con l'art. 270 cod. civ. quanto con gli artt. 2, 3, 24 e 30 Cost.. con i principi costituzionali supremi. Peraltro, la valutazione di compatibilità o di contrasto con l'ordine pubblico non poteva essere data con riguardo alla norma straniera in astratto ma con riguardo al risultato dell'applicazione in concreto della stessa.

Sta di fatto che negli anni recenti vi è stata un'autentica proliferazione di sentenze che hanno ridefinito il contenuto ed il perimetro della clausola generale dell'ordine pubblico (in particolare, in tre materie: famiglia, lavoro, risarcimento del danno). Quanto alla nozione di ordine pubblico, si può affermare che ordinanze e sentenze sono attraversate da due diverse concezioni di ordine pubblico. Da un lato, si pone quell'orientamento (una cui sintesi si trova, ad esempio, in Cass., 19599/2016)[555] che accoglie una nozione *minimale* (o ristretta) di ordine pubblico, nel senso che questo è racchiuso "*nel complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni a diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria*".[556] Dall'altro lato, si pone l'orientamento

---

i valori supremi a cui si ispira l'ordinamento italiano. Si tratta di ricercare i principi basilari che costituiscono un limite invalicabile all'introduzione nell'ordinamento interno di norme straniere, in relazione al caso concreto. Invero, la valutazione non può essere data con riguardo alla norma straniera in astratto, ma con riguardo al risultato che avrebbe la sua applicazione in concreto". Si veda, V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 408.

[555] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 372 ss., con commento di G. PALMERI; in *Diritto di famiglia*, 2017, p. 297 ss., con commento di F. DI MARZIO; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss. con commento di G. FERRANDO.

[556] Il riferimento è al *cloud* assiologico, di cui si è detto. Cfr. L. NIVARRA, La Cassazione, op. cit., *passim*.

– ben sintetizzato da sez. un. Cass. 16601/2017[557] – che accoglie una *nozione ampia* (o allargata) di ordine pubblico e da cui sembra emerge una pulsione identitaria del singolo ordinamento. In questi termini viene sì esclusa un'incompatibilità ontologica tra l'ordinamento italiano e la sentenza straniera di condanna ai danni puntivi, ma con riferimento all'ordine pubblico pone in risalto l'importanza della legislazione ordinaria e della Costituzione nel momento in cui afferma che: "*Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della "lex fori" in materie, come per esempio quella del lavoro (…) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica*".

Da queste prime considerazioni pare emergere che mentre la nozione *minimale* di ordine pubblico viene spetto utilizzata nei casi in cui entrano in gioco i diritti fondamentali (ad es., il diritto del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero); la nozione ampia di ordine pubblico viene invece utilizzata con riferimento ai danni punitivi, in una materia che non riguarda i diritti fondamentali. Con riferimento alla nozione minimale di ordine pubblico, si deve sottolineare ancora una volta che il suo contenuto viene concretizzato non già dalla legislazione ordinaria quanto alla Costituzione e da fonti di origine sovranazionale ed internazionale (sono spesso richiamate, la Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, i Trattati Fondativi, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, con particolare riferimento alla posizione del minore, la Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, la Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo e la Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore). Questo è evidente, ad

[557] Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss. con note di E. D'ALESSANDRO, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE, P.G. MONATERI; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503 ss. con commento di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*.

esempio, nella motivazione della suddetta sentenza Cass. 19599/2016 ove si scorge una riduzione del ruolo dell'ordine pubblico internazionale quale contro-limite posto a garanzia dell'integrità dell'ordinamento domestico poiché l'ordine pubblico internazionale diviene lo strumento, il *passe-partout* per favorire la diffusione dei diritti fondamentali con una spiccata funzione promozionale lui riconosciuta che però può consentire l'affermazione di valori e principi esterni all'ordinamento. In particolare, eliminando il riferimento a quei principi e valori *esclusivamente propri* (purché fondamentali ed irrinunciabili) si determina una marginalizzazione della discrezionalità legislativa affidando "direttamente al giudice il compito di desumere i principi di ordine pubblico internazionale traendoli dalla Costituzione e dai cataloghi sovra/internazionali". In dottrina si afferma che attraverso questa operazione (…) non solo si permette (…) al singolo giudice di aggirare il controllo di costituzionalità, in relazione soprattutto alla specifica tradizione costituzionale nazionale, ma lo si ammette a realizzare un controllo molto simile ad un sindacato di costituzionalità, preventivo e virtuale, che influisce sulla determinazione e sull'interpretazione dei principi costituzionali".[558]

In questi termini, ad avviso di una certa dottrina, il giudice diviene titolare di un "giudizio di costituzionalità diffuso il cui parametro di principi fondamentali si presenta più incerto e vago rispetto agli stessi principi supremi che compongono i contro-limiti opponibili al diritto UE, all'interno dei quali, secondo la Corte Costituzionale, andrebbero, tuttavia, ascritti gli stessi principi di ordine pubblico".[559] In origine, infatti, negli anni '30 l'ordine pubblico era visto come espressione di un "*limite* riferibile all'ordinamento giuridico nazionale per salvaguardare determinate concezioni di ordine morale e politico affermate nella società e *recepite dal legislatore ordinario* a criteri direttivi ed informatori della sua

[558] F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Rivista AIC, fasc. 2/2020,* p. 185 ss.

[559] F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale*, op. cit., *passim*.

opera". In particolare, attraverso la clausola dell'ordine pubblico, l'interprete, cioè il giudice, poteva escludere l'applicabilità di quelle norme straniere costituenti espressioni di principi etici *contrastanti* con quelli dell'ordinamento interno in un determinato momento storico, con quei principi a cui lo Stato non poteva o non credeva di dover rinunziare, con i sommi ed inderogabili principi del sistema positivo. Così si impediva l'applicazione nel territorio dello Stato di qualsiasi disposizione del diritto straniero non conforme a quelle norme del diritto interno che il giudice riteneva rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale. In questa impostazione è dato scorgere un accostamento tra norme inderogabili ed ordine pubblico sì che aderendo a questa 'concezione *statualistica*' la norma di conflitto avrebbe trovato applicazione solo quando gli esiti del giudizio di compatibilità avessero condotto all'applicazione di norme materiali di contenuto analogo a quelle di diritto interno.

Successivamente, la Corte, sempre nella sentenza 19599 del 2016 ha ricordato lo sviluppo della concezione di *maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni*, una lettura questa più aderente agli articoli 10, 11, 117, comma 1, Cost. ed alla posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale. Secondo questa concezione *la comunità internazionale esprimerebbe principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne*. Tale concezione sottrarrebbe la nozione di ordine pubblico internazionale, sempre ad avviso della Corte, da un lato dalla indeterminatezza propria di tale concetto; dall'altro dalla mutevolezza della legislazione vigente nei singoli ordinamenti nazionali. Tale evoluzione costituisce "un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei".

Il passaggio dalla prima alla seconda nozione di ordine pubblico sarebbe confermato, ad avviso del collegio, da una serie di norme previste all'interno di regolamenti comunitari che prevedono l'automatico riconoscimento delle decisioni emesse in uno stato membro dell'Unione

fatti salvi i casi di contrarietà *manifesta* all'ordine pubblico.[560] Il riconoscimento di una decisione può essere sì escluso ma la contrarietà all'ordine pubblico deve assurgere ad una certa intensità, parlandosi infatti di "manifesta contrarietà". Il collegio individua un ulteriore indice circa la recessività (e diversa funzione) della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza comunitaria per la quale il limite dell'ordine pubblico trova applicazione solo nel caso di una minaccia *reale, attuale e grave* nei confronti di un interesse fondamentale della società. Tramite questo ragionamento, il collegio ricorda che il riferimento nella giurisprudenza interna più recente è all'ordine pubblico internazionale che viene appunto inteso come "*il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione*

[560] Diversi, infatti, i Regolamenti comunitari che prevedono un riconoscimento automatico delle decisioni emesse in altri Paesi membri, salva la *manifesta contrarietà* con l'ordine pubblico. Così, per l'art. 34, par. 1, n. 1), Reg. CE n. 44 del 2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, le decisioni non sono riconosciute se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; per l'art. 26 Reg. CE n. 864 del 2007 concernente sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II) rubricato *Ordine pubblico del foro*, L'applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro; per gli artt. 22 e 23 Reg. CE n. 2201 del 2003 da un lato la decisione di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio non è riconosciuta (art. 22, par. 1, lett. a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto, dall'altro le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute (art. 23, par. 1, lett. a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; per l'art. 24, par. 1, lett. a), Reg. CE n. 4 del 2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, le decisioni non sono riconosciute se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento, precisando, tuttavia, che le norme sulla competenza non riguardano l'ordine pubblico.

ordinaria". Il legame con l'ordinamento interno è limitato ai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione e, se compatibili con essa, dai trattati fondativi, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (CdfUE) e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). È assai significativo che tramite questa diversa concezione dell'ordine pubblico viene fatto riferimento *ai soli principi supremi e fondamentali della Costituzione*, cioè quei principi che non possono essere sovvertiti dal legislatore ordinario. Così, solamente i principi supremi e indefettibili della Carta fondamentale, come tali non sovvertibili dal legislatore ordinario, costituirebbero principi di ordine pubblico.

Tramite questa nuova e diversa lettura dell'ordine pubblico, l'eventuale sentenza estera di divorzio, pronunciata in epoca antecedente all'introduzione in Italia della legge sul divorzio (cfr. l. 1° dicembre 1970, n. 898) avrebbe dovuto egualmente spiegare i propri effetti in Italia poiché non si rintracciava (e non si rintraccia) all'interno della Costituzione un principio fondamentale che elevasse l'indissolubilità del matrimonio a principio supremo e fondamentale dell'ordinamento italiano. Tramite questa nuova lettura il contrasto con l'ordine pubblico non può essere ravvisato per il solo fatto che la norma straniera sia *contenutisticamente difforme* da una o più disposizioni di diritto nazionale perché il parametro di riferimento per valutare la compatibilità ovvero la difformità della disposizione straniera rispetto all'ordine pubblico non è costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario ha esercitato la propria discrezionalità in un determinato settore, *ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario*.

La Corte ritiene che il giudice di merito sia chiamato a svolgere una delicata operazione ermeneutica che, lungi dal fermarsi dall'analisi letterale della disposizione normativa valuti se l'istituto (o la norma) straniera contrasti con i principi supremi e fondamentali, con la precisazione che, *anche in Costituzione, esistono norme che pur avendo rango costituzionale, non sono espressione di principi inviolabili e che quindi non integrano la nozione di ordine pubblico* (viene fatto l'esempio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali ex art. 111 Cost. che non integra un principio di ordine pubblico: pur se previsto in Costituzione non è espressione di un principio inviolabile). Dunque: se è vero che

l'analisi dell'interprete per rintracciare i principi fondamentali costituenti l'ordine pubblico si estende anche alla Costituzione è altresì vero che non tutti i principi costituzionali ne fanno parte, potendo in questa distinguere tra *principi costituzionali fondamentali costituenti l'ordine pubblic*o e *principi costituzionali non fondamentali non costituenti l'ordine pubblico*.

È in questi termini che il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità della norma straniera con i principi fondamentali e supremi che integrano la nuova nozione di ordine pubblico, deve negare il contrasto con l'ordine pubblico laddove si trovi al cospetto di una *mera incompatibilità temporanea* della norma straniera con la legislazione vigente, quando quest'ultima costituisca una delle possibili espressioni della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato periodo storico. Così la mera incompatibilità dell'istituto o della norma straniera con la legislazione nazionale vigente non equivale necessariamente a contrarietà all'ordine pubblico se la legislazione vigente costituisce non già concretizzazione di un principio inviolabile ma un'espressione di discrezionalità del legislatore ordinario. La Corte ricorda, infatti, che la nozione di ordine pubblico non coincide con le norme imperative o inderogabili, come aveva già messo in luce Giovanni Battista Ferri nel 1970.

Insomma: il contrasto dell'atto straniero con le norme imperative o inderogabili non costituisce impedimento all'ingresso del prodotto 'alieno' ed il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione normativa straniera bensì agli effetti, in termini di compatibilità, della norma straniera con i principi supremi e fondamentali dell'ordinamento, con il nucleo essenziale insomma dei valori supremi dell'ordinamento. Il *test* di compatibilità con l'ordine pubblico, ricorda la Corte, è simile a quello di *costituzionalità ma è preventivo e virtuale* poiché il contrasto con l'ordine pubblico vi è se il giudice nazionale può ragionevolmente motivare che il legislatore ordinario non potrebbe ipoteticamente introdurre una norma analoga a quella straniera, poiché incompatibile con i valori costituzionali primari. La riduzione della portata del principio di ordine pubblico è coerente, poi, ad avviso della Corte, con la storicità della nozione trovando un limite

solo nella potenziale aggressione dell'atto straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno che devono essere valutati in armonia con quelli della comunità internazionale.

Questo latente contrasto tra le nozioni di ordine pubblico sembrava essere stato composto da un intervento a Sezioni Unite della Suprema Corte del 2019[561] chiamata a pronunciarsi per il caso del figlio di due padri nato all'estero e del quale si chiedeva il riconoscimento in Italia. La sentenza del 2019 ha messo in luce "*un profilo importante della valutazione di compatibilità, rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni*" e cioè *la rilevanza della normativa ordinaria*. Infatti, per tale intervento nomofilattico, con riferimento al riconoscimento, assume un'importanza centrale la *rilevanza della normativa ordinaria*, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti. La sentenza a sezioni unite del 2019 riprende, con riferimento alla nozione di ordine pubblico, quanto statuito da una precedente decisione in tema di adottabilità del minore nato da maternità surrogata[562] quando era stato affermato che l'ordine pubblico "*non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale*".

Nel commentare questa sentenza a sezioni unite del 2019, Giovanni Perlingieri ritiene che si tratti di un *opportuno chiarimento* perché in questo modo si rifugge dall'altro orientamento che identifica l'ordine pubblico nel complesso dei principi fondamentali ispirati ad esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti.

---

[561] Cass., sez. un., 15 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, I, c. 4027 ss., con nota di G. LUCCIOLI.

[562] Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss. con commento di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

Scrive Perlingieri che "l'ordine pubblico, interno e internazionale, *non è una nozione in cerca di mera condivisibilità tra Paesi affini, bensì è un concetto unitario prettamente legato all'identità nazionale e culturale di un singolo Paese*".[563]

Sempre Giovanni Perlingieri mette in risalto una differenza all'interno delle norme imperative. Infatti, oltre alla distinzione tra norme imperative proibitive e norme imperative configurative-ordinative vi è quella tra norme imperative conformi a Costituzione non espressive di principi identificativi e norme imperative conformi a Costituzione ed attuative di valori identificativi. Solo queste ultime – cioè quelle attuative di valori identificativi non possono essere disapplicate anche in caso di fattispecie che presenti elementi di estraneità. Secondo Giovanni Perlingieri, dunque, non solo l'ordine pubblico ma anche le stesse norme imperative possono trovare applicazione nel caso di fattispecie che presenti elementi di estraneità nella ipotesi da ultimo ricordata. Perlingieri ritiene altresì che con la sentenza del 12193/2019 l'ordine pubblico non ha più una funzione di limite negativo ma ha altresì una funzione promozionale. La distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale altro non è se non la differenza tra quei principi fondamentali o disposizioni legislative espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative, pur conformi a Costituzione, ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità ex art. 16 disp. prel. cod. civ.[564]

Da ultimo, poi, una recentissima ordinanza della prima sezione civile (la già citata Cass., 8325/2020) ha messo nuovamente in discussione i risultati raggiunti dalle sezioni unite non più tardi nel 2019 e la stessa nozione di ordine pubblico, rimettendo alla Corte Costituzionale tramite ordinanza interlocutoria la questione di legittimità costituzionale degli

---

[563] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata, in Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 338.
[564] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 339.

artt. 12, comma 6, l. 40/2004, e degli articoli 18 d.P.R. 396 del 2000 e 64 comma1, lett. g) l. 18 del 1995 "*nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vigente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo in Italia, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato tramite maternità surrogata del cd. genitore intenzionale non biologico per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 CEDU, 2, 3, 7, 8, 9, 18 Convenzione Nazioni Unite del 1989 sui diritti dei minori, art. 24 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (Carta di Nizza)*". Nelle argomentazioni della ordinanza di rimessione si nota che il collegio rimettente, nell'alternativa tra il conformarsi al principio di diritto fatto proprio dalle sezioni unite nel 2019 e la rimessione tramite ordinanza interlocutoria della questione un'altra volta alle sezioni unite, esponendo le ragioni del dissenso, decide di sospendere il giudizio e con ordinanza di rimessione rimettere la questione alla Corte Costituzionale ritenendo appunto che la nozione di ordine pubblico accolta dalla sentenza del 2019, l'interpretazione del diritto vivente, sia incompatibile con una serie di disposizioni costituzionali. Rimette alla Corte Costituzionale perché l'eventuale interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata contraddirebbe la soluzione delle sezioni unite. Perché le sezioni unite avrebbero "*formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme applicate nella fattispecie concreta da cui il giudice a quo non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme delle medesime norme*" e proprio per evitare che la decisione del caso concreto si contrapponga a quella delle sezioni unite, poiché la pronuncia delle sezioni unite "*è ontologicamente orientata a radicare il diritto vivente al fine di garantire la certezza e l'uniformità dell'applicazione del diritto, quale bene fondamentale dell'ordinamento giuridico*". In particolare, muovendo da un sopravvenuto parere consultivo emesso dalla Corte Edu sul tema, reso in esecuzione del protocollo n. 16 allegato alla Convenzione EDU – non ancora reso esecutivo in Italia – e riguardante i famosi casi Menesson e Labassée

decisi dalla Corte di Cassazione francese.[565] Alla luce di tutto questo, l'ordinanza di rimessione ritiene che l'ordine pubblico internazionale costituisca "*il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità*". In questi termini, l'istituto straniero può sì essere riconosciuto nonostante il contrasto con la legislazione del Paese nel quale si chiede il riconoscimento ma non se il riconoscimento urti con i principi fondamentali e irrinunziabili del sistema, con i principi che tutelano i diritti fondamentali della persona umana e la sua dignità.

È evidente che nell'analisi giurisprudenziale della nozione di ordine pubblico, si rintraccia anche il problematico *rapporto tra norme inderogabili ed ordine pubblico*: se alcune sentenze – ponendosi sulle posizioni espresse da G.B. Ferri – ritengono che l'ordine pubblico non si indentifica con le norme inderogabili, altre sentenze ritengono che l'ordine pubblico è costituito dal complesso dei principi desumibili dalle norme inderogabili o da questi ed altre ancora, come l'ultima ordinanza di rimessione, ritengono che l'ordine pubblico può includere anche le norme inderogabili. In particolare, si legge in quest'ultima ordinanza del 2020 che la nozione di ordine pubblico internazionale, può essere intesa "*anche (...) come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) [ma tale ordine pubblico] non p[uò] mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultural giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente*

[565] Da ultimo, cfr. M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, 2019, p. 167 ss. in cui si ripercorre la lunga "saga" giurisprudenziale.

superiore (cd. ordine pubblico costituzionale). Così, l'ultima ordinanza della Suprema Corte, opera una distinzione all'interno del concetto di ordine pubblico tra *ordine pubblico costituzionale* ed *ordine pubblico discrezionale*. Quest'ultimo è composto dalle norme interne inderogabili e di rilevanza penale ma tale nozione di ordine pubblico trova un limite nella prima nozione di ordine pubblico che racchiude quei valori supremi e vincolanti della cultura giuridica, che si rintracciano nelle 'grandi' carte dei diritti (nella Costituzione, nella CEDU, nella CdfUE), valori volti a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo.

Di recente, in tema di filiazione omosessuale femminile, la Suprema Corte è tornata a distinguere l'ordine pubblico interno da quello internazionale. Così, il primo è da identificarsi nel "*complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano*", mentre il secondo concerne la compatibilità dell'atto straniero che richiede di produrre effetti in Italia con "*i principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, nonché del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza*".[566]

[566] Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni*, 2020, p. 310 ss.; in *Familia*, 2020, p. 491 ss., con commento di S. FLORE, *L'atto di nascita del figlio concepito mediante fecondazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne*. La sentenza è cos massimata: "La circostanza che il concepimento di un minore si sia realizzato mediante ricorso, da parte di due donne, alla procreazione eterologa all'estero, con inseminazione artificiale di una e prestazione del consenso dell'altra, non consente l'indicazione, nell'atto di nascita redatto in Italia, di entrambe le donne come genitori, a ciò ostando l'interpretazione sistematica degli art. 8 e 9, l. n. 40/2004, da effettuarsi conformemente alle direttive della l. medesima, volte a escludere le coppie omosessuali dall'accesso alle tecniche".

CAPITOLO QUARTO
EVOLUZIONE DELLA TECNICA, ALCUNI MODELLI FAMILIARI ED ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della tecnica ed il diritto di famiglia. – 2. La filiazione nella coppia omosessuale maschile. – 3. Il diniego di riconoscimento: a proposito di Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193. – 4. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale: Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325. – 5. L'adozione legittimante nella coppia omosessuale maschile. – 6. La filiazione nella coppia omosessuale femminile. – 7. La filiazione nella coppia eterosessuale attraverso maternità surrogata (realizzata all'estero). – 8. Nuove tecniche di celebrazione del matrimonio.

1. L'evoluzione della tecnica ed il diritto di famiglia.

L'evoluzione della tecnica ha consentito nuove forme di filiazione, fino a ieri impensabili. Si dica subito che la stessa Corte Costituzionale, anche recentemente, sembra comunque distinguere tra il *desiderio* di essere genitore ed il *diritto* a divenire tale. Così, ad esempio, nella sentenza della Corte Costituzionale 221/2019,[567] si legge che l'adozione serve a dare una famiglia ad un minore che non l'ha, presupponendo l'esistenza in vita dell'adottando, mentre la procreazione medicalmente assistita (come, del resto, la maternità surrogata) serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo) realizzandone le aspirazioni genitoriali. Tali innovative tecniche – che, in definitiva, riconoscono al singolo individuo, così come a quella particolare formazione sociale che è la famiglia, anche di fatto, un diritto alla autodeterminazione procreativa – unitamente alla diffusione (ed al riconoscimento giuridico) di nuovi modelli familiari, ibridano quella che è stata chiamata la "svolta biotecnologica della famiglia

[567] Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3794 ss.

contemporanea",[568] con la diffusione della filiazione omosessuale. Come ricorda la sociologa Maria Chiara Saraceno, i rapporti di filiazione all'interno dei nuovi modelli familiari, costituiti da coppie dello stesso sesso, "rappresentano un tema che ha sollevato molte perplessità e continua a sollevare diverse ostilità". Le ragioni che vengono addotte per ostacolare la genitorialità e la filiazione omosessuale spaziano dalla impossibilità di diventare genitori per via biologica alla preoccupazione per lo sviluppo e la crescita equilibrata dei figli.[569] Se in Italia, ad oggi, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è vietata per le coppie omosessuali dalla legge n. 40 del 2004[570] (e tale divieto è stato confermato, di recente, anche dalla Corte Costituzionale),[571] questo non è altrettanto vero in altri Paesi dove l'accesso a tali tecniche è più permissivo. Vigente il divieto in Italia, le coppie omosessuali (più abbienti) si sono recate all'estero e, una volta nato il bambino, i genitori hanno chiesto il riconoscimento in Italia. Numerosi sono i casi in cui un riconoscimento è stato dato, forse sulla base delle esigenze di giustizia nei

---

[568] In questi termini si esprime M. DE MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 165 ss.

[569] C. SARACENO – M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, 2013, Bologna, p. 248.

[570] In primo luogo, occorre osservare che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita ha, come finalità, quella di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" nel rispetto delle condizioni e delle modalità previste dalla stessa legge. In particolare, poi, all'art. 5, si stabilisce che l'accesso alle tecniche è consentito alle "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". Ancora, l'art. 12, comma 2, prevede una sanzione amministrativa pecuniaria (da 200.000 a 400.000 euro) a chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso. Non si dimentichi, poi, che l'art. 12, comma 6 vieta la maternità surrogata.

[571] Attraverso due ordinanze di rimessione – distinte ma dall'analogo contenuto – giudici di merito hanno sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, l. 40 del 2004 che si porrebbero in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. Da un lato, infatti, le norme censurate violerebbero l'art. 2 che ricomprende il diritto alla genitorialità e, dall'altro, l'art. 3 ingenerando una irragionevole disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei richiedenti.

confronti dei minori. Un ostacolo al riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero dal quale risultano due padri o due madri può essere rintracciato, appunto, nella clausola dell'ordine pubblico. Tuttavia, alcune corti, attraverso una certa interpretazione di tale clausola, hanno aperto al riconoscimento del rapporto tra genitore intenzionale e figlio, vuoi utilizzando l'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 2, lett. d), l. 184/1983 – che è cosa diversa dall'adozione legittimante – vuoi, in più rari casi, aprendo *tout court* al riconoscimento dell'atto di nascita straniero e quindi riconoscendo il rapporto di filiazione. Va da sé che la filiazione omosessuale è più facilmente realizzabile in quei Paesi in cui la legislazione è permissiva. Tuttavia, nel momento del riconoscimento di situazione formatasi all'estero, le corti sono assai sensibili (nell'attuale fase del diritto di famiglia, ed in relazione anche all'impianto personalistico che contraddistingue la scala dei valori presenti nella nostra Costituzione) a rivolgere una particolare attenzione nei confronti dei diritti umani ed in particolare l'osservato speciale è l'interesse del minore (il *best interest of the child*)[572] che deve essere sempre tenuto in considerazione in tutte le decisioni che li riguardano. Non di meno, poi, anche le coppie eterosessuali, pur legate in matrimonio, possono ricorrere all'estero all'istituto della maternità surrogata quando secondo la legge italiana non riescono a soddisfare i propri desideri di genitorialità. Vi è dunque un labile confine tra soddisfazione di pretese (pur legittime) di genitorialità da un lato ed elusione della normativa interna dall'altro. Nelle pagine che seguono, si analizzerà l'utilizzo che della clausola dell'ordine pubblico è stato fatta dalla giurisprudenza della Suprema Corte in tema di filiazione di coppia omosessuale (maschile e femminile) e di coppia eterosessuale in relazione alla svolta biotecnologica della famiglia. In questa complessa materia, che si dipana all'interno dei diritti fondamentali dell'individuo, nei suoi diritti più intimi, oltre a contrasti e diversità di opinioni presenti all'interno della giurisprudenza di merito e di legittimità (anche tra sezioni semplici e tra sezioni semplici e sezioni unite), si segnalano anche interventi della Corte Costituzionale e delle corti sovranazionali, quali la Corte Europea dei

[572] M.R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, *passim*; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1572 ss.

Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e che genera un costante dialogo (anche con venature polemiche) tra corti, fonti e valori.

2. La filiazione nella coppia omosessuale maschile.

Con riferimento alla filiazione omosessuale maschile, la pratica è quella per cui una coppia di uomini ricorre alla maternità surrogata. In questo caso, il contributo biologico per addivenire alla nascita del figlio viene apportato da uno dei due uomini, con la cooperazione di una (nel caso in cui essa ceda il proprio materiale biologico, procedendo altresì alla gestazione) o più donne (nel caso in cui una ceda il proprio materiale biologico ed un'altra sia colei che porta a termine la gravidanza). È evidente che nel caso ora menzionato, uno dei due uomini non ha alcun legame biologico con il nato, potendosi esso eventualmente definire come *padre intenzionale*, avendo egli il desiderio (non solo) di costruire una famiglia (giuridicamente, una unione civile in Italia) con l'altro uomo ma (anche) di avere figli. Si consideri, con riferimento ai casi puramente domestici, che la recente legge sulle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76) non prevede una norma sulla filiazione della coppia omosessuale, nonostante questa fosse prevista nel progetto di legge.[573] Si dica subito che la giurisprudenza ha spesso utilizzato l'adozione in casi particolari ex art. 44, l. 184 del 1983 per salvaguardare l'interesse del minore e la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed

[573] Si consideri che nel progetto di legge sulle unioni civili (d.d.l. 2081 presentato il 6 ottobre 2015) era prevista una norma sulla *stepchild adoption*. Infatti, l'art. 5 – poi espunto e rubricato *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184* – così disponeva: "All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole: «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»".

adottando nei casi di *stepchild adoption*.[574] È il caso, questo, in cui uno dei due uomini adotti il figlio biologico dell'altro.

È evidente che la filiazione omosessuale maschile è vietata in Italia, stante ad oggi il divieto della maternità surrogata ex art. 12, comma 6, l. 40/2004. Pertanto, un contratto con il quale una coppia di uomini commissiona in Italia ad una donna un figlio è nullo, non tanto (e non solo) perché contrario all'ordine pubblico, quanto soprattutto perché contrario a norma imperativa ex artt. 1418, comma 2 ed art. 1343 cod. civ. in relazione all'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004. In particolare, l'art. 12, comma 6, l. 40 cit. prevede una sanzione penale: chi, in qualsiasi forma realizza, organizza, pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o *la surrogazione di maternità* è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro. Si consideri che con riferimento ai casi interamente domestici, tra i primi casi di maternità surrogata esaminati dalle corti deve essere menzionata – pur se la surrogazione di maternità era stata commissionata da una coppia eterosessuale – una sentenza del Tribunale di Monza del 27 ottobre 1989.[575] La corte ritenne illecito il contratto di surrogazione di maternità per contrarietà all'art. 5 cod. civ.: la gestante, nato il bambino, si rifiutò di consegnarlo alla coppia committente. Adito il giudice per l'esecuzione del contratto, esso venne dichiarato nullo per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume. Da allora, in Italia, il contratto di surrogazione di maternità è stato considerato contrario all'ordine pubblico e dunque sussiste un limite all'autonomia privata. L'introduzione della legge 40 del 2004, come sopra detto, ha poi espressamente introdotto il divieto della maternità surrogata che viene sanzionato penalmente, costituendo dunque un reato. Con la sentenza n.

---

[574] Lo ricorda, ad esempio la Corte Costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019. Nella citata nota di commento, apparsa sul Foro italiano, si legge che: "La Corte è ben consapevole dell'ormai stabilizzata apertura della giurisprudenza anche di legittimità alla adozione non legittimante (ex art. 44 , 1° comma, lett. d, l. 184/83, l. adozioni) in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico (cfr., in ultimo, Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342, espressamente richiamata; ma in termini è anche Corte cost. 272/17, cit.)".

[575] TRIB. MONZA, 27 ottobre 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 355 ss.

162 del 2014,[576] la Corte Costituzionale ha aperto il ricorso alla tecnica della fecondazione eterologa per quelle coppie eterosessuali affette da sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Tuttavia, la Corte ha ribadito la distinzione tra procreazione medicalmente assistita eterologa e maternità surrogata, ritenendo, ancora oggi, quest'ultima sempre vietata: "La [procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo] che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti [deve essere] tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», [che è] espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 (…) [e] che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia". Ancor più di recente, sempre la stessa Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 221 del 2019,[577] chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali (femminili) per contrasto con gli artt. 2, 3, 31, 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione con gli artt. 8 e 14 CEDU, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale. In particolare, se la Corte esclude che il giudizio riguardi la filiazione delle coppie omosessuali maschili, in un *obiter* afferma che l'unico strumento che consente a queste coppie la genitorialità artificiale è la maternità surrogata: "Per le coppie omosessuali maschili, invece, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso una pratica distinta: vale a dire la maternità surrogata (o gestazione per altri). Il sintagma designa, come è noto, l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a «reclamare diritti» sul bambino che nascerà. Tale pratica è vietata in

[576] Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324 ss. con nota di G. CASABURI, *«Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. Si tratta di un intervento con il quale la Corte ha ritenuto incostituzionale l'art. 4, 3° comma, l. 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui stabilisce per le coppie di cui all'art. 5, 1° comma, medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

[577] Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali. La disposizione ora citata [è] considerata dalla giurisprudenza espressiva di un principio di ordine pubblico (cfr. Cass., sez. un. civili, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193)". Più in generale, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ad una coppia omosessuale (femminile). Si legge, infatti, che: "L'ammissione alla procreazione medicalmente assistita delle coppie omosessuali (…) esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004 [e cioè la finalità terapeutica ed il modello familiare caratterizzato da una figura materna ed una paterna], con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che ven[isse] meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)".

Se, dunque, la filiazione omosessuale femminile e maschile è vietata in Italia, da lungo tempo si è diffusa la pratica del cd. turismo procreativo, attraverso il quale coppie omosessuali (ma non solo) si recano all'estero, in un Paese dove la maternità surrogata o altre tecniche sono ammesse tanto per le coppie eterosessuali che per quelle omosessuali e, una volta commissionata la procreazione, portata a termine e formato l'atto di stato civile dal quale emerge che il nato è figlio della coppia committente, chiedono il riconoscimento dell'atto di nascita straniero in Italia. È evidente che le scelte normative non uniformi (alcuni Paesi ammettono la procreazione medicalmente assistita e la maternità surrogata anche per le coppie omosessuali, altri la vietano) hanno determinato condotte elusive, sì che la coppia si reca all'estero e commissiona il bambino, divenendo poi entrambi padri dello stesso. In questi termini, Giovanni Perlingieri[578] ritiene auspicabile, *de iure condendo*,

[578] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 344. Altresì, G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 98: "Al riguardo, va rilevato che – alla luce del divieto di surrogazione di maternità posto dal diritto

una regolamentazione sovranazionale della materia perché il turismo procreativo determina una discriminazione nei confronti dei cittadini italiano meno abbienti che non possono avere figli e non possono sottoporsi a costose pratiche. Vi è chi parla, al riguardo, di cittadinanza censitaria, nel senso che la genitorialità potrebbe essere realizzata solo da chi dispone di redditi adeguati.[579]

È all'interno di questo contesto che occorre menzionare due importanti sentenze della Suprema Corte che si sono occupate della

---

italiano – coloro i quali ne hanno avuto la possibilità economica hanno fatto ricorso a tale tecnica procreativa in ordinamento stranieri che la ammettono. Si è verificato un vero e proprio fenomeno di turismo procreativo nell'àmbito del quale intermediari specializzati hanno realizzato redditizi business basati sul ricorso alla tecnica della maternità surrogata. (…) dal punto di vista etico questo fenomeno possa apparire, in linea di principio, ripugnante rispetto alla tutela della dignità umana (spesso, al fine di portare avanti la gravidanza, si ricorre a giovani donne povere e di umili origini)". Ancora, G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 115 ss.: "Da quanto sopra discende una ulteriore problematica, che rileva però dal punto di vista delle situazioni puramente interne: se è vero che – ragionando ex post facto in virtù della necessità di bilanciare i valori in gioco – è possibile ammettere il riconoscimento di maternità surrogate aventi luogo all'estero, è altresì vero che questo determina una discriminazione nei riguardi di quei cittadini meno abbienti che si trovano nell'impossibilità di avere figli. Questi ultimi non possono – per motivi economici – sostenere le spese del turismo procreativo (rispetto al quale in Italia permane l'illecito penale) e si troveranno ad essere subordinati rispetto a chi, invece, ha queste possibilità e, recandosi all'estero, sfugge anche alla sanzione penale. Ecco dunque l'effetto distorto della mancanza di una regolamentazione sovranazionale di un tema così delicato, del quale non si può che prendere atto: da un lato, permane la legittima scelta di uno Stato sovrano di vietare una pratica che si ritiene lesiva della dignità umana e, dall'altro, la necessità – alla luce dei principi e dei valori ispiratori dell'ordinamento – di non privare di riconoscimento alcune situazioni meritevoli di tutela, soprattutto quando (come nel caso dei bimbi nati da maternità surrogata) vi è una parte c.d. debole del rapporto che potrebbe risultare fortemente danneggiata pur senza alcuna responsabilità".

[579] R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1262 ss. (in part., p. 1271).

filiazione omosessuale maschile. In primo luogo, Cass., sez. un. 8 maggio 2019, n. 12193[580] che ha escluso il riconoscimento in Italia all'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale era stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore intenzionale (o sociale, che dir si voglia) munito della cittadinanza italiana, trovando ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità ex art. 12, comma 6, l. 40 del 2004. In secondo luogo, Cass. 29 aprile 2020, n. 8325,[581] che, a distanza di meno di un anno dall'intervento delle sezioni unite, pur non sconfessando il precedente in quanto costituente diritto vivente (il collegio, infatti, non rimette nuovamente la questione all'attenzione delle Sezioni Unite), solleva questione di legittimità costituzionale sull'ambito di operatività dell'art. 12, comma 6, l. 40 cit., anche in considerazione di un parere consultivo emesso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo all'interno della "saga giurisprudenziale francese" sulla maternità surrogata (si tratta della nota vicenda *Mennesson e Labassee*)[582] e che, pur non vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti.

Prima di procedere all'analisi delle due sentenze, occorre ricordare che i giudici di merito hanno timidamente aperto al riconoscimento della filiazione omosessuale avvenuta all'estero. Così App. Venezia, 16 luglio 2018[583] ha stabilito che in considerazione del superiore interesse del minore, deve essere riconosciuta efficacia giuridica in Italia ad una sentenza canadese che ha attribuito la seconda paternità al coniuge (di sesso maschile) di un padre di un bambino nato all'estero con il ricorso

---

[580] Cass., sez. un. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

[581] Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, cit.

[582] Si veda, sul punto, Cfr. J.P. MARGUENAUD, *L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation*, in *RTD Civ.*, 2018, cit. p. 847.

[583] App. Venezia, 16 luglio 2018, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce Filiazione n. 49 così massimata: "La sentenza straniera che accerta la sussistenza del rapporto di genitorialità per una coppia composta da due soggetti dello stesso sesso nei confronti di minore nato all'estero con il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, non è contraria ad ordine pubblico internazionale, e deve quindi essere trascritta integrando l'atto di nascita con l'indicazione di entrambi i genitori legali". Si veda altresì, in Dir. famiglia, 2019, p. 149.

alla maternità surrogata, integrando l'atto di nascita del minore mediante l'indicazione di entrambi i genitori legali, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale. Ancora prima, App. Trento, 23 febbraio 2017[584] aveva ritenuto che può essere riconosciuta l'efficacia in Italia al provvedimento giudiziario straniero che dispone la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito così lo *status* di figli di due uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità, atteso da un lato che è conforme all'interesse dei minori la conservazione di una identità ormai legittimamente acquisita all'estero, dall'altro che non è ostativo né il divieto, nel nostro ordinamento, della maternità surrogata né la mancanza di legami genetici tra i due bambini ed il secondo genitore, rilevando piuttosto la consapevole assunzione, da parte di quest'ultimo, della responsabilità genitoriale. È evidente che tra uno dei due padri ed i bambini non sussistono legami genetici e dunque, i giudici di merito aprono alla possibilità che la genitorialità si fondi anche solo sull'assunzione, stabile, della *responsabilità genitoriale*, nell'ambito di un comune progetto di vita familiare.

3. Il diniego di riconoscimento: a proposito di Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

La sentenza a sezioni unite 8 maggio 2019, n. 12193[585] riguarda il riconoscimento dell'efficacia in Italia di un provvedimento emesso

---

[584] App. Trento, ord., 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1034 ss. con nota di richiami di G. CASABURI.

[585] Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Foro it.*, 2019, I, c. 4027 ss., con nota di G. LUCCIOLI e con nota di G. CASABURI; in *Giur. it.*, con commento di G. SALVI, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, p. 1623 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss. con commento di U. SALANITRO; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1198 ss. con commento di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità* e di M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo stato giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*; in *Familia*, 2019, p. 345 ss., con commento di M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni*

all'estero (in Canada) che ha attribuito ai minori lo *status* di figli di un padre omosessuale con il quale essi non hanno alcun rapporto biologico poiché essi sono stati generati dai gameti forniti dall'altro uomo della coppia, già dichiarato genitore dei due minori, con la cooperazione di due donne (l'una che aveva donato gli ovociti, l'altra che aveva portato in grembo i minori, rinunciando legittimamente e preventivamente, secondo la legge straniera, a qualsiasi diritto nei confronti dei minori). I due uomini si erano legittimamente sposati in Canada. Attraverso la clausola dell'ordine pubblico, le sezioni unite bilanciano, secondo ragionevolezza, taluni valori normativi fondamentali in concorso: da un lato il diritto alla dignità della gestante che potrebbe essere leso laddove si diffondesse sociologicamente la pratica della maternità surrogata e dall'altro lato il diritto alla tutela del minore che sarebbe leso laddove fosse lui precluso ottenere il riconoscimento del legame genitoriale, pur se con il padre intenzionale e non biologico.[586] Confrontandosi con la nozione di ordine pubblico, l'ordinanza della Corte d'Appello di Trento sopra richiamata – impugnata poi dal Procuratore Generale della Repubblica – non aveva ritenuto che il riconoscimento contrastasse con l'ordine pubblico. L'ordinanza aveva infatti identificato quest'ultimo concetto con il "*complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni a diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria*" richiamando così gli esiti interpretativi fatti propri dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione 30 settembre 2016 n. 19599. Insomma, la Corte d'Appello aderiva alla tesi che individua l'ordine pubblico in principi ispirati a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo e avulsi dalla legislazione ordinaria. In questi termini, veniva ravvisato che il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 fosse una disposizione non costituente espressione di principi vincolanti per il legislatore ordinario e dunque non precludente il riconoscimento dell'efficacia del

Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?; S. TONOLO, *Lo* status filiationis *da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 2, p. 61 ss.

[586] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 339.

provvedimento straniero tramite il quale era stato (legittimamente) riconosciuto il rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale. L'art. 12, comma 6, legge 40 del 2004 costituirebbe dunque espressione di discrezionalità, del margine di apprezzamento che il legislatore ordinario ha nella regolamentazione di una materia molto controversa anche da un punto di vista etico. In questi termini, l'ordinanza individuava l'interesse superiore del minore, il *best interest of the child*, nel diritto del minore a conservare lo *status* di figlio validamente ottenuto all'estero e nella libera e consapevole decisione da parte del genitore intenzionale ad accudire ed allevare il minore all'interno del progetto di vita familiare condiviso con l'altro coniuge.

È proprio questo passaggio dell'ordinanza della Corte d'Appello di Trento che offre alle Sezioni Unite Civili la possibilità di svolgere considerazioni sulla nozione di ordine pubblico. Le Sezioni Unite ricordano, dapprima, la distinzione tra *funzione difensiva* e *funzione promozionale* dell'ordine pubblico. La *funzione difensiva* è stata utilizzata per moltissimo tempo dalle corti di merito e di legittimità quale limite all'ingresso di norme ed atti provenienti da altri sistemi giuridici e contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna. Tale nozione aveva l'obiettivo di salvaguardare l'identità e la coerenza interna dell'ordinamento, di difendere le concezioni morali e politiche che costituivano il fondamento dell'ordinamento. L'ordine pubblico, secondo questa originaria impostazione, era "*il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico ed i principi inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici*". Dunque: la nozione di ordine pubblico, in passato, era delineata dai *principi inderogabili immanenti* ai più importanti istituti giuridici nel senso che i principi inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici contribuivano a definire l'ordine pubblico. La nozione di ordine pubblico veniva dunque riferita all'ordinamento giuridico nazionale ed il parametro di riferimento, ai fini della delibazione, era integrato, appunto, dai principi informatori dei singoli istituti quali si desumevano dalle norme imperative. Ciò portava ad alcune conseguenze. Da un lato l'ordine pubblico veniva sovrapposto alle norme imperative, ignorando forse che nell'art. 1343 cod. civ. l'ordine pubblico e le norme imperative sono concetti ben distinti e che nell'art. 31

disp. prel. cod. civ. queste ultime non trovavano spazio. Dall'altro lato, poi, la sovrapposizione dei due concetti, con l'identificazione dell'ordine pubblico nelle norme imperative, determinava una limitata (o pressoché irrisoria) apertura all'efficacia di provvedimenti stranieri i quali venivano riconosciuti in Italia alla sola condizione che la disciplina straniera di quell'istituto non differisse, almeno nelle linee essenziali, dalla disciplina dettata dall'ordinamento nazionale. In questi termini, la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale veniva meno, stante la identificazione dell'ordine pubblico internazionale quale particolare aspetto dell'ordine pubblico interno. Dunque: non sussisteva una diversità contenutistica tra i due ordini pubblici. Semmai, l'unica distinzione riguardava la circostanza che quello internazionale trovava applicazione nei rapporti caratterizzati da profili transnazionali mentre quello interno concerneva la esplicazione dell'autonomia privata nei rapporti tra soggetti appartenenti al medesimo ordinamento.

Più di recente, ricorda la Corte, si è affermata – e progressivamente diffusa – una nuova e diversa funzione dell'ordine pubblico: la *funzione promozionale*. Tramite questa nuova interpretazione dell'ordine pubblico, il giudizio di compatibilità dell'atto (o della norma straniera) viene ora circoscritto ai soli valori tutelati dalle norme fondamentali e viene posto in risalto il collegamento di tali valori – espressi, si ripete, dalla Costituzione (ma non solo) – con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale. Una nozione che vuole favorire la diffusione di valori comuni e l'armonizzazione tra ordinamenti: "*L'apertura (dell'ordinamento interno) al diritto sovranazionale ed il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese ha prestato adesione (…) ha determinato una modificazione del concetto di ordine pubblico internazionale, caratterizzato (…) da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali, al quale fa inevitabilmente riscontro un affievolimento dell'attenzione verso quei profili della disciplina interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai predetti canoni*". La nuova lettura dell'ordine pubblico assegna allo stesso una funzione non già conservativa bensì promozionale e tale nozione viene sempre più integrata da valori giuridici condivisi dalla comunità degli Stati volti, in particolar modo, alla tutela dei diritti fondamentali. Ciò comporta un

affievolimento della nozione di ordine pubblico rispetto ai principi immanenti e inderogabili dei singoli istituti che non rispondono all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali. La nozione di ordine pubblico viene ora definita quale l'insieme dei principi fondamentali della Costituzione o in quelle regole, che pur non essendo previste dalla Costituzione, hanno quale obiettivo quello di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o ancora che informano l'intero ordinamento e la cui violazione si tradurrebbe in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell'assetto ordinamentale italiano. Attraverso questa nuova definizione di ordine pubblico, una conseguenza è che l'ordine pubblico internazionale non si identifica più con l'ordine pubblico interno perché, si dice, equiparando i due ordini pubblici, le norme di conflitto sarebbero operanti solo quando conducessero all'applicazione di norme materiali dal contenuto analogo a quelle italiane, sì da far svanire la diversità tra sistemi giuridici. In questi termini, secondo questa lettura, non vi è equivalenza tra norme inderogabili dell'ordinamento italiano e principi di ordine pubblico poiché i principi di ordine pubblico non sono integrati dalle sole norme di diritto interno ma "*devono essere ricavati da esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, o da valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale*". La sentenza 12193 del 2019 ricorda che su questa linea interpretativa si colloca appunto la sentenza 19599 del 2016 – che ha ritenuto compatibile con l'ordine pubblico il riconoscimento dell'atto straniero di nascita di un minore generato da due donne, una delle quali aveva donato gli ovociti e l'altra che aveva portato in grembo l'embrione – ritenendo che l'ordine pubblico viene integrato appunto dai *soli* principi fondamentali che vengono desunti dalla Costituzione, dai trattati fondativi dell'Unione Europea, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). In questi termini assumono una crescente importanza le fonti sovranazionali (sempre che il loro contenuto sia compatibile con la Costituzione), che vengono arricchite, nell'interpretazione, anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, la mera difformità contenutistica di una norma straniera da una disposizione del diritto interno non comporta automaticamente un contrasto con l'ordine pubblico internazionale poiché il parametro di riferimento per vagliare la conformità/difformità

è costituito esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario (quello che si potrebbe chiamare ordine pubblico costituzionale). Dal giudizio di compatibilità può emergere (o non emergere) un contrasto con la norma straniera. In particolare dall'esito del giudizio emergerà il contrasto con l'ordine pubblico laddove sia provata una incompatibilità della norma straniera con i principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario; viceversa non emergerà il contrasto laddove il giudice ritenga che vi sia una mera *incompatibilità temporanea* della norma straniera con la legislazione vigente quando questa rappresenti una delle modalità espressive della discrezionalità legislativa in un determinato periodo storico che tuttavia non è incompatibile con i principi fondamentali. Peraltro, una sentenza successiva – Cass., 15 giugno 1017, n. 14878 – ricorda che tra le fonti da prendere in considerazione per enucleare la nozione di ordine pubblico vi è anche la Dichiarazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo, la Dichiarazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e la Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore. A questi principi viene attribuita una "*portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione*".

Le sezioni unite nel 2019 ricordano anche un precedente del 2017 che si è confrontato con l'istituto dei danni punitivi (cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601).[587] Se è vero che l'istituto dei danni punitivi non è disciplinato dall'ordinamento italiano, quella sentenza ha dato importanza nel delineare la clausola generale dell'ordine pubblico anche alle *leggi ordinarie* poiché le diversità delle tradizioni giuridiche e delle Costituzioni "*costituiscono un limite ancor vivo*". Per le sezioni unite, quest'interpretazione non mette in discussione la nuova lettura in chiave promozionale dell'ordine pubblico. Tuttavia, l'ordine pubblico viene integrato non solo dalla Costituzione (e dalle fonti sovranazionali) ma anche da "*quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dall'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale*". In questi termini il giudizio di compatibilità necessita di

[587] Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, op. cit.

verificare l'eventuale contrasto tra l'istituto del quale si chiede il riconoscimento e l'insieme di valori e norme rilevanti ai fini della delibazione. È così che viene data *importanza alla normativa ordinaria* che costituisce strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, tenendo cioè conto del modo in cui i valori si incarnano concretamente nella disciplina dei singoli istituti. In particolare, nell'enucleazione dei principi che integrano la nozione di ordine pubblico, occorre dare rilevanza non solo alla legge ordinaria ma anche all'opera di interpretazione svolta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che hanno estrapolato i principi fondamentali non solo sulla base della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali ma anche della legge ordinaria. Proprio l'opera di interpretazione svolta dalla giurisprudenza ha contribuito a formare il *diritto vivente* che deve essere preso in considerazione quando si ricostruisce la nozione di ordine pubblico. Il diritto vivente contribuisce alla costruzione della nozione di ordine pubblico, come insieme di valori fondanti dell'ordinamento in un determinato periodo storico. Ancora: si afferma che caratteristica dell'ordine pubblico è la "*relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto*" che si modifica "*in dipendenza dell'evoluzione del rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degl'istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi ed arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento*". Le Sezioni Unite ricordano, peraltro, che l'armonizzazione tra ordinamenti non equivale ad uniformità della disciplina delle singole materie perché è la discrezionalità legislativa ad individuare gli strumenti più opportuni per dare attuazione ai valori e, dimostrazione di ciò, sarebbe la formulazione dell'art. 64 ss. della legge 218 del 1995 che non prevede un recepimento automatico della sentenza e dei provvedimenti stranieri, ma ne subordina la produzione degli effetti nell'ordinamento italiano alla compatibilità dello stesso con la nozione di ordine pubblico.

Alla luce di tutto questo percorso argomentativo le Sezioni Unite sembrano aderire alla nozione estesa di ordine pubblico – quella fatta propria in tema di danni punitivi - poiché viene enunciato il principio di diritto secondo il quale la compatibilità con l'ordine pubblico ex artt. 64

ss. della l. 218 del 1995 va valutata "*non solo con riferimento ai principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e di composizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione di ordine pubblico quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato periodo storico*".[588] Dunque: l'ordine pubblico viene visto come l'insieme dei valori fondanti in un determinato periodo storico e le fonti che concorrono ad integrare tale nozione sono non solo la Costituzione e le fonti internazionali e sovranazionali ma anche la legislazione ordinaria ed il diritto vivente che si compone dell'interpretazione che ai singoli istituti viene data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Partendo da questa nozione di ordine pubblico – comprendente dunque anche la normativa ordinaria – la Corte si interroga sul riconoscimento in Italia dell'atto di nascita straniero che ha riconosciuto la filiazione omosessuale, attribuendo la qualifica di padre anche al genitore non biologico ma intenzionale. È proprio la nozione di ordine pubblico che, per questa sentenza a sezioni unite, non è stata "oggetto di adeguato apprezzamento" da parte dell'ordinanza della Corte d'Appello. In particolare, l'ordinanza della Corte d'Appello ha trasposto automaticamente quanto affermato dalla sentenza 19599/2016 alla filiazione omosessuale maschile "*senza tenere conto delle profonde differenze intercorrenti tra la stessa e quella presa in considerazione dal precedente di legittimità*". In particolare, nel caso deciso dalle sezioni unite si tratta di

[588] In senso critico con questa ricostruzione, cfr. M.C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il* best interest of the child *e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 2, p. 9: "L'eleganza del periodare della S.C. non può, tuttavia, offuscare la circostanza che in tal modo, con chiara inversione della gerarchia delle fonti, si fa della legge ordinaria la chiave di lettura di previsioni ad essa sovraordinate. A nostro avviso il ruolo attribuito alle disposizioni di rango primario va, in linea generale, ridimensionato e, nel caso di specie, rigettato. A tale conclusione si perviene sia ragionando in via astratta, sia in concreto".

riconoscere il rapporto di filiazione tra due soggetti, tra i quali non vi è alcun tipo di rapporto biologico perché i due nati sono stati generati tramite materiale genetico dell'altro uomo della coppia con materiale di una donna terza ed una quarta ha portato a termine la gestazione. Viceversa, il precedente richiamato dalla Corte d'Appello riguardava una filiazione omosessuale femminile – si trattava pur sempre la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero – in cui il figlio era legato biologicamente ad entrambe le donne poiché una aveva ceduto il materiale genetico e, dopo essere stato fecondato con il materiale genetico di un uomo terzo, l'altra aveva portato a termine la gravidanza. I due casi si differenziano "per il numero di terzi estranei (…) e soprattutto per il contributo fornito da uno di essi, che risulta però determinante ai fini della individuazione della disciplina applicabile". In particolare, la Suprema Corte ricorda che il caso della filiazione omosessuale femminile è un ibrido tra una fecondazione eterologa ed una fecondazione omologa: si avvicina alla prima tecnica poiché vi è l'apporto genetico di un terzo donatore (ed è, in definitiva, una situazione analoga a quella di una coppia eterosessuale che si trovi in una situazione di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile); si avvicina, poi, alla seconda tecnica perché vi è il contributo genetico fornito da un *partner* all'altro all'interno della stessa coppia. In questi termini, la Corte esclude che la filiazione omosessuale femminile così strutturata sia riconducibile alla maternità surrogata, escludendo così l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004. In questi termini, con riferimento ai minori nati da coppia omosessuale femminile, sia "che si tratti di fecondazione assistita mediante il ricorso al patrimonio genetico dei due genitori (una madre fornisce l'ovulo, fecondato da donatore anonimo; l'altra porta a termine la gravidanza) o che si tratti di genitore biologico e genitore intenzionale, purché non vi sia ricorso alla maternità surrogata, la situazione di fatto va equiparata a quella della fecondazione eterologa (pienamente ammessa anche in Italia, eventualmente con regole diverse da quelle dell'ordinamento straniero) e, pertanto, l'atto di nascita o provvedimento giurisdizionale che riconosca la bigenitorialità in capo alle due madri ha piena cittadinanza anche nel nostro ordinamento".[589]

[589] In questi termini si esprime G. SALVI, *Gestazione per altri*, op. cit., p. 1629.

Viceversa, la filiazione omosessuale maschile è realizzata attraverso il ricorso alla maternità surrogata. Una donna, estranea alla coppia, presta il proprio corpo al solo fine di aiutare un'altra persona o una coppia sterile a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione e ed al parto per conto della coppia committente, impegnandosi altresì a consegnare il nascituro. In questi termini, il collegio decidente ritiene il caso simile a quanto deciso da Cass., 24001/2014[590] inerente l'adottabilità di un minore nato da maternità surrogata: in quel caso, infatti, si era in presenza di una surrogazione di maternità avvenuta tramite materiale genetico *completamente* estraneo alla coppia eterosessuale committente (sia dell'uomo che della donna). Nel caso in esame, invece, si rintraccia materiale genetico fornito da uno dei due uomini della coppia omosessuale. Secondo le sezioni unite, ha errato la Corte d'Appello nel non ritenere l'art. 12, comma 6, l. 40/2004 come norma di ordine pubblico e nell'escludere che tale legge costituisca espressione di principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, ritenendo altresì che tale disciplina non potesse prevalere sull'interesse superiore dei minori nella conservazione dello stato di figlio legittimamente acquisito all'estero, che precluderebbe allo stesso di far valere i propri diritti nei confronti del genitore intenzionale. In particolare, escludendo che il divieto di surrogazione di maternità costituisce principio di ordine pubblico, la Corte d'Appello si sarebbe posta in contrasto con il precedente del 2016 che assegna alla legge 40 "una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti" e con la giurisprudenza costituzionale che ritiene la legge costituire espressione "*di un bilanciamento d'interessi attuato dallo stesso legislatore*", qualificando la stessa legge come "*costituzionalmente necessaria*": pur se essa non ha un contenuto costituzionalmente vincolato, la sua promulgazione ha indubbiamente condotto ad un ragionevole punto di equilibrio di contrapposte esigenze nel rispetto della dignità della persona umana e l'individuazione di tale equilibrio "*appartiene primariamente alla valutazione del legislatore*". La Corte richiama una sentenza del giudice delle leggi secondo cui "*la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia (…) non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti*" e

[590] Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

tra i limiti vi è quello del divieto di surrogazione di maternità. In particolare, per il collegio, se è vero che numerose sono state le pronunce della Corte Costituzionale che hanno temperato il rigore della legge 40 del 2004 (ad es. l'originario divieto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita eterologa venuto meno per effetto della sentenza n. 162/2014), la Corte Costituzionale ha sempre ritenuto ben distinte la procreazione medicalmente assistita (omologa od eterologa) e la maternità surrogata e quest'ultima è vietata in ogni caso, prevedendo anche un apparato sanzionatorio, tanto che la Corte Costituzionale quando ha temperato il divieto alla procreazione medicalmente assistita eterologa ha precisato che "tale pronuncia non investe in alcun modo il divieto posto dall'art. 12, comma sesto, l. 40/2004".

Ancora: la Corte di Cassazione ritiene che nel caso di filiazione omosessuale maschile, il genitore intenzionale non biologico possa ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett d), l. 184/1983 che garantisce una tutela adeguata alla continuità della relazione affettiva ed educativa e, in definitiva, l'interesse del minore: "(…) proprio facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura" viene rintracciata una "clausola di chiusura del sistema" nell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 che consente di "salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa". L'unica condizione da rispettare è quella della constata impossibilità dell'affidamento preadottivo che viene intesa non già come impossibilità di fatto, derivante da abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo. Tale conclusione, ad avviso della Corte, e cioè il mancato riconoscimento della filiazione omosessuale maschile e la tutela del genitore intenzionale e del nato attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari non si pongono, ad avviso della Corte, in contrasto con i principi sanciti dalle convenzioni internazionali perché se è vero che assicurano la più ampia tutela al minore, è altresì indubitabile che la tutela dell'interesse del minore può "*costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dell'ordinamento*". La Corte ricorda poi le sentenze *Mennesson e Labassee* che, proprio con riferimento al riconoscimento del rapporto di filiazione tra genitore intenzionale e minore nato attraverso la maternità surrogata

hanno affermato che gli Stati godono di *ampio margine di apprezzamento* sia per decidere se autorizzare o meno la pratica sia per determinare gli effetti da ricollegarvi sul piano giuridico. In particolare, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione non configura una violazione del diritto al rispetto della vita familiare del minore, protetta dalla CEDU, sempre che "sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie". In particolare, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale non preclude al minore l'inserimento all'interno del nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo s*tatus filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti del genitore biologico. In dottrina non mancano critiche alla sentenza, poiché si afferma che proprio in considerazione dell'interesse superiore del minore andrebbe riconosciuto il provvedimento straniero che attribuisce la genitorialità al padre intenzionale non biologico. Si legge, infatti: "(…) il riconoscimento del provvedimento (giurisdizionale o amministrativo) che attribuisce la genitorialità al padre non biologico, anche se questi abbia condiviso e intrapreso un percorso di gestazione per altri (illecito e riprovato dal nostro sistema giuridico) non è un atto che va valutato nell'ottica dell'interesse del padre richiedente, ma nella visuale del minore: se, come effettivamente avviene, esso attua i diritti dei bambini all'identità familiare e alla continuità degli *status*, non si dubita che debba essere considerato conforme ai principi di ordine pubblico che regolano la materia. E ciò in ragione della priorità dell'interesse che l'ordinamento deve salvaguardare",[591] ricordando quanto insegna Pietro Perlingieri: "altro è il discorso sull'*an* dell'inseminazione, altro quello sulle sue conseguenze. Queste non possono essere ignorate dal giurista. Anche se l'*an* non fosse conforme all'ordinamento, le conseguenze dovrebbero comunque essere previste in modo da non pregiudicare il nato".[592] Dunque: la Corte rigetta la domanda di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero in Italia – negando la trascrizione in Italia di un atto di nascita che indica due padri – ed ammette però, quale strumento di tutela per il riconoscimento della

[591] Così, G. SALVI, *Gestazione per altri*, op. cit., p. 1630.

[592] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 780.

relazione tra padre intenzionale e minore, l'adozione in casi particolare ex art. 44, comma 2, lett. d), l. 184/1983 per salvaguardare la continuità delle relazioni affettive ed educative del minore concepito all'estero.

Di "piena condivisione, sotto molteplici aspetti" della sentenza parla Gabriella Luccioli.[593] Più cauto nel giudizio appare Giovanni Perlingieri, secondo il quale la sentenza contiene invece luci ed ombre. Se, parlando dei lati positivi (le luci), si intendono l'accoglimento di quella particolare interpretazione di ordine pubblico e la soluzione adottata dalla Suprema Corte (quella, cioè, di ricorrere all'adozione in casi particolari per tutelare giuridicamente la relazione tra minore e padre intenzionale), non si può non essere totalmente d'accordo con l'Autore. Parlando invece dei lati negativi (le ombre), Giovanni Perlingieri ritiene indispensabile porre l'attenzione su "tre aspetti del tutto trascurati dalle Sezioni unite", pena il rischio di generalizzazioni pericolose.[594] In primo luogo – ricorda l'Autore – il divieto della maternità surrogata tutela non solo la dignità della donna[595] ma anche l'interesse dei minori ad evitare

---

[593] G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020, p. 1 ss.

[594] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 339.

[595] Che la maternità surrogata leda la dignità della donna – e pertanto la pratica deve essere vietata – è la tesi sostenuta da Gabriella Luccioli che accoglie con favore la sentenza a sezioni unite n. 12913 del 2019. L'Autrice ricorda che della dignità – menzionata dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali – si può avere tanto una concezione statica che una dinamica. Ricordando il pensiero di Stefano Rodotà per il quale la dignità rappresenta il diritto dei diritti, essa pone un limite allo stesso giudice nel senso che egli non potrà mai adottare provvedimenti lesivi della dignità della persona. Per Gabriella Luccioli la maternità surrogata, riducendo la persona a corpo "priva la maternità del suo senso umano e la fa divenire bruta materialità biologica, mera tecnica riproduttiva" (p. 3). La maternità surrogata lede la dignità della gestante e di tutte le donne e non può essere ritenuta espressione della libera determinazione di chi sceglie di mettere a disposizione il proprio corpo, trattandosi in realtà di una tecnica il cui fine è quello di soddisfare il *desiderio di genitorialità*. Se è vero che alcuni ritengono ammissibile la maternità surrogata sull'argomento che vietarla lederebbe il principio di autodeterminazione – e, dunque, in definitiva, la dignità – la Luccioli ritiene che ciò banalizza la gestazione riducendo la

di essere oggetto di pericolosi traffici.[596] Tale interesse deve peraltro costituire oggetto di bilanciamento nella valutazione dell'interprete al fine di determinare il grado di inderogabilità del divieto. In secondo luogo, c'è la necessità che il riconoscimento di efficacia in Italia (ovvero il diniego della stessa) al provvedimento straniero sia svolto attraverso una valutazione "caso per caso". Invero, attribuire al divieto di maternità surrogata il principio di ordine pubblico internazionale, comporterebbe *sempre e comunque* il mancato riconoscimento del provvedimento straniero, senza alcun bilanciamento del suddetto principio con l'interesse del minore in relazione caso concreto. Allo stesso modo, anche con riferimento all'interesse del minore, occorre valutare, caso per caso, la configurabilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari e, in questa valutazione concreta, occorre valutare non tanto la sussistenza di un rapporto affettivo quanto l'idoneità dei richiedenti ad essere genitori che comunque non può essere preclusa dalla omosessualità stante l'assenza di studi scientifici comprovanti il nocumento di tali nuove forme di genitorialità nella formazione del minore. In terzo luogo, occorre valutare la ragionevolezza del rimedio proposto (cioè quello dell'adozione in casi particolari). In sostanza occorre comprendere se la soluzione scelta (l'adozione ex art. 44, l. 184/1983) sia un rimedio giusto e come tale capace di soddisfare adeguatamente *tutti* gli interessi ed i valori coinvolti. Secondo Giovanni Perlingieri, in particolare, il ricorso allo strumento dell'adozione in casi particolari può ritenersi uno rimedio giusto e dunque ragionevole solo se si "ritiene che l'adozione ex art. 44, comma 2, lett. d), l. cit. [sia] esperibile anche qualora il minore non abbia alcun legame biologico con i due genitori intenzionali".[597] Dunque, per Perlingieri, l'istituto dell'adozione (in casi particolari) *deve* trovare applicazione anche quando la coppia committente ricorra ad una maternità surrogata con impianto di embrione nell'utero di una donna

---

gravidanza a servizio al fine di soddisfare il bisogno di genitorialità attraverso contratto. Cfr. G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione*, op. cit., p. 1 ss.

[596] G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione*, op. cit., p. 4: "Occorre smettere di pensare che far nascere un bambino con la surrogata sia un gesto di libertà e progresso, mentre il rifiutare una pratica che riduce le donne a meri contenitori ed i bambini ad oggetto di scambio sia segno di bigottismo reazionario".

[597] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 342.

fecondato attraverso materiale genetico che non appartiene a nessuno dei due membri la coppia committente (è l'ipotesi in cui entrambi i genitori sono intenzionali). Diversamente argomentando ed in presenza di parità di condizioni e delle medesime esigenze "si creerebbe una disparità di trattamento irragionevole tra minori legati biologicamente con almeno uno dei due genitori (in quanto tali senz'altro adottabili per la Suprema Corte) e minori semmai non legati biologicamente con nessuno dei soggetti che aspirano al rapporto genitoriale".[598] In questi termini, una volta ritenuto che l'adozione in casi particolari sia, in concreto, la soluzione migliore per il minore e per il suo interesse "occorre ammettere l'adozione in casi particolari tanto in presenza di fattispecie con o senza elementi di estraneità, tanto in costanza di una coppia etero o omosessuale, quanto se sussista, come nel caso sottoposto alle Sezioni unite, o manchi un legame biologico con uno o entrambi i richiedenti l'adozione".[599] In questi termini, partendo dalla intuizione di Pietro Perlingieri che la meritevolezza della tutela della famiglia riguarda anche i rapporti affettivi che si materializzano nella comunità spirituale e di vita (e non sole *iure sanguinis*),[600] l'"impossibilità di affidamento preadottivo" previsto, quale condizione, dall'art. 44, lett. d), l. 184/1983 ricomprende tutte quelle ipotesi in cui, in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse reale del minore a vedere riconosciuti i legami con quei soggetti che se ne prendono cura sul piano affettivo, esistenziale, psicologico o fisico, assumendo in tal modo la qualifica di genitore sociale, sicché la realtà sociale e quella giuridica finiscono per coincidere. Ciò detto, l'ulteriore critica che Giovanni Perlingieri fa alla sentenza delle sezioni unite (a tal riguardo parla di "ingenuità") concerne il soggetto chiamato a svolgere l'attività di bilanciamento: se essa, per la sentenza, deve essere effettuato dal solo legislatore, per l'Autore tale attività deve essere compiuta *dall'interprete* nel momento applicativo. È proprio grazie all'opera di sintesi e di ricostruzione, di bilanciamento che svolge l'interprete (e non la legge) che a volte, alla luce del caso concreto, potrebbe venir escluso lo stesso ricorso all'istituto dell'adozione quando

---

598 G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 342.

599 G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 342.

600 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 919 ss.

questa non rappresenti lo strumento preferibile per realizzare l'interesse del minore. In dottrina, vi è anche chi ritiene che, attraverso una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del sistema, potrebbe svilupparsi una lettura diversa da quella fatta propria dalle sezioni unite nel 2019, sovvertendo il significato della clausola generale di ordine pubblico. In particolare, ritenendo che principio di ordine pubblico non sia tanto il divieto di maternità surrogata quanto la tutela dei diritti fondamentali del minore ex art. 2 Cost. In questi termini, tenuto conto del divieto di discriminazione per nascita (art. 3 Cost.) e della piena tutela del rapporto con i genitori (artt. 30, 31 Cost.) si potrebbe ammettere il riconoscimento dell'atto di nascita o della sentenza straniera da cui risulti la doppia paternità.[601] È infatti scontato che precludere il riconoscimento in Italia di un atto di nascita legittimamente formato all'estero che riconosce la doppia paternità vorrebbe dire arrecare nocumento al nato privandolo dello stato di figlio ed in certo qual modo addebitare a quest'ultimo una "colpa" che non ha per una condotta, anche se illegale nel nostro ordinamento, della quale lui non è parte. Vero, tuttavia, che vi è il rischio, dall'altro lato, di abusare dell'interesse del minore. [602] Per Vincenzo Barba[603] il miglior interesse del minore non può costituire un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, dal momento che l'ultimo e il primo debbono compenetrarsi e non giustapporsi. Un'altra critica che muove l'Autore è quella per cui la gestazione per sostituzione non può essere sempre considerata contraria all'ordine pubblico internazionale giacché è ben possibile un bilanciamento con il miglior interesse del minore, al di là del (presunto) bilanciamento compiuto dal legislatore. L'Autore ritiene che per riconoscere o negare efficacia alla maternità surrogata occorre una valutazione molto attenta dei singoli interessi, specie quando si tratti di una gestazione per sostituzione ispirata alla solidarietà gratuita.

---

601 G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà*, cit., p. 689.

602 G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss.

603 V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, fasc. 2, p. 19 ss.

4. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale: Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325.

Successivamente, la questione della filiazione omosessuale maschile (in particolare del riconoscimento in Italia dello stato di figlio legittimamente acquisito all'estero tra nato e genitore intenzionale all'interno di una coppia omosessuale) è tornata dinanzi alla Suprema Corte. Nel 2020, la prima sezione civile ha emanato una ordinanza di rimessione – si tratta di Cass., 29 aprile 2020, n. 8325[604] – sollevando questione di legittimità costituzionale. La prima sezione civile ha dichiarato "*rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396/2000, e 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/95, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata) del cd. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*". La prima sezione civile ritiene dunque errata l'interpretazione fornita dalla sentenza emessa solo qualche mese prima – si tratta, appunto, di Cass. n. 12193/2019, peraltro resa a sezioni unite – anche in considerazione di un parere consultivo emesso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione ai casi

[604] Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 675 ss. con commenti di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte Costituzionale* e di G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss. con commento di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata.*

Mennesson e Labassee successivamente alla pubblicazione della sentenza stessa. Il caso è pressoché analogo a quanto deciso dalle sezioni unite nel 2019: due cittadini italiani di sesso maschile sono sposati in Canada e l'atto di matrimonio viene trascritto nel registro delle unioni civili in Italia. In Canada, poi, i coniugi ricorrono alla pratica della maternità surrogata e, tramite una donna che dona l'ovocita, i gameti di uno dei due coniugi e l'utero di una seconda donna che porta a termine la gravidanza, nasce un bambino. In Canada, il bambino viene dapprima ritenuto figlio del solo genitore che aveva contribuito, con il proprio materiale genetico, a procrearlo e, successivamente, tramite una sentenza canadese viene ritenuto genitore del minore anche il padre intenzionale. I due genitori chiedono la trascrizione della rettifica dell'atto di nascita in Italia, a seguito della rettifica avvenuta con sentenza canadese e dal quale risultavano genitori entrambi gli uomini.

In particolare, la sentenza fa riferimento al parere consultivo emesso il 10 aprile 2019 dalla *Grande Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,[605] parere che è stato emesso in seguito al rinvio trasmesso dalla *Assemblée plénière* della *Cour de Cassation* il 5 ottobre 2018. Con questo parere, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è tornata sulla nota vicenda *Mennesson c. Francia*, da alcuni definita come la "*saga giurisprudenziale francese*" della maternità surrogata. Si tratta della prima volta con cui la Corte EDU emette un parere consultivo in applicazione al protocollo n. 16 della CEDU:[606] un protocollo, questo, definito dal Presidente della Corte, Dean Spielman quale "*Protocole du dialogue*", sintagma utilizzato per implementare il dialogo tra le corti.[607] Il

---

[605] La *Grande Chambre* si è espressa in seguito . Cfr. Corte EDU, G.C. *avis consultatif*, 10 aprile 2019, R.P 16-2018.001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 757 ss. con commento di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*. Si veda, altresì, M. GIACOMINI, *Il caso Menesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Rivista AIC*, fasc. 5/2019, p. 167 ss.

[606] Cfr. E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni naionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione Europea dei Diritti Umani*, Torino, 2015;

[607] Si legge nel parere (punto 25): "(…) the aim of the advisory-opinion procedure is to further enhance the interaction between the Court and national

protocollo consente alle più alte giurisdizioni degli Stati firmatari di avere un parere da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sull'interpretazione di norme convenzionali. Obiettivo dei pareri consultivi è quello di evitare future violazioni della Convenzione, diminuire il numero di ricorsi presentati alla Corte, attribuendo a questa un ruolo di guida per orientare i giudici nazionali nell'applicazione delle regole convenzionali riconoscenti diritti e libertà.[608] Tale protocollo è stato aperto alla firma degli Stati il 2 ottobre 2013 con l'intento, appunto, di favorire il dialogo tra giudici nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, consolidando l'attuazione della Convenzione in armonia con il principio di sussidiarietà. Si consideri, tuttavia, che il protocollo aggiuntivo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non è stato ancora ratificato dall'Italia. Il meccanismo è simile, ma non analogo, al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE[609] con alcune peculiarità: da un lato, i pareri hanno una natura non vincolante, dall'altro vi è una facoltà (e non un obbligo) da parte dei giudici nazionali di procedere a richiedere il chiarimento interpretativo, da ultimo, la Corte EDU non fa parte dell'ordinamento in cui sarà applicato il chiarimento interpretativo. Si parla, in dottrina, di "nomofilachia preventiva"[610] poiché la funzione consultiva è svolta solo su questioni di principio. L'assemblea plenaria della Cassazione francese ha sottoposto due questioni alla Corte EDU. In primo luogo, ha chiesto se lo Stato superi il margine di apprezzamento suo proprio nel momento in cui rifiuta di

---

authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity, by allowing the designated national courts and tribunals to request the Court to give an opinion on "questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto" (…) The aim is (…) to give the requesting court or tribunal guidance on Convention issues (…)".

608 Cfr. M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson*, cit., p. 169 ss.

609 In questo caso il giudice nazionale di uno Stato membro sospende il giudizio e rinvia alla Corte di Gisutizia questioni interpretative su una norma di diritto europeo.

610 P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 CEDU nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.

trascrivere l'atto di nascita formato all'estero nella parte in cui questo attribuisce la qualifica di madre alla madre intenzionale (e se la circostanza che il minore sia stato generato con gameti di questa donna modifichi la questione). In secondo luogo, ha chiesto se, una volta ammesso che dalla Convenzione nasce l'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione, lo Stato possa ricorrere all'adozione e non alla trascrizione dell'atto di nascita straniero, sì che la madre intenzionale possa adottare il figlio biologico del marito. Pur se il caso *Mennesson* riguarda una surrogazione di maternità avvenuta in California e posta in essere da una coppia eterosessuale francese, la Corte, nel suo parere consultivo, ritiene che ex art. 8 CEDU (che disciplina il diritto al rispetto della vita privata, anche del minore) la legislazione nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere la *relazione* tra minore e genitore intenzionale anche nei confronti di quel minore nato all'estero attraverso una pratica di maternità surrogata vietata nel paese d'origine dei genitori committenti. La Corte specifica altresì che il dovere di riconoscimento della *relazione parent-child* non necessariamente equivale ad un obbligo per lo Stato di trascrivere nel registro dello stato civile il certificato di nascita formato all'estero, a condizione che gli altri strumenti previsti dal diritto interno per il riconoscimento di tale *relazione* tra madre intenzionale e minore (ad es. l'adozione), rispettino due condizioni fondamentali: *celerità* ed *effettività* della procedura che porta al riconoscimento della relazione. Nel parere consultivo si ricorda che il mancato riconoscimento del rapporto tra minore e madre intenzionale comporterebbe un nocumento per il primo, ingenerando una incertezza giuridica con riferimento alla sua identità all'interno della società. Non potrebbe, ad esempio, ottenere la cittadinanza della madre; potrebbero, inoltre, sorgere limitazioni nei diritti successori nei confronti della stessa. Potrebbe, ancora, essere messa in pericolo la relazione con la madre intenzionale laddove questa si separasse dal padre (o questo decedesse); da ultimo, potrebbe verificarsi l'assenza di tutela per il minore laddove la madre intenzionale decidesse di non prendersi cura del nato. Se è vero che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sulle questioni etiche (come, appunto, nella maternità surrogata la cui regolamentazione non è uniforme in ambito europeo ed internazionale) tuttavia tale margine si restringe nel momento in cui viene in rilievo un legame di parentela che coinvolga un aspetto fondamentale dell'identità

dell'individuo perché la stessa vita dei minori sarebbe inevitabilmente influenzata negativamente laddove non fosse riconosciuto il rapporto con la madre intenzionale. Una precisazione si rende necessaria: il giudice francese chiedeva se i termini della questione cambiassero a seconda che i gameti tramite i quali viene realizzata la surrogazione di maternità fossero della donna committente ovvero di una terza donna, estranea alla coppia. La Corte non si è pronunciata su questo punto ma ha risposto nei termini di cui sopra con riferimento allo specifico caso *Mennesson* in cui la madre intenzionale è ricorsa a gameti provenienti da una donatrice anonima. Secondo una parte della dottrina, la necessità del riconoscimento del rapporto di filiazione dovrebbe valere, a maggiore ragione, laddove la maternità surrogata venga realizzata con i gameti della stessa madre intenzionale.[611] La Corte, come detto, ha poi ritenuto che per riconoscere il rapporto tra genitore intenzionale e minore lo Stato possa anche non ricorrere alla trascrizione dell'atto di nascita straniero, anche in considerazione della non uniformità di vedute in ambito europeo. In questi termini, nel momento in cui non venga messo in discussione l'*an* del riconoscimento del rapporto ma il *quomodo*, i rischi circa la lesione del diritto all'identità del minore vengono ridotti: è dunque possibile che lo Stato utilizzi strumenti ed istituti diversi, come l'adozione, purché essi realizzino effetti simili alla trascrizione dell'atto di nascita. Non vi è altresì un obbligo di riconoscere *ab initio* il rapporto di filiazione con la madre intenzionale poiché l'interesse del minore deve essere apprezzato non in astratto ma in concreto anche se, precisa la Corte, la relazione dovrebbe essere riconosciuta al massimo quando si concretizza ("*at the latest when it has become a pratical reality*"). Con riferimento all'ordinamento francese, vi erano già state pronunce, precedenti al parere consultivo che, pur negando la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, consentivano alle coppie eterosessuali l'adozione, da parte della madre intenzionale, del figlio del padre biologico.

All'indomani della pubblicazione del parere consultivo, la dottrina si interrogava sulla rilevanza di questo nell'ordinamento italiano. In Italia, da un lato non è quasi mai stato negato il rapporto di filiazione tra

[611] A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento*, op. cit., p. 760.

il genitore biologico ed il minore nato all'estero da pratica di maternità surrogata (almeno con riferimento alle coppie omosessuali femminili)[612] e, dall'altro, è stato utilizzato sempre più spesso l'istituto dell'adozione in casi particolari per garantire il legame tra genitore intenzionale e minore, come dimostra la sentenza n. 12193 del 2019 sopra esaminata. Alla luce del parere consultivo, occorre chiedersi se l'adozione in casi particolari (e non la trascrizione dell'atto di nascita) sia uno strumento *adeguato* per riconoscere la relazione tra genitore intenzionale e minore. In particolare, l'adozione in casi particolari produce *effetti minori* rispetto al rapporto di piena genitorialità, poiché il minore adottato dal genitore intenzionale non instaura rapporti di parentela con i familiari di quest'ultimo ex art. 74 cod. civ.[613]

Su questo punto, occorre adesso analizzare l'ordinanza di rimessione n. 8325 del 2020 che, nel rimettere la questione della filiazione omosessuale maschile alla Corte Costituzionale basa molte delle sue argomentazioni proprio sul parere consultivo reso dalla Corte EDU. In particolare, il collegio ritiene che gli artt. 12, comma 6, l. 40/2004, 18, d.P.R. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995, per come interpretati dalla sentenza a sezioni unite n. 12193 del 2019, sollevano profili di incostituzionalità. Incostituzionalità che nascerebbe nel momento in cui quella sentenza eleva a principio di ordine pubblico il divieto ex art. 12, comma 6, l. 40/2004 – un ordine pubblico "fissato in linea generale e

[612] Lo ricorda, da ultimo, Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230: "Non privo di rilievo, in questa prospettiva, è poi il fatto che, ai fini della (ammessa) trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile è stata riconosciuta, dalla ricordata giurisprudenza, non contraria a principi di ordine pubblico, secondo le disposizioni di diritto internazionale privato (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193; oltre alle già citate sentenze n. 14878 del 2017 e n. 19599 del 2016)".

[613] Si consideri che alla luce della riforma, il nuovo testo dell'art. 74 cod. civ. si ha parentela anche nel caso in cui il figlio sia adottivo, tranne nei casi di adozione di maggiore di età. In questi termini, sarebbe stato *de facto* abrogato il richiamo fatto dall'art. 55, l. 184/1983 all'art. 300 cod. civ. ed il minore adottato potrebbe egualmente instaurare rapporti di parentela con i familiari del genitore intenzionale.

astratta dal legislatore" – escludendo così sempre (ed a prescindere dalle circostanze del caso concreto) il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che riconosce il rapporto di filiazione tra genitore intenzionale e minore nato attraverso la surrogazione di maternità.

Nella prima parte l'ordinanza ripercorre alcuni passaggi motivazionali della sentenza a sezioni unite: così il riconoscimento dell'atto straniero troverebbe ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità ex art. 12, comma 6, l. 40/2004 "qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione". In questi termini, il legislatore avrebbe preventivamente compiuto un bilanciamento tra valori ritenendo *non irragionevolmente* prevalenti la dignità della donna e l'istituto dell'adozione sull'interesse del minore. Se il legislatore ha operato il bilanciamento, questo viene precluso al giudice il quale può semmai dare rilievo al *rapporto* tra minore e genitore intenzionale facendo ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, l. 184/1983. Ancora: per le sezioni unite la l. 40 *è una legge costituzionalmente orientata, che invera dunque i valori costituzionali* e, nonostante gli interventi della Corte Costituzionale, dall'assetto normativo vigente permane la *netta* distinzione tra maternità surrogata e procreazione medicalmente assistita eterologa. La prima, infatti, peraltro penalmente sanzionata, è completamente disapprovata dall'ordinamento andando ad offendere la dignità della gestante. Il riconoscimento del divieto di maternità surrogata quale principio di ordine pubblico non entra in contrasto con il superiore interesse del minore perché, da un lato, anche quest'ultimo può essere oggetto di bilanciamento e, dall'altro, il rapporto genitore intenzionale – minore può essere salvaguardato attraverso il sopra menzionato istituto dell'adozione.

Dopo aver ripercorso gli esiti interpretativi della recente sentenza a sezioni unite, la Corte ricorda la successiva pubblicazione del parere consultivo emesso dalla Corte EDU, all'interno della vicenda per la revisione del giudicato dell'*affaire Mennesson*, ricordando altresì le due domande poste dalla Cassazione francese alla Corte EDU. In particolare, ad avviso della Corte di Cassazione la "risposta della Corte di Strasburgo

si pon[e] in conflitto con il diritto vivente in Italia, così come si è venuto a configurare all'esito della citata pronuncia delle Sezioni Unite" e passa ad analizzare alcuni passaggi del parere consultivo che ritiene "particolarmente significativi". Così, si fa riferimento ad una fonte internazionale, quale la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (chiamata anche Convenzione di New York) del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 e dalla quale emerge la considerazione preminente dell'interesse del minore. Ancora, la Corte Europea analizza l'interesse superiore del minore che deve sempre prevalere quando è in gioco la sua situazione personale ed il margine di apprezzamento che gli Stati hanno nel riconoscere il rapporto di filiazione anche nei confronti del genitore intenzionale non biologico ed emerge subito il grande dilemma: gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione si riverberano sul diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore.

Nell'alternativa tra l'adeguarsi al principio di diritto enunciato poco prima dalle sezioni unite e quello di motivare il proprio dissenso rimettendo nuovamente la questione all'esame delle sezioni unite, il collegio opera una soluzione tecnica innovativa – anche se non è la prima volta – rimettendo la questione alla Corte Costituzionale, attraverso l'incidente di costituzionalità volto a rimuovere la disposizione sottostante (cioè l'art. 12, comma 6, l. 40/2004). Per fare ciò, la Corte muove proprio dal parere della Corte EDU che "sebbene non direttamente vincolante" (infatti l'Italia ancora non ha sottoscritto il Protocollo aggiuntivo) "impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019". In particolare, l'interpretazione fornita dalle sezioni unite – e che dunque forma il *diritto vivente*[614] – impedisce la trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero dal quale risulta padre del minore anche il genitore intenzionale (o sociale) e non biologico. Così, non vi è una "valutazione

[614] Il sintagma "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale è ben indagato da L. SALVATO (a cura di), *Profili del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale*, 2015, in cortecostituzionale.it

concreta dell'interesse del minore"[615] nel momento in cui si impedisce, *in via generale*, la trascrizione dell'atto di nascita straniero. È assai interessante il richiamo al sintagma "diritto vivente", che il collegio sembra identificare nella *communis opinio* fatta propria dalla giurisprudenza di Cassazione attraverso una sentenza a sezioni unite. Peraltro, il collegio decide di rimettere la questione alla Corte Costituzionale "non [essendo] possibile un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme in questione attraverso un'esegesi adeguatrice". In dottrina si ricorda che l'interpretazione adeguatrice è un onere da parte del giudice comune, il quale deve vagliare questa possibilità prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, tanto che la Corte Costituzionale ha affermato – già a partire dalla sentenza 22 ottobre 1966, n. 356,– che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Affermazione, questa, che ripetuta in via tralatizia è divenuto il *jus receptum* dell'onere dell'interpretazione costituzionalmente orientata quale condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Ad avviso del giudice rimettente, l'esegesi adeguatrice a Costituzione ed a CEDU "contraddi[rebbe] la recente statuizione delle Sezioni Unite". Ora, se questo è l'impianto motivazionale alla base dell'ordinanza di rimessione, occorre anche stare attenti a che l'incidente di costituzionalità non celi, in realtà, "un improprio tentativo di ottenere dalla Corte Costituzionale l'avallo a favore di un'interpretazione contro un'altra interpretazione".[616] Infatti, il sindacato di costituzionalità non costituisce una revisione in grado ulteriore delle interpretazioni offerte dall'organo della nomofilachia,[617] né può essere utilizzato per ottenere un benestare dal

---

[615] Aspetto, questo, che come sopra rilevato era già stato messo in luce da autorevole dottrina. Cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità*, op. cit., p. 340 ss. che sottolinea l'importanza della valutazione casistica.

[616] In questi termini, Corte Cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1306 ss. con nota di V. PAONE.

[617] Corte Cost., ord., 28 novembre 1994, n. 410, in *Foro it.*, 1995, I, c. 474 ss. con nota di A. PUGIOTTO, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici.*

giudice delle leggi circa la plausibilità e la fondatezza di una data interpretazione, controversa nella giurisprudenza comune.[618] Diverso il caso, invece, laddove si sia formato un diritto vivente che abbia stabilizzato una determinata interpretazione poiché, in questo caso, scopo del richiesto incidente di costituzionalità non è quello di ottenere l'avallo di una determinata interpretazione su un'altra bensì quello di denunciare il contrasto del *diritto vivente* con i parametri costituzionali lesi. Il collegio rimettente, ben conscio di quanto sopra accennato, ritiene necessario specificare che la sentenza n. 12193 del 2019 avrebbe, appunto, formato un diritto vivente circa la non trascrivibilità dell'atto di nascita straniero: "In particolare, va osservato che la sentenza delle Sezioni Unite, per l'autorevolezza dell'organo giudiziario da cui promana – la cui funzione è appunto quella di assicurare con le sue decisioni nel territorio nazionale l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione delle norme di diritto, vale a dire la cosiddetta funzione nomofilattica della Suprema Corte – ha certamente formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme applicate nella fattispecie concreta da cui il giudice *a quo* non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme delle medesime norme". Subito dopo, il collegio rimettente precisa che dare un'interpretazione adeguatrice che si contrapponga e superi quella della Cassazione a sezioni unite "non appare possibile (…) essendo ciò precluso, per quanto esposto, dalla natura della pronuncia che è ontologicamente orientata a radicare il diritto vivente al fine di garantire la certezza e l'uniformità dell'applicazione del diritto, quale bene fondamentale dell'ordinamento giuridico". Alla luce di quanto sopra, la Corte Costituzionale è chiamata in primo luogo a decidere sull'ammissibilità del sollevato incidente di costituzionalità. Se è vero che l'art. 374, comma 3, cod. proc. civ. testualmente dispone che in caso di non condivisione da parte delle sezioni semplici di un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, "la sezione semplice (…) rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso", il collegio ritiene appunto possibile sollevare questione di costituzionalità per censurare la norma sottostante al principio di diritto enunciato dalle

[618] Corte Cost., ord., 27 gennaio 2006, n. 28, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 211 ss.

sezioni unite e tale percorso interpretativo sarebbe non solo conforme a quanto ritiene la dottrina ma anche convalidato da un precedente del 2015 della Corte Costituzionale.[619]

Per di più il contrasto del diritto vivente non sarebbe limitato alle norme convenzionali, anche in considerazione del parere consultivo ma

---

[619] Il riferimento è a Corte Cost., 22 gennaio 2015, n. 3, in *Giur. it.*, 2015, p. 1606 ss., con nota di C. CONSOLO. Per la verità la Corte Costituzionale dichiara poi non fondata la prospettata questione di legittimità costituzionale. Il giudice a quo – la seconda sezione civile della Cassazione – ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo che un precedente intervento delle sezioni unite civili avrebbe costituito diritto vivente, suscettibile di comportare violazione degli artt. 3, comma 2 e 24, comma 1 e 2 Cost. ed ha ricordato che la giurisprudenza della Corte Costituzionale "ha univocamente ritenuto ammissibili questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto una o più norme nella relativa interpretazione consolidatasi quale diritto vivente". La Corte Costituzionale, se nei fatti ha ammesso l'incidente di costituzionalità per come prospettato dalle sezioni semplici (contrarietà del diritto vivente formato sulla base dell'interpretazione fornita dalle sezioni unite civili) ha precisato che "nessuna norma di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo perché è suscettibile di essere interpretata in senso contrastante con i precetti costituzionali, ma deve esserlo soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme a Costituzione" e nel caso di specie ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale attraverso il ricorso a principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale che offrono la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto vivente. La sentenza è così massimata: "In tema di deposito della sentenza e successiva pubblicazione della stessa nei giudizi civili, va affermata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli art. 133, 1º e 2º comma, e 327, 1º comma, c.p.c., nel testo anteriore alla modifica apportata dall'art. 46, 17º comma, l. 18 giugno 2009 n. 69, come interpretati dalla corte di cassazione, sezioni unite civili, con la sent. n. 13794 del 1º agosto 2012, censurati nella parte in cui, qualora le attività di deposito della sentenza e di effettiva pubblicazione della stessa abbiano luogo in due momenti diversi, farebbero decorrere tutti gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione della sentenza dalla data del suo deposito, con conseguente disparità di trattamento (art. 3, 2º comma, cost.) e irragionevole lesione della pienezza e della certezza del diritto di difesa delle parti costituite in giudizio (art. 24, 1º e 2º comma cost.)".

"anche in relazione ai principi fondamentali affermati dalla Carta e dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti inviolabili del minore e diritto d'eguaglianza correlato ai rapporti di filiazione" ed in questi termini pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6 e delle altre disposizioni per come interpretate dalla sentenza a sezioni unite con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost.: in particolare il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra padre intenzionale e minore – rapporto legittimamente costituito all'estero – entrerebbe in contrasto con i sopra menzionati articoli della Costituzione in considerazione dell'"inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta Costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d'intenzione". In particolare, il minore ha diritto alla propria identità, alla formazione, al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della propria famiglia, che si è legittimamente costituita in conformità della legge canadese e tali diritti sarebbero lesi laddove non venisse riconosciuto il rapporto di filiazione tra minore e padre intenzionale (non biologico).

Peraltro, il collegio rimette alla Corte Costituzionale anche la questione del *bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti* fatto proprio dalle sezioni unite che, facendo prevalere l'interesse dello Stato (alla repressione della maternità surrogata) su quello del minore, in maniera sproporzionata ed eccessiva, ha svilito la tavola assiologica dell'ordinamento che è incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona.

L'ordine pubblico internazionale viene definito – riprendendo la nozione che di questo è stata data da Vincenzo Barba[620] – come "il criterio

[620] La concezione di ordine pubblico internazionale proposta dall'ordinanza di rimessione è stata evidentemente ripresa da un contributo di Vincenzo Barba. Si veda, V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 446: "L'ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all'ordinamento del

di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità". Si capisce, allora, che per il collegio il riconoscimento dell'atto o della sentenza straniera può creare una frattura rispetto all'ordinamento interno – e dunque l'atto può essere riconosciuto anche laddove si ponga in contrasto con una norma interna inderogabile e la cui violazione sia penalmente sanzionata – sempre che gli effetti del riconoscimento non intacchino (e ledano) quei principi che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo e la sua dignità. È

---

caso concreto derivante dall'applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, *massime*, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 Cost.". Nello scritto, Vincenzo Barba, dopo aver dato *questa* definizione di ordine pubblico, ritiene l'ordine pubblico quale strumento di garanzia di coerenza del sistema. Scrive: "L'ordine pubblico internazionale è, dunque, uno strumento di fondamentale importanza per garantire la coerenza del sistema, dacché, per un verso, consente che nel nostro ordinamento giuridico i casi che presentano un qualche elemento di estraneità possano essere regolati da una legge straniera, ove pure ciò comporti la validità di atti d'impulso altrimenti invalidi (ossia la defettibilità di talune regole e principi imperativi), per altro verso, impedisce che possano applicarsi norme straniere quando importino un ordinamento del caso concreto non già meramente contrastante con una o altra norma giuridica (regola o principio), anche imperativa, bensì quando sia contrario ai principi irrinunziabili, ossia ai principi di tutela dei diritti inviolabili della persona umana", che trovano espressione, appunto, nell'art. 2 Cost. Ovviamente, l'ordinanza non ha citato l'Autore in considerazione dell'art. 118, comma 3, disp. att. cod. proc. civ., secondo cui dalla motivazione della sentenza deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici. Autorevole dottrina ritiene tale ultima norma costituzionalmente illegittima, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 55 ss.

qui che il collegio introduce la distinzione tra ordine pubblico costituzionale ed ordine pubblico discrezionale: il secondo non può mai confliggere con il primo che rappresenta un ordine pubblico "gerarchicamente superiore". Questo ordine pubblico (costituzionale) comprende i "diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea" mentre l'ordine pubblico internazionale (discrezionale) può ritenersi "comprensiv[o] della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica". È evidente, allora, che l'ordine pubblico discrezionale – che può dunque comprendere anche il divieto di maternità surrogata – non possa entrare in conflitto con l'ordine pubblico costituzionale, pena la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo. Nel bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, l'interesse pubblico rappresentato, ad esempio, dal divieto di maternità surrogata passa in secondo piano quand'entrano in gioco i valori fondamentali dell'individuo. L'ordine pubblico (costituzionale) comprende solo i valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. In questi termini, la tutela dell'interesse superiore del minore ed il principio di ordine pubblico non sono "entità contrapposte" perché "è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione dell'inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano". Così, l'interesse superiore del minore va a comporre ed a concretizzare la clausola dell'ordine pubblico.

Il collegio rimettente individua alcuni indici, nell'ordinamento giuridico italiano, che smentiscono un'indissolubilità tra genitorialità biologica e giuridica. In primo luogo, viene fatto riferimento alla possibilità per la madre di partorire anonimamente, non istituendo un legame di filiazione con il nato. La Corte si sofferma anche sull'altro aspetto che viene spesso menzionato per escludere il riconoscimento dell'atto di nascita straniero formato sulla base di una maternità surrogata: cioè la tutela della dignità della donna che sarebbe

compromessa. Per il collegio, menzionare la dignità della donna in questo caso "appare del tutto improprio". In primo luogo, il collegio esclude che il riconoscimento dell'atto di nascita straniero possa ledere la dignità della gestante, poiché dall'eventuale mancato riconoscimento dell'atto di nascita straniero non nasce una tutela nei confronti della donna gestante e, per di più, nello Stato in cui la pratica è avvenuta, questa è considerata pienamente legittima. In secondo luogo, il collegio rimettente sembra distinguere tra la stipulazione del contratto di maternità surrogata nel diritto interno – che, come tale, ai sensi dell'art. 12, comma 6, è vietato – e riconoscimento di una situazione avvenuta all'estero, legittimamente formata sulla base di quell'ordinamento. Scrive la corte, infatti, che: "Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di maternità surrogata, la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene messa in discussione nel caso in esame". Su questi aspetti, sembrano doverose alcune precisazioni: da un lato, infatti, l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004 porterebbe l'interprete a dubitare fortemente della vigenza del divieto della maternità surrogata anche nel diritto interno sempre che non si voglia ritenere, una volta venuta meno l'illiceità penale della condotta, la nullità del contratto di maternità surrogata per contrarietà dello stesso all'ordine pubblico, concretizzato nella dignità della gestante. I rischi, però, nel caso in cui il divieto venga dichiarato costituzionalmente illegittimo sembrano numerosi perché, di fatto, si aprirebbe alla maternità surrogata anche nel diritto interno – nulla esclude, infatti, che domani un interprete ritenga quel contratto pienamente valido –, ed a maggior ragione sembra preferibile che su questo aspetto intervenga, eventualmente, il legislatore (più che la Corte Costituzionale). Diversa è la situazione nel caso in cui – ferma restante la validità del divieto nell'ordinamento italiano – si chieda il riconoscimento di una situazione legittimamente avvenuta all'estero: vero è che ammettere il riconoscimento (e, al contempo, vietare la condotta in Italia) potrebbe ingenerare quella discriminazione tra abbienti e meno abbienti, tra chi si può recare all'estero e chi non lo può fare, continuando a favorire il turismo procreativo, ma è evidente la necessità di non far ricadere le "colpe" dei genitori (che eludono, recandosi all'estero, il divieto previsto dalla legge italiana) sul nato. Si legge, infatti, che: "(…) la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non

può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento" e se è vero che all'art. 12, comma 6, sembra essere assegnata una funzione general-preventiva (per scoraggiare i cittadini a recarsi all'estero per ricorrere alla maternità surrogata), non possono essere affievoliti i diritti del minore in un'ottica di bilanciamento tra diritti inviolabili e interesse dello Stato a che non si ricorra alla maternità surrogata neppure all'estero. È questo forse l'aspetto che maggiormente interessa al collegio rimettente: il collegio ha forse timore che l'adozione in casi particolari – lo strumento che, come visto, è stato scelto dalle sezioni unite per riconoscere la relazione tra genitore intenzionale e minore – costituisca un mero "orpello" senza garantire un'adeguata, effettiva e celere tutela al nato. In questi termini, per la Corte, il mancato riconoscimento violerebbe gli artt. 2 e 3 Cost., sovrapponendo il divieto penalistico alla tutela dei diritti del minore "con la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità di gestazione". Si consideri, tuttavia, che come rilevato da autorevole dottrina, nella valutazione complessiva della situazione alla luce delle specificità del singolo caso, l'interesse del minore comprende anche quello a non essere oggetto di traffici giuridici e non può essere ridotto al solo vedersi riconosciuto un rapporto genitoriale in mancanza di quello biologico.[621]

---

[621] G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, op. cit., p. 339 ss.: "(…) il divieto di maternità surrogata non tutela soltanto il diritto alla dignità della persona gestante, ma anche l'interesse dei minori a non essere oggetto di traffici giuridici, sì che oggetto di bilanciamento (non del legislatore, ma dell'interprete!) deve essere anche necessariamente questo interesse, al fine di valutare opportunamente il grado di inderogabilità del divieto in esame. Infatti, l'interesse del minore a non essere oggetto di traffici giuridici, da un lato, conferma l'inderogabilità del divieto ex art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 e, dall'altro, impone di non ridurre l'interesse dei minori al solo interesse a vedersi riconosciuto un rapporto genitoriale, pur in mancanza di un legame biologico". E, ancora: "Quindi, il divieto, anche penale, di maternità surrogata, fin quando l'evoluzione "culturale" italiana lo riterrà, il che non è dato possibile prevederlo, non è ad oggi affatto anacronistico, né tanto meno superabile da un atto di autonomia o di autodeterminazione della gestante, in quanto tutela non soltanto il diritto alla dignità della persona gestante, ma anche, in particolare, l'interesse

In questi termini, la Corte di Cassazione ravvisa nella mancata trascrizione una *violazione del principio di non discriminazione* che è tutelato dalla Costituzione, dalla CEDU, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dalla Convenzione di New York sui diritti dei minori, discriminando i genitori ritenuti tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione. In particolare, sarebbe irragionevole e contraddittorio procedere alla trascrizione dell'atto di nascita in cui risulta genitore il *solo* padre biologico precludendo nell'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione estraneo alla condotta.

Ulteriore aspetto che sembra assumere rilevanza nell'ordinanza di rimessione è anche la legislazione del Paese in cui avviene la maternità surrogata. Così, dopo aver affermato che il Canada "condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione", analizza la legislazione di quel Paese (in cui è stato stipulato il contratto di maternità ed è stata portata a termine la gravidanza) in tema di maternità surrogata affermando che essa "legittima solo la maternità surrogata altruistica". Come è noto, la maternità surrogata può essere altruistica o remunerata.[622] In particolare, per il collegio sembra aprire a differenziare la soluzione giuridica a seconda della gratuità o meno della maternità surrogata:[623] "Situazioni [quelle in cui la pratica è realizzata con finalità

---

di chi (come il minore) non ha il potere di sottrarsi a pratiche di questo tipo o di rifiutarsi di essere oggetto di traffici giuridici".

[622] Si consideri, tuttavia, che pochi sono i Paesi in cui è diffusa la maternità surrogata altruistica, riscontrando invece una netta prevalenza di Paesi in cui essa è realizzata a fini commerciali. Scrive L. POLI, *Gestazione per altri e stepchid adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale,* in *DPCE online*, 3/2006, p. 101: "(…) se infatti è vero che il dono del grembo è l'unica pratica consentita in certi ordinamenti, è altrettanto vero che la maggioranza delle gestazioni per altri avviene dietro pagamento di un corrispettivo, nonché il coinvolgimento di intermediari". Sul punto, cfr. M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 89 ss.

[623] In dottrina si rintraccia anche il pensiero di chi, nettamente contrario alla maternità surrogata, ritiene che il disfavore verso tale pratica non cambi anche

di tipo commerciale] che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi" mentre secondo l'impostazione seguita dalle sezioni unite andrebbe utilizzato il medesimo trattamento – e dunque non riconoscere l'atto di nascita formato all'estero – a prescindere dalla gratuità del gesto avendo ricostruito in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico. In questi termini, non consentire il riconoscimento ha quale unico effetto "quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato e sul soggetto che non ha contribuito alla procreazione mentre alcuna tutela viene ad essere attribuita alla donna che ha portato a termine la gestazione nell'esercizio di un potere di autodeterminazione he le è riconosciuto dal proprio ordinamento". In questi termini gli effetti negativi ricadono sul bambino nato e sul padre intenzionale, entrambi estranei alla pratica della maternità surrogata.

Il collegio, poi, critica l'altro argomento attraverso il quale le sezioni unite erano addivenute a ritenere il divieto della maternità surrogata come principio di ordine pubblico: l'eventuale riconoscimento dell'atto di nascita straniero, infatti, si porrebbe in contrasto anche con l'istituto dell'adozione, che rappresenta un valore fondamentale.[624]

---

in caso di gratuità del contratto di surrogazione. Cfr. G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione*, op. cit., p. 2 ss.

[624] Si consideri che Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221 sottolinea una differenza essenziale tra l'adozione e la procreazione medicalmente assistita (che, pur non corrispondendo alla maternità surrogata, ne condivide in parte la finalità). Scrive la Corte che: "L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale – l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che – in base al ricordato indirizzo giurisprudenziale – va verificato in concreto (così come, del resto, per l'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale). La procreazione medicalmente assistita, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni

Tuttavia, anche questo bilanciamento a favore del divieto di surrogazione di maternità è criticabile in considerazione "della astrattezza del giudizio di prevalenza attribuito al legislatore e della compressione dei diritti inviolabili del minore". In realtà, ad avviso della corte, riconoscere il legame tra genitore intenzionale e minore dipende "dalla attuazione di un progetto genitoriale che appartiene alla coppia legata da vincolo matrimoniale" come accade nella fecondazione eterologa. Inoltre, non si può affermare che sussista un principio di *favor adoptionis* nell'ordinamento, anche perché l'adozione è esclusa per le coppie omosessuali. la Corte supera anche l'argomento contrario al riconoscimento del rapporto di filiazione che escluderebbe il giudizio preventivo sull'*idoneità genitoriale*. Se è vero che l'idoneità genitoriale è attribuita per principio salvo comportamenti pregiudizievoli, la corte ricorda che nel procedimento di delibazione anche la Corte Europea ritiene indispensabile una valutazione caso per caso volta a verificare la realizzazione dell'interesse del minore.

Ad avviso del collegio, la modalità del riconoscimento del rapporto tra genitore intenzionale e minore attraverso l'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) – istituto, quello dell'adozione, ritenuto congruo dalle sezioni unite non è *adeguato*, perché in particolare l'adozione costituisce un "declassamento (*downgrade*) della relazione genitoriale e dello *status filiationis*". Infatti, "non [si] crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comune al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico".

Il secondo profilo di criticità del ricorso all'adozione è quello della *(non) tempestività* di tale procedimento che, lungi dal riconoscere una

---

genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"".

situazione formatasi all'estero, crea una situazione giuridica soggettiva, propria del nostro ordinamento, con un'articolazione ed una complessità superiore al procedimento di delibazione della sentenza straniera, con l'esposizione del minore ad un *lungo periodo di incertezza giuridica* sulla propria condizione personale ed impedendo al genitore intenzionale di esercitare la responsabilità genitoriale. e, ancora, la adozione dipende dalla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana, potendo questo sottrarsi ad assumere la responsabilità già manifestata nel paese in cui è avvenuta la surrogazione di maternità.

Ad avviso della Corte, dunque, l'istituto dell'adozione in casi particolari non è uno strumento adeguato per tutelare la relazione genitore intenzionale – minore, se non in un ottica residuale e cioè nelle ipotesi in cui il riconoscimento dello stato di figlio non risponda a tutelare concretamente l'interesse del figlio. Si legge, infatti che: "In definitiva, il Collegio non ritiene esistenti nel sistema normativo italiano attuale istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato mediante ricorso all'estero alla pratica della gestazione per altri. Conformemente alla *ratio* sottesa al parere consultivo della Corte di Strasburgo sembra potersi affermare che l'istituto dell'adozione in casi particolari potrebbe semmai costituire una forma di tutela del rapporto affettivo insorto con il genitore intenzionale nei casi particolari in cui il pieno riconoscimento dello *status filiationis* non si dimostri concretamente rispondente all'interesse del minore".

Così, il collegio, nel rimettere la questione alla Corte Costituzionale sembra ravvisare il profilo di incostituzionalità nell'impedire *in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore* la trascrizione dell'atto di nascita straniero legalmente costituito all'estero sulla base di una gestazione per altri. Dunque ad avviso della Corte occorre tenere in considerazione la valutazione concreta dell'interesse del minore e potrebbe essere modulato, a seconda di questo, il riconoscimento in alcune ipotesi della trascrizione dell'atto mentre in altre potrebbe ricorrersi all'istituto dell'adozione.

All'indomani della pubblicazione dell'ordinanza, la dottrina è stata divisa tra chi l'ha considerata una *svolta* per la tutela dei diritti dei minori (come, ad esempio, Gilda Ferrando) e chi, invece, l'ha criticata (come, ad esempio, Giuseppe Recinto). Quest'ultimo Autore ritiene "non del tutto persuasiva" la prospettiva delineata dall'ordinanza,[625] dalla quale emergerebbe *solo apparentemente* una prospettiva minore-centrica ma che in realtà celerebbe una logica prettamente adulto-centrica. L'Autore individua una serie di indici in tal senso: dall'affermazione per la quale l'attribuzione dello stato di figlio dipende dall'attuazione del progetto genitoriale che appartiene alla coppia legata da vincolo matrimoniale, contraddicendo in tal modo anche le più recenti sentenze della Corte Costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita eterologa secondo cui la tecnica costituisce rimedio per sterilità od infertilità umane avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile e dunque non potrebbe essere estesa alla infertilità fisiologica della coppia omosessuale. In questi termini, secondo Recinto "l'aver individuato nel c.d. progetto genitoriale dei committenti uno dei presupposti da valutare ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis* nei riguardi del genitore intenzionale non biologico sembra rispondere ad una logica prettamente adulto-centrica, volta a considerare soprattutto il punto di vista degli aspiranti genitori, ovvero la loro intenzione di diventare genitori".[626] Ancora, Recinto critica il passaggio dell'ordinanza secondo cui adozione e procreazione medicalmente assistita eterologa consentirebbero di escludere che lo stato di filiazione sia legato, nell'ordinamento, *esclusivamente* al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio.

Per l'Autore, attraverso il medio dell'interesse del minore, l'ordinanza aderisce, come detto, ad una logica adulto-centrico e conferma di ciò si avrebbe nel momento in cui l'ordinanza, prefigura una differenziazione circa il trattamento giuridico a seconda della gratuità o meno della maternità surrogata. In questi termini, lo stato di figlio dipenderebbe da un momento addirittura precedente alla nascita dello

[625] G. RECINTO, *Un inatteso "revirement"*, cit., p. 692.
[626] G. RECINTO, *Un inatteso "revirement"*, cit., p. 693.

stesso, completamente ascrivibile alla decisione degli aspiranti genitori e dunque slegato dalla concreta condizione e dagli interessi del minore, sì che il riconoscimento dello status legittimamente acquisito all'estero dipenderebbe dalla scelta a monte compiuta dai genitori. In questi termini "(…) nonostante nell'ordinanza in commento si invochi la necessità di privilegiare un approccio ermeneutico più attento ai concreti interessi delle persone di minore età e soprattutto volto a "scongiurare" che ricadano sul minore le conseguenze delle azioni poste in essere dagli aspiranti genitori, i rimettenti sembrano, invece, procedere in una direzione diametralmente opposta, chiaramente contraddicendosi".[627] Peraltro, anche dietro alla gratuità della maternità surrogata si celano rischi di mercificazione per la gestante (es. clausole che riconoscono un controllo sulla gestante da parte committenti), previsioni di rimborso che nascondono veri compensi, ecc., così mercificando non solo la donna ma anche il minore coinvolto.

La Corte Costituzionale ancora non si è espressa sul merito della vicenda ma la madre gestazionale – non parte del giudizio pendente in Cassazione – ha chiesto di intervenire nel giudizio davanti alla Corte Costituzionale ritenendo di avere uno specifico interesse a che sia riconosciuta, anche nel nostro ordinamento, la sua assenza di legami genitoriali con il bambino, e conseguentemente l'inesistenza di ogni suo obbligo nei confronti dello stesso. Da un comunicato della Corte Costituzionale pubblicato il 3 dicembre 2020 (ed in attesa del deposito dell'ordinanza con le motivazioni)[628] si è venuti a sapere che la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di intervento nel giudizio costituzionale da parte della madre gestazionale. Nel giudizio costituzionale possono infatti intervenire, oltre a chi sia già parte del giudizio a quo e al Presidente del Consiglio dei ministri, soltanto coloro che siano "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" (articolo 4, comma 7, delle

---

[627] G. RECINTO, *Un inatteso "revirement"*, cit., p. 694.

[628] Si tratta del Comunicato del 3 dicembre 2020 della Corte Costituzionale, dal titolo *Maternità surrogata: non ammesso l'intervento della "madre gestazionale" nel giudizio costituzionale sul riconoscimento in Italia della "paternità intenzionale"*, pubblicato su cortecostituzionale.it.

Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale). La Consulta ha ritenuto, dunque, che la decisione del giudizio pendente di fronte alla Corte di cassazione – che ha ad oggetto unicamente la posizione giuridica dei due uomini verso il bambino – non possa produrre effetti giuridici immediati nei confronti della donna.

5. L'adozione legittimante nella coppia omosessuale maschile.

Con riferimento alla filiazione omosessuale, occorre tenere presente che alcune corti straniere hanno consentito l'adozione legittimante di un figlio ad una coppia di uomini, in conformità alla legislazione di quel Paese. Da tempo, nel nostro ordinamento gli omosessuali, civilmente uniti in Italia o uniti in matrimonio all'estero, chiedono alle corti interne di riconoscere l'adozione legittimante pronunciata all'estero ed alcune corti di merito hanno accolto le loro richieste.[629] Sulla questione, si è recentemente espressa la prima sezione civile della Suprema Corte che, attraverso un'ordinanza interlocutoria,[630] ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della questione alle sezioni unite civili. Ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. 184 del 1983 l'adozione legittimante[631] è consentita, nell'ordinamento italiano, ai

[629] In questo senso (con riferimento alla adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale maschile), si veda la puntuale ricostruzione offerta da Trib. Firenze, 8 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1034.

[630] Cass., ord. 11 novembre 2019, n. 29071, in *Foro it.*, 2020, I, c. 31 ss. Cfr. in senso critico, R. DE FELICE, *Una discutibile opinione della Corte Suprema in materia di adozione omogenitoriale estera. Ritorno al passato e stigma su minore*, in Articolo29, www.articolo29.it; M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *GenIUS*, 2020, p. 38 ss. Più in generale, sull'adozione same-sex, si veda il recente contributo di B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in *GenIUS*, 2020, p. 1 ss.

[631] Secondo l'art. 6, comma 1, l. 184 del 1983: "L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto".

soli coniugi uniti in matrimonio, il quale è, a sua volta, consentito solo a persone di sesso diverso. In questi termini, l'adozione legittimante presuppone sempre *un padre* ed *una madre*, a differenza dell'adozione in casi particolari. Il quadro non è stato modificato con l'introduzione della legge sulle unioni civili nel 2016 poiché è consentito trascrivere l'atto di matrimonio (legalmente avvenuto all'estero) tra persone omosessuali nel registro dello stato civile (sezione delle unioni civili e non in quella dei matrimoni). Inoltre, nonostante nella legge si legga che le disposizioni che si riferiscono al "matrimonio" e quelle contenenti le espressioni "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile tra omosessuali, questo particolare non si applica alle disposizioni della l. 184 del 1983, fermo restando quanto consentito dalle norme vigenti in tema di adozione (art. 1, comma 20, l. 76/2016). È evidente, dunque, che il legislatore non consente alle persone dello stesso sesso, pur unite civilmente, di ricorrere all'adozione legittimante. Si pone, però, il problema del riconoscimento in Italia di un'adozione legittimante di coppia omosessuale maschile avvenuta all'estero. Sul punto, si era già espressa la Cassazione con la sentenza n. 14007 del 2018[632] che riguardava

[632] Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2717 ss. La sentenza è così massimata: "Posto che il principio del superiore interesse del minore, in materia di adozione, inteso come diritto del minore a vivere stabilmente in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, limita ed integra la stessa clausola dell'ordine pubblico, il giudice di merito (nella specie, la corte d'appello) può dichiarare efficaci, disponendone la trascrizione nei registri di stato civile, le sentenze straniere (nella specie, francesi) di adozione piena di due minori, ciascuno da parte della partner della rispettiva madre biologica, in quanto: a) non contrarie all'ordine pubblico, atteso anche che, nella specie, le due donne (entrambe cittadine francesi, ma una delle due pure con cittadinanza italiana) risultano coniugate anche per il nostro ordinamento, in quanto il relativo atto di matrimonio era stato in precedenza trascritto in Italia, in forza di provvedimento definitivo; b) il relativo procedimento, non trattandosi di adozione internazionale, ai sensi della l. 184/83, si è correttamente svolto ai sensi della l. 218/95, art. 41 e 64 ss., in contraddittorio con i sindaci che, come ufficiali di governo, hanno rifiutato la trascrizione, a loro volta legittimati, in quanto titolari di un interesse al riguardo, a ricorrere in Cassazione". In particolare, per questa sentenza, l'interesse superiore del minore, nella specie già vagliato dal

sì il riconoscimento in Italia di adozione legittimante straniera ma con due peculiarità: da un lato riguardava una coppia omosessuale *femminile*, dall'altro l'adottando era comunque figlio biologico dell'altra donna. In quel caso, il riconoscimento dell'adozione legittimante non fu ritenuto incompatibile con l'ordine pubblico sia dalla Corte d'Appello sia dalla Corte di Cassazione.

Il caso ora sottoposto alla Suprema Corte concerne invece una coppia omosessuale maschile, dove il minore non ha legami biologici con alcuno dei due genitori. L'ordinanza interlocutoria di rimessione richiama la nozione di ordine pubblico fatta propria da Cass., 12193/2019. Tale nozione si compone, secondo la sentenza, del modo in cui i principi costituzionali si realizzano attraverso la disciplina ordinaria dei singoli istituti. *Inde*, ancora una volta, la rilevanza della discrezionalità legislativa nel concorrere a definire l'ordine pubblico. In questi termini, è vero che la disciplina ordinaria – cioè la legge sulle unioni civili – ha escluso che le coppie dello stesso sesso possano ricorrere all'adozione legittimante ed è altrettanto vero, sempre a parere delle sezioni unite, che il legame tra genitore intenzionale e minore può essere riconosciuto *solamente* attraverso la clausola generale di chiusura del sistema rappresentata dall'istituto dell'adozione in casi particolari quando è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa.

Nel caso in esame, invece, era stato proprio richiesto il riconoscimento, in Italia, di una adozione legittimante che, si ripete, ai sensi dell'art. 6, l. 184/1983 è consentita solo alla coppia legata da vincolo matrimoniale. L'ordinanza di rimessione ricorda altresì la Convenzione dell'Aja del maggio 1993[633] sulla protezione dei minori che, all'art. 24,

---

giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale.

[633] Si tratta della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale adottata dalla Conferenza dell'Aja di

ritiene che il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato dagli Stati membri solo se esso è *manifestamente* contrario all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore. Due sono allora le questioni per le quali il collegio richiede necessario un intervento delle sezioni unite: in primo luogo se il divieto di adozione legittimante per la coppia omosessuale (maschile e femminile), oltre a rappresentare legittimo esercizio di discrezionalità legislativa, costituisca altresì un principio di ordine pubblico, cioè sia espressione di principi e valori fondamentali ed irrinunciabili fondanti il nostro sistema ordinamentale e come collocare l'interesse del minore al mantenimento del proprio *status filiationis*;[634] in secondo luogo, se lo scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico dell'adozione legittimante debba includere anche la valutazione estera di adottabilità del minore.

In definitiva, dunque, le possibilità per riconoscere nell'ordinamento giuridico italiano il rapporto tra coppia omosessuale maschile e minore – che, si ripete essere non costituibile, ad oggi, nel diritto interno, né tramite l'adozione legittimante né tramite la maternità surrogata, salvo le aperture registrate in tema di adozione in casi particolari – sono quelle di utilizzare vuoi il riconoscimento del rapporto di filiazione tra i due padri ed il nato, vuoi l'adozione legittimante. È tuttavia evidente che il riconoscimento dipende dalla nozione di ordine pubblico accolta ai fini del giudizio di compatibilità tra l'atto straniero ed il nostro ordinamento e da una razionalizzazione della materia che avverrà con la prossima pubblicazione delle sentenze della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema. Sta di fatto che, dinanzi ad una medesima condotta, aprire al

---

Diritto Internazionale Privato il 29 maggio 1993, entrata in vigore il 1° maggio 1995 e ratificata dall'Italia con l. 31 dicembre 1998, n. 476.

634 Scrive B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione*, op. cit., p. "la prima Sezione civile ha rimesso alle sezioni unite la questione se le previsioni dell'art. 6 l. n. 184/1983, che riservano alle sole coppie eterosessuali unite in matrimonio l'accesso all'istituto dell'adozione piena, debbano considerarsi "espressione di principi e valori fondamentali ed irrinunciabili fondanti il nostro ordinamento", e perciò se ostino al riconoscimento in Italia di un provvedimento straniero di adozione piena da parte di una coppia same-sex".

riconoscimento di situazioni avvenute all'estero e, per opposto, vietare le medesime se avvenute in Italia, può ingenerare una discriminazione sulla base della situazione economica (tra abbienti e meno abbienti).

6. La filiazione nella coppia omosessuale femminile.

Oltre alla filiazione omosessuale maschile, vi è quella femminile. La caratteristica è ovviamente quella che la coppia è formata da due donne (si parla, al riguardo, di *lesbian mother families*). Se è vero che nella maternità surrogata commissionata da una coppia di uomini, uno dei due non ha alcun rapporto biologico con il minore, nel caso in esame invece può anche accadere che entrambe le donne siano legate da un rapporto biologico con il nato: è il caso in cui una delle due ceda i propri gameti per il progetto di filiazione e poi, fecondato il nascituro con il seme di un uomo, terzo alla coppia, l'altra porti a termine la gravidanza. È possibile distinguere, infatti, nel caso della filiazione di due donne, tra l'ipotesi di maternità surrogata e quella di procreazione medicalmente assistita eterologa. È con la nota sentenza n. 19599 del 2016[635] che la Corte Suprema si è confrontata con la questione del riconoscimento in Italia di un atto di nascita straniero che aveva ritenuto un minore figlio di due madri, avendo esse, appunto, all'interno di un progetto di vita familiare, una delle donne (la madre A) partorito il bambino e l'altra (la madre B) donato gli ovuli necessari per il concepimento mediante procreazione medicalmente assistita. La fattispecie riproduttiva utilizzata dalle donne è una soluzione ibrida fra una fecondazione eterologa ed una omologa (consentite entrambe, in Italia, *solo* alle persone eterosessuali alle quali venga diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile)[636] distinguendosi, tuttavia, da entrambe: dalla fecondazione omologa perché il gamete maschile è fornito *necessariamente* da un donatore uomo

[635] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Cfr. sul punto, G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same sex, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, I, p. 362 ss.;

[636] Questo in seguito alla citata pronuncia di illegittimità costituzionale (cfr. Corte Cost., 162/2014) dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

esterno alla coppia; dalla fecondazione eterologa perché l'ovulo è stato donato da una delle donne della coppia che ha contribuito geneticamente all'attuazione di un progetto genitoriale. Va notato che questa sentenza riguarda appunto il figlio di due madri che è legato geneticamente ad entrambe le donne perché una è gestante e l'altra ha donato gli ovociti. Dunque: l'embrione è stato generato con il materiale biologico della madre B e quello di un terzo donatore, embrione impiantato poi nell'utero della madre A.

In primo grado, il tribunale, in seguito al ricorso presentato dalla coppia omosessuale femminile avverso il diniego dell'ufficiale dello stato civile italiano di trascrivere l'atto straniero di nascita dal quale il minore risultava essere figlio di due madri, ha ritenuto infondata la domanda di trascrizione ritenendo principio di ordine pubblico quello per cui nell'ordinamento italiano la qualifica di madre spetta soltanto a colei che partorisce ex art. 269, comma 3, cod. civ.[637] In seguito al reclamo proposto dalle due donne, la corte d'appello di Torino ha ordinato all'ufficiale dello stato civile di trascrivere l'atto di nascita. In particolare, secondo il giudice d'appello la nozione di ordine pubblico dovrebbe essere valutata in termini di conformità "al complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di tutela di diritti fondamentali dell'uomo, comuni ai diversi ordinamenti e quindi sulla base dei valori condivisi nella comunità giuridica sovranazionale di cui parte importante è la giurisprudenza della corte EDU ex art. 117, comma 1 Cost. e della Corte di Giustizia UE, valori da interpretare in correlazione all'interesse superiore del minore".

In questi termini, la nozione di ordine pubblico sembra spostarsi dall'ordinamento interno ad un nucleo di valori, anche esterni, purché condivisi da una teorica comunità giuridica sovranazionale, comprendente ovviamente anche l'Italia, caratterizzata da tradizioni costituzionali comuni. Si tratta, insomma, di quell'ordine pubblico

[637] Secondo l'art. 269, comma 3, cod. civ.: "La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio *e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*".

globalizzato, criticato da una larga parte della dottrina.[638] In seguito al ricorso del p.m. e del Ministero dell'Interno, la questione è arrivata dinanzi la Suprema Corte che – si può dire – ha accolto una *nozione minimale* di ordine pubblico, nel senso che la sentenza sembra distinguere tra un *ordine pubblico costituzionale*, che costituisce l'espressione di quei principi inviolabili desumibili dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali in virtù degli artt. 10, 11 e 117 Cost. ed un *ordine pubblico discrezionale*, costituito da quelle norme espressione di discrezionalità legislativa. In altri termini, partendo dall'assunto che dell'ordine pubblico fanno parte *solo* i principi inviolabili e non anche tutte le norme imperative o inderogabili dell'ordinamento interno, la Corte ha ritenuto che l'eventuale norma che costituisca esercizio della discrezionalità da parte del legislatore non integri la nozione di ordine pubblico. In questi termini, ha ritenuto che l'interesse pubblico del minore sia preminente rispetto alla disposizione – costituente dunque frutto di discrezionalità legislativa – che prevede la diversità di sesso tra i genitori quale condizione per la filiazione.

La Corte di Cassazione, pur accogliendo la nozione di ordine pubblico fatta propria dal giudice d'appello,[639] non manca di ripercorrere l'evoluzione circa il contenuto della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità e dalla quale ben chiaramente emergono due diverse concezioni: da quella degli anni '30 del Novecento, nel quale l'ordine pubblico era visto come un *limite* alla concezione più attuale, che la Corte fa poi propria, *di apertura verso gli ordinamenti esterni*, cioè quella che viene sintetizzata appunto tramite l'espressione ordine pubblico globalizzato. In tal senso, la Corte di Cassazione ricorda un precedente della Corte Federale di Giustizia Tedesca del 2014[640] che, in tema di

---

638 G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 111 ss.

639 Si veda il punto n. 7 della sentenza.

640 Corte federale tedesca del 14 dicembre 2014. Si veda il commento di R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in personaedanno.it Il caso riguardava una coppia omosessuale, unita da un vincolo di *Lebenspartnerschaft* (unione registrata) che si era recata in California ed aveva stipulato un contratto di maternità surrogata. Una Corte americana stabilì che il bambino era figlio dei due genitori committenti.

valutazione dell'interesse del minore a mantenere lo *status* di figlio legittimamente acquisito all'estero, fa riferimento all'ordine pubblico internazionale: nel senso che la sentenza straniera della quale si chiede il riconoscimento in Germania non deve tanto contrastare con le norme imperative del foro quanto il risultato dell'applicazione non deve essere in contraddizione radicale con i principi fondamentali di giustizia. In questi termini, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 19599 del 2016 afferma il principio di diritto per cui, il giudice italiano chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia ex artt., 16, 64, 65, l. 218 del 1995 *deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne, seppure imperative o inderogabili, ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati*

Richiesto il riconoscimento dell'atto di nascita in Germania, questo non veniva riconosciuto dall'ufficio di stato civile e tale diniego era stato confermato dai giudici (in primo e secondo grado). Da ultimo, il *Bundesgerichtshof* ha ritenuto, invece, che la trascrizione dell'atto di nascita non fosse in contrasto con l'ordine pubblico tedesco. Al punto 27 della sentenza si legge – nella traduzione di De Felice – che: "Al riconoscimento non si oppone alcun contrasto con l'ordine pubblico. Secondo il paragrafo 109 FamFG, il riconoscimento di una sentenza straniera è escluso se esso conduce ad un risultato che *sia palesemente inconciliabile con i principi essenziali del diritto tedesco*, in particolare quando il riconoscimento è incompatibile con i diritti fondamentali (violazione dell'ordine pubblico)". E, ancora, al punto 28: "Per la domanda di riconoscimento di una sentenza straniera non ci si deve adeguare all'ordine pubblico nazionale ai sensi del paragrafo 6 delle preleggi (EGBGB), al quale devono attenersi i giudici tedeschi nell'applicazione del diritto straniero, ma al più liberale principio giuridico di riconoscimento dell'ordine pubblico internazionale. Una sentenza straniera non è incompatibile con esso se il giudice tedesco, se avesse deciso il processo, sarebbe giunto a un altro risultato sulla base di norme imperative del diritto tedesco (divieto di revisione del merito). Piuttosto, è determinante se il risultato della applicazione del diritto straniero nel caso concreto sia in una contraddizione talmente forte con i principi di fondo dell'ordinamento tedesco ed i presupposti di giustizia in esso contenuti, da apparire intollerabile secondo la concezione tedesca". Sul punto, cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, 2016, disponibile su cortecostituzionale.it

fondativi e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nella formazione dell'ordine pubblico internazionale concorrono, dunque, anche (e soprattutto) le fonti internazionali.

Dopo aver enucleato – e fatta propria – questa diversa e più moderna concezione dell'ordine pubblico internazionale, la Corte di Cassazione applica l'enunciato principio di diritto al caso concreto, cioè quello della filiazione di due madri. Un passaggio obbligato è quello della rilevanza *dell'interesse superiore del minore*: la Corte ricorda che dalla Costituzione (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) emerge la tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale ed il diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia. Insomma: se è vero che si vuole garantire l'interesse superiore e preminente del minore (specialmente a mantenere il proprio stato di figlio legittimamente acquisito all'estero), il collegio ricorda che tale interesse ha trovato una sempre maggiore tutela sia nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale che nelle fonti interne ed internazionali.[641] Se per il p.m. il riconoscimento dello stato di figlio si può fondare solo sulla discendenza biologica da persone di sesso diverso, il collegio ritiene che questo venga smentito da tutta una serie di dati normativi che considerano *preminente* l'interesse superiore del minore in tutte le decisioni relative ai fanciulli e tale interesse trascende le indicazioni meramente ideologiche del rapporto con la madre

[641] Tra le fonti, la Corte ricorda la Convention on the Rights of the Child (cd. CRC) approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176; la European Convention on the Exercise of Children's Rights sottoscritta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, nell'ambito del Consiglio d'Europa, ma aperta anche alla firma di Stati non membri e resa esecutiva in Italia nel 2003. Inoltre, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cioè la Carta di Nizza del settembre 2000, oltre a prescrivere al par. 1 che i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, al par. 2 afferma che in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Inoltre, l'art. 30 Cost. prevede, al primo comma, il dovere ed il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

necessitando di una tutela efficace: nella legislazione si rintraccia una evidente *favor filiationis*. Alla luce di tutta questa normativa di tutela dello stato di figlio, la Suprema Corte enuncia il secondo principio di diritto secondo il quale, con riferimento al figlio di due madri, il riconoscimento della trascrizione nei registri dell'ufficio dello stato civile di un atto straniero validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne (la madre A che ha donato l'ovulo e la madre B che lo ha portato in grembo) nell'ambito di un progetto genitoriale all'interno di un rapporto di coniugio non contrasta con l'ordine pubblico per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano dovendosi avere riguardo al principio di rilevanza costituzionale primaria dell'interesse superiore del minore che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie in un altro Paese dell'UE, la Spagna). Secondo parte della dottrina,[642] la sentenza può annoverarsi tra quelle in cui l'interesse superiore del minore ha una funzione "di superamento o di vero e proprio oltrepassamento del principio di legalità, allorquando (…) una determinata situazione di fatto in cui versa il minore bypassa e si impone alla legge in nome di una giuridicità, non legale, che trae diretto fondamento e legittimità proprio dall'interesse del minore".[643] In particolare, in tale sentenza l'interesse del minore dà luogo ad una giuridicità che "sta oltre se non addirittura contro quella legale".[644] La trascrivibilità dell'atto è appunto data dal principio di rilevanza costituzionale primaria e cioè dal superiore interesse del minore.

È evidente che l'interesse superiore del minore, tutelato costituzionalmente, non può essere "tiranno" e deve essere bilanciato ed integrato con tutti gli altri diritti costituzionalmente protetti. Infatti, come ricorda la dottrina, l'interesse superiore del minore è "insaziabile", nel senso che è un diritto "ad alta densità assiologica, come tale tendente ad assicurarsi la maggiore estensione possibile, in soggettività e oggettività,

---

642 V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.

643 V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 422.

644 V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 427.

in tempo e spazio".[645] In altri termini, l'interesse del minore, anche se preminente, deve essere bilanciato con altri valori e principi *di pari rango*. Tali principi sarebbero costituiti dalle regole inderogabili enunciate nella legge n. 40 del 2004, nella regola per cui è madre solamente colei che partorisce (art. 269, comma 3, cod. civ.) e che, alle coppie dello stesso sesso, non è consentito, neppure in seguito alla legge sulle unioni civili, generare ed allevare figli.

È ben vero che laddove si attribuisse a queste disposizioni la valenza di principi supremi e fondamentali, il giudice dovrebbe concludere riconoscendo il contrasto della normativa straniera con l'ordine pubblico dal momento che una disciplina analoga a quella prevista all'estero non sarebbe introducibile in Italia pena la violazione dei principi supremi e fondamentali. Il collegio ribadisce che in realtà in tale materia è *assai ampio lo spettro* delle possibili scelte da parte del legislatore ordinario, trattandosi di temi eticamente sensibili in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore ma che tale punto di equilibrio non è costituzionalmente obbligata. Da ciò deriva la conseguenza "*che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso dell'ordinamento interno dell'atto di nascita solo perché formato all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro*". Viene così enunciato il principio di diritto per il quale l'atto di nascita straniero valido sulla base di una legge in vigore in altro Paese dell'UE (in quel caso si trattava, appunto, della Spagna), da cui risulti la nascita di un figlio da due madri di cui una ha donato l'ovulo e di cui l'altra ha partorito, non comporta un contrasto automatico con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge 40 del 2004 poiché essa rappresenta solo una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte

[645] V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 430.

legislative non sono costituzionalmente obbligate.[646] In questi termini, la sentenza ha così finito per avallare una serie di decisione delle corti di merito che avevano già ammesso la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero sulla base di procreazioni medicalmente assistite eterologhe di coppia omosessuale femminile.[647]

A distanza di poco tempo, la Suprema Corte (Cass., 15 giugno 2017, n. 14878)[648] ha ritenuto possibile procedere alla rettifica dell'atto di nascita del minore formato all'estero (e già trascritto in Italia) e dal quale originariamente risultava madre solo quella biologica (e non anche quella intenzionale), salvo poi ottenere all'estero la registrazione della doppia maternità e chiedere la rettifica all'ufficiale dello stato civile italiano. La

---

[646] In dottrina, si parla di "argomentazioni originali, foriere di nuovi sviluppi anche (…) nel contesto della genitorialità. (…) Stante l'ampiezza di spazi di cui gode il legislatore nella concreta disciplina della materia in uno con l'assenza di un vincolo costituzionale al riguardo, non risulta possibile opporre il contrasto con l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita del minore, solo perché formato all'estero secondo norme che attualmente non sono conformi a quelle previste in maniera imperativa dalle leggi ordinarie italiane, ma che ben potrebbero esserlo in futuro ad opera del legislatore domestico". Cfr. R. PICARO, *Le fragili fondamenta,* cit., p. 1274 ss. (in part. p. 1726).

[647] E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e* best interest of the child, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1722 ss. (in part. p. 1727).

[648] Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280 ss. con nota di G. CASABURI. La sentenza è così massimata: "Il giudice può disporre la rettificazione ovvero la sostituzione dell'atto di nascita straniero (nella specie, inglese) di un minore, già trascritto in Italia, come modificato dall'ufficio di stato civile di quel paese, con l'indicazione che lo stesso è figlio non solo della donna che lo ha partorito, ma anche di altra, con cui egli non ha legami biologici, ma che è ivi coniugata con la prima, in quanto tale nuova indicazione non contrasta con l'ordine pubblico internazionale, tenuto anche conto dell'esigenza di tutela del superiore interesse del minore, contro qualunque discriminazione, anche con riferimento alla coppia genitoriale in cui è inserito (nella specie, la corte, tenuto conto che il bambino era nato da un progetto di genitorialità condivisa delle due donne, ha cassato la decisione impugnata e, decidendo nel merito, ha disposto la rettificazione richiesta)".

Corte,[649] partendo dalla considerazione che la procreazione medicalmente assistita è stata effettuata (e si è perfezionata) all'estero, tanto da essere certificata dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, ritiene che per riconoscere (o negare) efficacia in Italia alla trascrizione della rettifica (o alla sostituzione dell'atto di nascita) occorre che essa non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

Così, ricordata la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, la Corte ritiene quest'ultimo composto dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico. Questi sono tutti i principi a carattere generale, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali. Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore.

In questi termini, ripercorrendo anche l'evoluzione dell'interesse del minore nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, per la Corte di Cassazione la richiesta trascrizione non deve considerarsi contraria all'ordine pubblico (internazionale) e l'ufficiale dello stato civile deve procedere a rettificare l'atto stesso. Dunque: in questi termini anche

[649] La Corte ricorda le aperture giurisprudenziali all'adozione in casi particolari per le coppie omosessuali. Infatti, se pur esse non possono procedere all'adozione prevista dall'art. 44, comma 2, lett. b) cioè l'adozione del figlio del coniuge, resta invece loro aperta la possibilità dell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 2, lett. d), l. 184 del 1983, argomentando da una interpretazione estensiva dell'impossibilità di affidamento preadottivo, che racchiude non solo l'impossibilità di fatto ma anche quella giuridica, potendo l'adozione prescindere dall'abbandono.

la madre d'intenzione può essere legata al minore attraverso il riconoscimento del rapporto di filiazione.

Di come una filiazione omosessuale femminile, simile a quelle precedenti (il minore era legato biologicamente solo ad una delle due donne), possa non essere riconosciuta in Italia, quando attraverso le norme di conflitto trova applicazione la legge italiana, è attestato da una recente sentenza della Suprema Corte.[650] Due donne, cittadine italiane, pongono all'estero (in Spagna) la condotta, cioè la procreazione medicalmente assistita eterologa, attraverso la donazione, da parte di un soggetto maschile esterno alla coppia, del materiale biologico, mentre il figlio nasce in Italia ed entrambe chiedono che il nato venga riconosciuto figlio naturale di entrambe. In particolare, viene chiesta la rettifica dell'atto di nascita dal quale è attribuita la qualità di madre ad una sola delle donne (quella biologica e non quella intenzionale). La Suprema Corte ha ritenuto di non applicare i principi fatti propri dalla sentenza n. 12193 del 2019 – che pur negando la trascrizione dell'atto, avendo ravvisato nel divieto della maternità surrogata un principio di ordine pubblico, ha consentito al genitore intenzionale di ricorrere all'adozione in casi particolari – poiché in questo caso, secondo le norme di diritto internazionale privato, si sarebbe dovuta applicare la legge italiana: ai sensi dell'art. 33, l. 218/1995 lo stato di figlio è determinato dalla legge di quest'ultimo o, se più favorevole, da quella dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita ed ininfluenti sono il luogo e le modalità del concepimento. L'assenza di un elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano nella fattispecie sottoposta al vaglio

[650] Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, cit., in *Familia*, 2020, p. 491 ss., con nota di S. FLORE. La sentenza è così massimata: "Nel caso di minore concepito mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nato all'estero, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre del bambino, accanto a quella che l'ha partorito, anche della donna a costei legata in unione civile, poiché in contrasto con l'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto".

della Suprema Corte determina la non applicabilità dell'ordine pubblico internazionale. È questo, allora, un argomento per sostenere che nella più recente giurisprudenza la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale è sempre ben presente e che tale distinzione non è solo funzionale ma anche contenutistica.

In seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha aperto alla fecondazione eterologa in Italia, si è sviluppata una tesi – accolta, ad esempio, dal decreto del tribunale di primo grado e confermato in appello – per la quale nel caso in cui la coppia omosessuale ricorra alla fecondazione eterologa, debba applicarsi ai genitori la sanzione amministrativa prevista dall'art. 12, comma 2, l. 40 del 2004 ma dovrebbe essere riconosciuto al nato lo stato di figlio, ai sensi dell'art. 8 anche nei confronti del genitore intenzionale. Ad avviso della Corte, tuttavia, l'art. 8 della l. 40 del 2004 – secondo cui i nati da procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche procreative (e cioè anche del *partner* intenzionale che ha portato avanti il progetto genitoriale e non solo di quello biologico) – non può trovare applicazione. Si legge, infatti, nella sentenza che "il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto". Peraltro, la Suprema Corte tiene a precisare che tale principio di diritto non si pone in contrasto con le altre pronunce della Suprema Corte che hanno riconosciuto in Italia efficacia all'atto straniero di nascita di un minore con il quale esso è stato dichiarato figlio di due madri proprio perché in quel caso si trattava di un atto straniero del quale si chiedeva il riconoscimento in Italia: una fattispecie, cioè, che presentava un elemento di estraneità e nel quale ben poteva farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale. Il riconoscimento dell'atto straniero, infatti, non fa venir meno l'estraneità

dello stesso all'ordinamento italiano e, attraverso il riconoscimento, si richiede la produzione degli effetti dell'atto nel senso che l'atto estraneo produrrà effetti nell'ordinamento italiano solo se esso sia compatibile con l'ordine pubblico internazionale, ponendosi semmai un problema di comprendere l'estensione di tale nozione (il contenuto dell'ordine pubblico internazionale).

La sentenza precisa che le finalità della procreazione medicalmente assistita sono funzionali alla cura dell'infertilità. Si legge, infatti, che se pure le più recenti sentenze della Corte Costituzionale hanno comportato un ampliamento del novero dei soggetti abilitati ad accedere alla procreazione medicalmente assistita, le sentenze del giudice delle leggi hanno lasciato inalterate le coordinate di fondo della predetta legge, costituite dalla configurazione di tali tecniche come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile e dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre. L'ammissione delle coppie omosessuali alla procreazione medicalmente assistita richiederebbe la *sconfessione*, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le linee guida sopra ricordate ed ha ricordato che la legge 40 non presenta alcuna incongruenza interna, non essendo l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale omologabile a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive.

Per la Corte di Cassazione, il divieto della procreazione medicalmente assistita – salvi i casi indicati dalla Corte Costituzionale – è pienamente vigente e non si possono realizzare forme di genitorialità svincolate dal rapporto biologico tra nascituro e richiedenti. Non è sufficiente il mero consenso alla procreazione al fine di instaurare il rapporto di filiazione che sarebbe desumibile dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge che ha prestato il proprio consenso ed il divieto di anonimato per la madre biologica, perché l'intero rapporto di filiazione è ancora legato "alla necessità di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori". In questi termini, per la Corte, "il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una

donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto".

Non riconoscere il rapporto di filiazione tra genitore intenzionale non biologico e minore è – ad avviso della Corte – conforme anche alle decisioni della Corte EDU per le quali in materia gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento, che non vi è trattamento discriminatorio nella legge nazionale che attribuisca alla procreazione medicalmente assistita finalità esclusivamente terapeutiche riservando tali procedure alle coppie eterosessuali sterili. Con riferimento all'interesse del minore, poi, se viene lui assicurata la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie, non vi è violazione del diritto al rispetto della vita familiare del minore. Questo è vero, in particolare, se viene lui garantito il rapporto di filiazione con il genitore biologico.

Con riferimento al contenuto della nozione di ordine pubblico internazionale, la sentenza aderisce alla visione dell'ordine pubblico estesa, quella che comprende anche la legge ordinaria al suo interno. In ogni caso, la nozione di ordine pubblico interno è ancora più estesa, comprendendo anche il complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano. Si legge che: i "*principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, nonché del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico*". Dunque: questa recente sentenza, con riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale, si allinea al precedente del 2019 ricordando l'importanza della legge ordinaria nell'attuazione dei principi costituzionali che si affiancano alle fonti internazionali e sovranazionali e dell'interpretazione

fornita dalla giurisprudenza, cioè del diritto vivente. La Corte tuttavia precisa anche che la nozione di ordine pubblico internazionale è una nozione più ristretta rispetto a quella di ordine pubblico interno e quest'ultimo viene definito come il "*complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano*". Dunque: l'ordine pubblico interno è il complesso dei principi informatori dei singoli istituti e tali principi si desumono tramite un procedimento di astrazione dalle norme imperative che disciplinano i singoli istituti, così collegando l'ordine pubblico interno alle norme imperative. È proprio da questa differenza tra nozioni, una più ristretta ed una più estesa, che la Corte ritiene di escludere contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione risultante dall'atto di nascita regolarmente formatosi all'estero e l'esclusione del rapporto di filiazione di quello derivante dal riconoscimento effettuato in Italia. Peraltro, tale differenza di trattamento, a detta della Suprema Corte non comporta la violazione di un precetto costituzionale poiché è la conseguenza della differenza tra normativa italiana e normativa vigente in altri Paesi e, pur prendendo atto della possibilità di condotte elusive (il pensiero va alle condotte di turismo procreativo all'estero), ritiene che questa diversità di trattamento non costituisce, di per sé, una causa di illegittimità costituzionale della normativa italiana.

Anche la Corte Costituzionale si è poi recentemente espressa sulla questione della filiazione omosessuale femminile.[651] Due donne, unite civilmente in Italia ai sensi della legge Cirinnà, si sono recate all'estero ed una delle due, con il consenso preventivo dell'altra si è sottoposta a procreazione medicalmente assistita eterologa. In questo caso, a differenza del precedente del 2016, una delle due donne non è legata biologicamente al nato. Negato il riconoscimento dell'atto di stato formato all'estero dal quale risultano come genitrici le due madri, la Corte di Appello di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulla clausola di equivalenza prevista dalla legge Cirinnà (art. 1, comma 20) che estende sì alle parti dell'unione tutte le disposizioni che riferiscono al matrimonio o che contengano le parole "coniugi" o termini equivalenti ma limita la tutela ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione

[651] Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230.

civile. Il combinato disposto di questa norma con l'art. 29 della legge sull'ordinamento di stato civile che disciplina il contenuto dell'atto di nascita, non prevedendo espressamente la possibilità di indicare quale secondo genitore una donna unita civilmente alla madre, che abbia con essa fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita, contrasterebbe con gli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1 Cost. La Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale veneto. Per la Corte, in particolare, il riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente, ex l. 76 del 2016, non è perseguibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione prevista dalla legge Cirinnà. Il riconoscimento del diritto alla genitorialità della coppia omosessuale femminile – si legge – è "perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente «attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre […] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (sent. n. 84 del 2016)". Sempre ad avviso della Corte Costituzionale, il *vulnus* arrecato all'interesse del minore può essere superato attraverso l'istituto dell'adozione non legittimante in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184 del 1983: una soluzione che, ricorda la Corte, è già stata accolta da parte della giurisprudenza. Sempre ad avviso della Corte Costituzionale, "una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore", sì che per riconoscere il rapporto di filiazione pieno nella coppia omosessuale (femminile) viene chiamato in causa il legislatore. Dunque, la Corte Costituzionale ritiene da un lato che sia compito del legislatore disciplinare la materia dall'altro che l'istituto dell'adozione non legittimante può – finché non intervenga il legislatore – garantire l'interesse del minore.

7. La filiazione nella coppia eterosessuale attraverso maternità surrogata (realizzata all'estero).

Se è vero che in questa parte si sono analizzate ordinanze e sentenze concernenti l'evoluzione della tecnica procreativa con riferimento al diffondersi di nuovi modelli familiari (coppie omosessuali femminili e maschili), non mancano comunque sentenze della Suprema Corte che si sono occupate della maternità surrogata nella famiglia tradizionale. Come già detto più volte, essa è vietata in Italia ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004. Sembra opportuno, adesso, ricordare la sentenza n. 24001 del 2014[652] inerente un minore nato in seguito alla stipulazione di un contratto di maternità surrogata in Ucraina. Un uomo ed una donna italiani, uniti in matrimonio in Italia, ricorrono alla pratica della maternità surrogata in Ucraina, commissionando un figlio. Il contratto di maternità surrogata era da considerarsi nullo anche secondo la legge ucraina poiché era previsto, in quell'ordinamento, quale requisito di validità del contratto, che la coppia committente una maternità surrogata apporti almeno il cinquanta per cento di materiale genetico nell'embrione. Ciò non è avvenuto essendo l'intero materiale genetico non appartenente alla coppia committente. Nella sentenza, il collegio ricorda come "*l'ordine pubblico non si identifica con le semplice norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico*". Tuttavia, nella identificazione di tali principi, la Corte esclude che l'ordine pubblico possa identificarsi con "*i valori condivisi della*

[652] Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, cit. In particolare, la sentenza è così massimata: "Posto che il divieto di maternità surrogata è di ordine pubblico, anche internazionale, non può riconoscersi efficacia in Italia all'atto di nascita di un bambino, formato all'estero, che ne indica quali genitori una coppia italiana, che, in realtà, aveva ivi fatto ricorso alla suddetta tecnica procreativa, con conseguente declaratoria di adottabilità del bambino medesimo (nella specie, il bambino non era figlio biologico né dell'uomo né della donna italiana, il che si pone in contrasto anche con la legge ucraina, paese ove era stato stipulato il contratto di surrogazione, era avvenuta la nascita ed era stato formato l'atto di nascita)".

comunità internazionale che il prudente apprezzamento del giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". La sentenza offre, dunque, la nozione di ordine pubblico internazionale quale "*limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna*" ed in questi termini l'ordine pubblico internazionale "*non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili*". Ad una condizione, dunque, i valori ed i principi esclusivamente propri possono integrare la nozione di ordine pubblico internazionale: essi devono essere fondamentali e, come tali, irrinunciabili. Nella individuazione di tali principi – precisa la Corte – l'ordinamento nazionale deve essere *considerato nella sua completezza* includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale.[653] In questi termini viene visto l'ordinamento italiano come integrato anche dalla normativa europea ed internazionale, quel diritto euro-italiano individuato dalla dottrina più accorta essendo l'ordinamento complesso ma unitario. Identificata, in questi termini, la nozione di ordine pubblico la sentenza muove dal combinato disposto dell'art. 269, comma 3, cod. civ. (secondo cui la madre è colei che partorisce) e dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 (che sanziona penalmente chi ricorre alla maternità surrogata) ritenendo che "*il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di bene giuridico fondamentale*". È dunque la previsione della sanzione penale che accompagna il divieto a costituire un indice che fa ritenere alla Corte quel divieto integrante un principio di ordine pubblico. Secondo la sentenza sono due gli aspetti da tenere in considerazione nell'analisi del divieto di

[653] È forse questa l'idea di quella parte della dottrina che, ritenendo l'ordine pubblico internazionale un concetto *prettamente* di diritto interno, ritiene che anche le fonti internazionali ed europee trovino applicazione in Italia in quanto facenti parte del nostro ordinamento. Infatti, in dottrina si segnala la critica a quelle sentenze che ipotizzano, "in punto di ricostruzione concettuale, che si debba dare un diritto dell'Unione europea diverso dal diritto italiano, o un diritto internazionale diverso dal diritto italiano, mancando di cogliere, con pienezza, la complessità dell'unitario sistema italo-europeo delle fonti", cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 417.

maternità surrogata. Da un lato la dignità umana della gestante; dall'altro l'istituto della adozione. La Corte ricorda i rapporti tra l'adozione e la maternità surrogata. Infatti, per la Corte, l'ordinamento giuridico italiano affida proprio all'istituto della adozione – che detta norme più a tutela dei minori che all'accordo delle parti – progetti di genitorialità svincolati da un legame biologico tra il genitore intenzionale e il nato. La Suprema Corte ricorda altresì la sentenza emessa dalla Corte Costituzionale qualche mese prima[654] con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 4, comma 3, l. 40 del 2004 inerente il divieto di fecondazione eterologa e nella quale si era stabilito espressamente che la declaratoria di incostituzionalità non avrebbe inciso sull'art. 12, comma 6 che rimaneva pienamente valido ed efficace. Ancora: il divieto della maternità surrogata non si pone in contrasto con la preminente tutela dell'interesse supremo del minore poiché il legislatore, non irragionevolmente, ha considerato che l'interesse del minore "*si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto della adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge la quale non attribuisse al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto*". In altri termini, la Corte ritiene che l'istituto della adozione garantisca l'interesse superiore del minore – diritto garantito anche da convenzioni internazionali, come l'art. 3 della Convenzione di New York – sì da attribuire la maternità a chi partorisce e garantire comunque al minore una famiglia tramite l'adozione. Per questa sentenza del 2004 occorre guardare dunque all'istituto dell'adozione per dare una tutela alla genitorialità intenzionale e non biologica. Viene cioè fatto riferimento alla necessità di un legame genetico con il nascituro affinché si possa parlare di filiazione. Tale valutazione è "*operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto*": la distinzione tra filiazione (che presuppone il legame biologico) ed adozione (che non lo presuppone) è frutto di esercizio di discrezionalità legislativa e dunque nessuno spazio di interpretazione in relazione al caso concreto è lasciato al giudice. Anche

[654] Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

l'eventuale intento solidaristico del contratto di maternità surrogata (che potrebbe andare ad elidere la lesione della dignità della gestante) non trova applicazione nel caso in esame.[655] La corte ricorda altresì le sentenze gemelle emesse il 26 giugno 2014 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti della Francia, in cui – ad avviso dei ricorrenti – la Corte avrebbe affermato il diritto del nato mediante surrogazione di maternità ad essere riconosciuto figlio legittimo della coppia committente. Il collegio, ricorda tuttavia che le sentenze gemelle hanno invece "*riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell'ambito dei paesi membri del coniglio d'Europa, e ha ravvisato il superamento di detto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest'ultimo sia anche padre biologico (difetto di riconoscimento che rileva la Corte, viola il diritto al rispetto della vita privata del figlio ai sensi dell'art. 8 della convenzione comprendente il diritto alla identità personale sotto il profilo del legame di filiazione)*". Il margine di discrezionalità che viene lasciato agli Stati membri sul tema della maternità surrogata viene superato solo laddove venga escluso il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra nato e padre committente se quest'ultimo è anche padre biologico che violerebbe l'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata del figlio comprendente il diritto alla identità personale sotto il profilo del legame di filiazione.

8. Nuove tecniche di celebrazione del matrimonio.

L'evoluzione della tecnica non è limitata alle biotecnologie ai fini della filiazione ma, sempre con riferimento al diritto di famiglia, si considerino le nuove possibilità offerte dalla rivoluzione di internet. Così, di ordine pubblico si è parlato, ad esempio, nella fattispecie del matrimonio celebrato via Skype. In altri termini, la forma di celebrazione dell'istituto matrimoniale è stata investita dai nuovi portati tecnologici. Si tratta di situazioni – la rilevanza della tecnologia nel diritto di famiglia –

[655] In senso contrario, cfr. Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, cit.

che saranno sempre più frequenti e che porteranno nuove ed ancora inesplorate questioni giuridiche all'attenzione degli interpreti. La recente crisi sanitaria ha dimostrato l'attualità del diritto ad essere connessi, cioè di un diritto di accesso alla tecnologia, ma, al contempo, ha portato numerosi interrogativi, con l'emersione anche del problema inverso, cioè del diritto alla disconnessione.

Il caso deciso dalla Suprema Corte nel 2016[656] ha riguardato il matrimonio celebrato da due cittadini (l'uomo pakistano e la moglie italiana) attraverso una nota piattaforma che offre il servizio di videoconferenza: dunque il matrimonio non si è svolto alla presenza fisica dei due nubendi ma a distanza e, secondo la legge pakistana, tale forma di celebrazione è pienamente legittima. Chiesto in Italia il riconoscimento del matrimonio ai sensi degli artt. 16 e 65 della legge 218 del 1995, l'ufficiale dello stato civile si è rifiutato di trascrivere l'atto di matrimonio, ostando alla trascrizione un principio di ordine pubblico. Infatti, per l'ufficiale di stato civile, la modalità di celebrazione 'a distanza' è da considerarsi contraria all'ordine pubblico, ritenendo integrato principio di ordine pubblico quello delle 'contestuale presenza dei nubendi dinanzi a colui che officia il matrimonio'. La presenza dei nubendi dinanzi all'ufficiale dello stato civile risponderebbe all'esigenza di assicurare una volontà libera e genuina, integrante una consapevole espressione del consenso alle nozze.

I giudici di merito ritengono che il matrimonio celebrato via Skype fosse pienamente efficace per l'ordinamento italiano. Per i giudici, infatti, se è vero che l'art. 107 cod. civ. prevede la contestuale presenza dei nubendi dinanzi all'ufficiale dello stato civile alla presenza di due

[656] Cass., 25 luglio 2016, n. 15343, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3476 ss. così massimata: "Il matrimonio contratto all'estero alla presenza di uno solo dei nubendi e con la partecipazione in via telematica dell'altro non è contrario all'ordine pubblico (italiano a condizione che lo stesso sia stato validamente celebrato secondo la legge del paese straniero, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero, senza possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico, tanto più che neppure per il legislatore italiano la forma di cui all'art. 107 c.c. ha valore inderogabile".

testimoni, questa disposizione "non costituisce un principio irrinunciabile per la stessa legge italiana", facendo richiamo all'art. 111 cod. civ. che disciplina il matrimonio per procura. Per i giudici, l'unico principio davvero irrinunziabile è la "libera, genuina e consapevole espressione del consenso alla formazione del vincolo matrimoniale" che, precisa poi la Corte d'Appello, può esservi anche a distanza.

La Suprema Corte affronta il ricorso per Cassazione proposto dal Ministero dell'Interno che ritiene l'ordine pubblico costituito dal "nucleo essenziale delle regole inderogabili e immanenti all'istituto matrimoniale". Per il Ministero, "le modalità in cui il matrimonio [è] stato celebrato, senza la presenza fisica dei nubendi e grazie all'ausilio del mezzo di comunicazione via Internet, non [offre] alcuna garanzia che i nubendi [esprimono] liberamente e reciprocamente un consenso consapevole, anche per le difficoltà che caratterizzano l'uso di una lingua diversa dalla propria, in considerazione dell'alto valore dell'unione nuziale secondo la Carta costituzionale".

La Corte di Cassazione muove dall'art. 28 della legge 218 del 1995, secondo il quale il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale (anche) dalla legge dove esso è stato celebrato. Il matrimonio è stato celebrato in Pakistan e per quell'ordinamento la forma utilizzata è valida, sì che può essere riconosciuto in Italia. La Corte di Cassazione ritiene che il riconoscimento del matrimonio celebrato a distanza non è contrario all'ordine pubblico internazionale. La Corte ricorda che dell'ordine pubblico non fanno parte tutte le norme inderogabili presenti nel diritto interno perché, altrimenti, sarebbero annullate la diversità tra i sistemi giuridici e rese inutili le norme di conflitto e, di conseguenza, ritiene che l'ordine pubblico internazionale sia costituito dal "*nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento che non [è] consentito nemmeno al legislatore ordinario interno di modificare o di alterare, ostandovi principi costituzionali inderogabili*". Dunque: l'ordine pubblico internazionale è ravvisato in principi costituzionali inderogabili e ritorna, ancora una volta, la distinzione tra principi fondamentali e principi tecnici sì che l'ordine pubblico internazionale si compone dei primi (e non anche dei secondi). La Corte di Cassazione ritiene poi che il giudizio di compatibilità debba essere riferito agli effetti *in concreto* che

l'atto straniero del quale si chiede il riconoscimento produce in Italia e l'atto straniero non può essere sottoposto ad un sindacato del suo contenuto o di merito o di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o italiano. In questi termini, se l'atto matrimoniale è valido per l'ordinamento straniero, non può ritenersi in contrasto con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano. In definitiva, per la Corte i principi inderogabili dell'istituto matrimoniale (la sentenza parla di "requisiti minimi per la giuridica configurabilità del matrimonio medesimo"), sono la manifestazione di una volontà matrimoniale da parte di due persone di sesso diverso e la presenza di un ufficiale dello stato civile.

In dottrina si è affermato che tramite questa ricostruzione dell'ordine pubblico, la clausola "abbandona la sua consueta veste di limite, in chiave negativa, e assume un ruolo propulsivo e promozionale favorendo, in positivo, la armonizzazione o addirittura la unificazione della materia e, dunque, la circolazione di modelli giuridici sperimentati all'estero proprio un settore, quale il diritto di famiglia, che gli Stati hanno da sempre considerato di propria esclusiva competenza".[657] L'Autrice ricorda che tale atteggiamento sia "il portato di un atteggiamento di grande apertura verso una società multiculturale e pluralista, dove la stessa distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale si fa più labile, perdendo il suo originario significato". Ma anche l'Autrice ricorda che non è possibile abdicare alla difesa della identità costituzionale e cioè ritenendo che ciò che è valido nelle nazioni di civiltà affine non può non essere valido in Italia.

[657] T. ROSSI, *I confini dell'ordine pubblico: la vicenda di un matrimonio via skype*, in G. PERLINGIERI – M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo, interpretazione*, op. cit., p. 466.

CAPITOLO QUINTO
CONFLITTI INTERCULTURALI ED ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. I conflitti interculturali ed il diritto di famiglia. – 2. Il ripudio islamico. – 3. Il matrimonio poligamico. – 4. Il matrimonio omosessuale. – 5. Le nullità canoniche. – 6. Gli accordi prematrimoniali.

1. I conflitti interculturali ed il diritto di famiglia.

Accanto all'evoluzione della tecnica, il diritto di famiglia contemporaneo è sempre più contraddistinto da conflitti interculturali. Si assiste, infatti, sempre più spesso, sotto il profilo socio-familiare, a fenomeni che riguardano la famiglia transnazionale, come i matrimoni misti (ad es., il matrimonio tra l'uomo islamico e la donna italiana). Fenomeni, questi, sui quali incide principalmente la questione migratoria e che assumono una valenza giuridica nell'ordinamento interno quando viene richiesto nel nostro Paese – così come in altri Stati europei – il riconoscimento di questi istituti stranieri (e delle situazioni da questi derivanti).[658] Fenomeni, questi, che vengono ascritti all'interno di ciò che è stato (anche) definito come conflitto di civilizzazione.[659] Istituti spesso collegati a principi religiosi della fede islamica e che dunque si collocano nel rapporto tra diritto e religione. L'ordinamento prevede una clausola

[658] R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 197 ss. Si veda altresì, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss.; M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. per.*, 2004, p. 189 ss. Sul ripudio, cfr. A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. famiglia*, 2005, p. 969 ss.

[659] P. MERCIER, *Conflits de civilisation et droit international privé: polygamie et repudiation*, Géneve, 1972, *passim*; CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2011, *passim*. In generale, si veda CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

per tutelare i valori fondativi del sistema: l'ordine pubblico, appunto. Con riferimento a situazioni connotate da un elemento di estraneità, dalla compatibilità ovvero dal contrasto dell'istituto straniero con l'ordine pubblico deriva il riconoscimento ovvero il diniego di efficacia del medesimo nel nostro ordinamento. Attualmente tale clausola generale trova sempre più spesso un ruolo rimarchevole in quella famiglia, definita da autorevole dottrina come isola che il mare del diritto può solo lambire.[660] Così, da un lato, attraverso l'evoluzione della tecnica, ed il contestuale mutamento dei modelli familiari, si richiede il riconoscimento in Italia della filiazione omosessuale maschile e femminile non essendo precluso in molti Paesi non solo il matrimonio tra persone dello stesso sesso ma anche il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e di maternità surrogata sì che i due padri (o le due madri) chiedono di trascrivere in Italia l'atto di stato civile dal quale il minore risulta essere figlio di due padri (o di due madri); dall'altro, poi, nella famiglia si innervano i sopra menzionati conflitti culturali, nel senso che si chiede il riconoscimento in Italia di istituti disciplinati da tradizioni molto diverse dalla nostra, spesso derivanti dal confessionismo in senso islamico,[661] come il matrimonio poligamico,[662] il ripudio,[663] la *kafalah*,[664]

---

660 A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38.

661 D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Roma, 1925, *passim*.

662 Per una ricostruzione del matrimonio poligamico, cfr. M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli 2016, *passim*; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 821 ss.

663 P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 347 ss.

664 M. ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. famiglia e delle persone*, 2005, p. 635 ss.; G. PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2007, p. 947 ss.; J. LONG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, I, p. 73 ss.; L. RACHELI, *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 891 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 847 ss.; Y. ROCCHINI, *La kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. imm. e citt.*, 2011, 2, 80 ss.; M. NISTICÒ, *Kafala islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza*

ecc. È evidente che questi ultimi istituti, così come i primi, non possono essere validamente posti in essere in Italia, ma il problema si pone se di questi, sorti legittimamente nei Paesi di origine, viene richiesto il riconoscimento in Italia o comunque, viene chiesto il riconoscimento di alcuni effetti derivanti dall'istituto (si pensi al riconoscimento dello *status* di figlio in Italia, figlio nato all'interno di matrimonio poligamico contratto all'estero).

Ancora, nel diritto di famiglia si deve segnalare la richiesta di riconoscimento giuridico in Italia del matrimonio omosessuale e delle sentenze di nullità canoniche. Da ultimo, il diritto di famiglia vede un crescente ruolo svolto dall'autonomia privata. Settori, tutti questi, nei quali può operare la clausola dell'ordine pubblico.

2. Il ripudio islamico.

Un recente caso deciso dalla Suprema Corte consente di verificare l'applicabilità della clausola dell'ordine pubblico al caso di conflitto culturale: nella specie si tratta del riconoscimento in Italia di un divorzio unilaterale pronunciato da un tribunale religioso islamico. Il caso riguarda la compatibilità (o contrarietà) dell'istituto del ṭalāq, non previsto né nel nostro ordinamento né in altri ordinamenti europei, rispetto all'ordine pubblico cd. internazionale. Un matrimonio, celebrato in Palestina, tra un uomo ed una donna, entrambi con la doppia cittadinanza giordana ed italiana, si scioglie per il ripudio manifestato da parte del marito. Le due sentenze di scioglimento (provvisoria e definitiva) pronunciate dal tribunale sciaraitico palestinese vengono trascritte nel registro dello stato civile italiano. L'ex moglie chiede alla Corte d'Appello di Roma – che accoglie la domanda – di ordinare all'ufficiale dello stato civile la cancellazione delle trascrizioni. Per la Corte, il divorzio unilaterale espresso dal marito con il ripudio non è,

della kafala nell'ordinamento islamico, Relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" a Catania il 7 e 8 giugno 2013, disponibile su gruppodipisa.it.

infatti, riconoscibile in Italia. Da un lato contrasta con l'ordine pubblico non avendo il giudice palestinese accertato il venire meno in concreto della comunione di vita tra i coniugi. Dall'altro lede il diritto di difesa, poiché alla base del divorzio sta la dichiarazione unilaterale del marito: egli non deve addurre motivazioni e la moglie non si può opporre, sì che manca un reale contraddittorio. Per la Corte, il consenso della moglie allo scioglimento non può riconoscersi nei comportamenti tenuti dalla stessa (quali il rientro in Italia e il prelievo di denaro dal conto corrente del marito): atti che dimostrano, semmai, la consapevolezza dell'irrevocabilità del ripudio secondo la legge islamica. A seguito del ricorso presentato dal marito, un'ordinanza della Suprema Corte ha disposto l'acquisizione di un'informativa sulla legge processuale applicabile e di una relazione del Massimario sul riconoscimento degli effetti di un provvedimento di divorzio pronunciato da un tribunale religioso straniero, rimettendo la causa a nuovo ruolo. La sentenza che qui si commenta conferma quanto deciso in appello, dopo essersi confrontata con l'istituto del talaq, con la natura giurisdizionale (o meno) del tribunale sciaraitico e l'applicabilità del Reg. Roma III al divorzio privato, con la compatibilità (ovvero il contrasto) del ripudio con l'ordine pubblico. Aspetti, tutti questi, rilevanti e che enfatizzano il valore della sentenza.

La prima sezione civile affronta il riconoscimento di un divorzio unilaterale che assume la forma del ripudio islamico.[665] Nella sentenza

[665] Astrattamente, possono verificarsi tre situazioni: 1) il caso più frequente – ed è quello alla base del giudizio della Suprema Corte – riguarda la richiesta di riconoscimento in Italia di un ripudio pronunciato all'estero; 2) può accadere che è la legge di conflitto a richiamare come disciplina applicabile una legge straniera che prevede il ripudio come forma di scioglimento del matrimonio (è il caso in cui la legge di conflitto richiama la legge di residenza di uno degli sposi e questo è residente in un Paese islamico, la cui legge ammette il ripudio); 3) il divorzio unilaterale potrebbe essere chiesto in Italia. Si dica, subito, che in Italia il ripudio non potrebbe validamente compiersi: da un lato il divorzio è subordinato all'intervento del giudice o di altra pubblica autorità, dall'altro, poi, se è vero che l'introduzione dello scioglimento del matrimonio ha fatto venire meno l'indissolubilità del vincolo, è imprescindibile per sciogliere il matrimonio, rispettare le condizioni previste dall'art. 1, l. 898 del

che qui si commenta,[666] l'istituto che pretende di essere riconosciuto in Italia è il divorzio unilaterale da parte del marito (nella specie, talaq).[667] L'attualità della sentenza è data anche dal fatto che qualche giorno dopo la pubblicazione, la Suprema Corte si è nuovamente pronunciata sul ripudio unilaterale (previsto però dal diritto iraniano, del genere *rojee*), giungendo a conclusioni parzialmente diverse.[668] La sentenza che si commenta ricostruisce l'evoluzione, anche in chiave storica, di questo istituto, sconosciuto in Occidente, e che trova un riferimento nel Corano.[669] Il talaq, cioè il ripudio islamico,[670] da *talaqa* cioè sciogliere,

---

1970 e quindi l'accertamento del venire meno della comunione materiale e spirituale. Insomma: se con riferimento a decisioni si pone il problema del riconoscimento, è del tutto evidente invece che il divorzio unilaterale come previsto nei sistemi islamici non può essere posto in essere in Italia poiché la legge sul divorzio prevede determinate indicate nell'art. 1, l. 898 del 1970.

[666] La sentenza di merito, App. Roma, 12 dicembre 2016, si può leggere in *Dir. per. fam.*, 2017, p. 347 ss. con commento di P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*. L'Autore manifesta completa adesione alla sentenza per la corretta applicazione del limite dell'ordine pubblico.

[667] Per precisione, nelle Istituzioni di diritto musulmano del Santillana, il capitolo II intitolato Risoluzione del matrimonio per volontà delle parti, distingue i casi di scioglimento del matrimonio definendo ripudio quello che avviene per volontà del marito e divorzio quello che avviene per mutuo consenso. Dunque si potrebbe dubitare dell'esattezza della formula divorzio unilaterale. Cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., p. 253.

[668] Cass., 14 agosto 2020, n. 17170, in *Foro. it.*, banche dati on-line. Si veda, comunque, App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109 che aveva ritenuto l'art. 1133 cod. civ. iraniano contrario all'ordine pubblico internazionale consentendo al marito di divorziare secondo il suo arbitrio senza che la moglie possa paralizzare la volontà di quest'ultimo.

[669] Si legge, nelle Istituzioni del Santillana, che nonostante il ripudio sia da sempre radicato nella vita e nei costumi arabi, il Profeta nel hadit espresse grande avversione per il ripudio che, tra le cose lecite, era la più odiosa al cospetto di Dio, tanto che alcune scuole (gli hanafiti) lo ritengono vietato se dato senza motivo (p. 254).

[670] Non deve essere confuso il ripudio islamico con il *repudium* romano poiché a Roma non vi era differenza tra uomo e donna nel potere di revoca del consenso matrimoniale. Lo ricorda P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico*, op. cit., p. 356.

svincolare, è una delle forme di scioglimento del matrimonio islamico,[671] contratto consensuale, disciplinato dalla sharia, la cui fonte suprema è rappresentata dal Corano, considerata legge negli Stati islamici.[672] Si tratta della facoltà, in genere riconosciuta esclusivamente al marito, di divorziare dalla moglie senza la necessità di addurre alcun motivo. L'unilateralità dell'atto e l'assenza di motivazione accostano il talaq ad un recesso *ad nutum*; con la precisazione, però, che è atto non recettizio, non dovendo infatti esso essere portato a conoscenza della moglie – che non deve essere necessariamente presente, né deve essere informata della procedura di ripudio – per avere effetto. In genere, si distingue tra ripudio revocabile ed irrevocabile: sta di fatto che la ripetizione per tre volte successive, ad intervalli di tempo regolari (in genere, corrispondenti ai cicli mestruali),[673] della formula talaq, comporta, quale effetto, l'irrevocabilità dello scioglimento.[674] Si tratta – è di tutta evidenza – di un istituto che attribuisce un maggiore peso all'autorità del marito: anzi è

---

[671] Si consideri che accanto al talaq, altre forme di scioglimento del matrimonio sono l'annullamento dello stesso (*al-tafriq*) da pronunciarsi davanti *al quadi* per gravi motivi (es. sterilità, impotenza, ecc.), il divorzio per mutuo consenso (*al-khul'*) e, appunto, il ripudio unilaterale (*al-talaq*).

[672] Il Santillana, pur ritenendo "assai singolare che il matrimonio, contratto consensuale, possa essere sciolto da una delle parti senza il consenso dell'altra", trova una giustificazione anche nella *maritalis affectio*, sì che laddove venga meno la volontà di colui che dispone del vincolo, non si può costringerlo a preservare la comunione di vita e sulla superiorità del marito avendo questi anche diritti speciali sulla moglie, sì che vede il ripudio come la rinunzia da parte del marito ai diritti che ha acquistato in virtù del contratto nuziale, D. SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit. p. 254.

[673] L'intervallo tra i ripudi corrisponde alla 'idda, cioè al periodo premestruale. L'impossibilità del ripudio *hic et nunc* con la ripetizione contestuale della formula ma la necessità che la ripetizione avvenga ad intervalli di tempo regolari sembra dovuto al fatto di evitare che lo scioglimento possa essere assunto sulla base dell'ira del marito, così attribuendo una sorta di periodo di riflessione affinché l'uomo possa decidere se confermare o revocare il ripudio. Sui requisiti del ripudio e le differenze tra ripudio canonico e quello moderno, cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., p. 255.

[674] Il triplice talaq, oltre a sciogliere irrevocabilmente il contratto matrimoniale, impedisce alla donna di poter contrarre nuovo matrimonio con il medesimo uomo se prima non contrae (e consuma) altro matrimonio con un diverso uomo.

l'atto con il quale il marito pone fine all'autorità maritale sulla sposa che nasce, per l'uomo, con la conclusione del contratto matrimoniale.[675] Già si percepisce il nocciolo duro della questione: il ripudio, così configurato, mostra un irriducibile contrasto con i principi di eguaglianza tra i sessi e tra i coniugi, come riconosciuti dalla Costituzione e da fonti sovranazionali e dunque è assolutamente contrario a numerosi principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Si consideri, peraltro, che l'atto è suscettibile di rappresentanza, potendo il marito consentire di esercitare tale facoltà anche ad altri e anche alla stessa donna: lo stesso contratto matrimoniale può infatti attribuire la facoltà di ripudio alla futura moglie (in tal caso si parla di auto-ripudio).[676] Nella disciplina del matrimonio

[675] Celebre il caso dello Scià di Persia, Reza Pahlavi che sposò e poi ripudiò Soraya Esfandiary nel 1958. Mantiene comunque il titolo di Sua Altezza Imperiale la Principessa dell'Iran. La vicenda ebbe anche un seguito in Italia, avendo l'ex regina richiesto il risarcimento del danno d'immagine per essere stata fotografata in casa di altro uomo. Infatti, pur essendo già stata ripudiata, perse il titolo di regina perché fotografata all'interno di una abitazione in Italia con altro uomo. Sulla vicenda, cfr. Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895 ss., con nota di MONTELEONE.

[676] In dottrina ci si interroga se l'attribuzione anche alla moglie della facoltà di ripudiare il proprio uomo, così che il ripudio possa essere esercitato, indistintamente dall'uomo e dalla donna, valga a superare il diniego al riconoscimento del ripudio estero. In dottrina vi è chi esclude che possa essere attribuita rilevanza alla circostanza che alcuni ordinamenti attribuiscono il diritto al ripudio anche alla donna perché il fulcro, nel nostro ordinamento, è rappresentato dal divieto di sciogliere il matrimonio ad iniziativa libera ed immotivata del coniuge. Scrive R. CLERICI, *La compatibilità*, op. cit., p. 202: "Né si può ritenere di poter operare, sempre a tale riguardo, una sorta di bilanciamento (o meglio, di compensazione), attribuendo efficacia a una pronuncia o a un atto di ripudio a seguito di valutazione complessiva dell'ordinamento straniero considerato, al fine di verificare se, all'interno del medesimo, siano previste anche a favore della moglie forme di scioglimento del matrimonio *ad nutum*. Infatti, anche laddove simili forme si rinvengano e venga esclusa la necessità di una motivazione anche da parte della donna maritata, tale ipotesi si rivelerebbe parimenti confliggente con il principio che vieta lo scioglimento del matrimonio ad iniziativa libera e immotivata di un coniuge, presente nel nostro ordinamento". Se è vero che potrebbe superarsi la contrarietà del ripudio unilaterale al principio di eguaglianza, essendo attribuito ad entrambi i coniugi,

islamico c'è ancora oggi una disparità tra diritti e doveri di uomo e donna: basti pensare che la donna può chiedere lo scioglimento del matrimonio solo ove ricorrano più gravi cause. Alcuni Paesi islamici, anche in considerazione di questa disparità di trattamento, stanno provvedendo a riformare e modernizzare l'istituto matrimoniale e, in particolare, il divorzio unilaterale.[677] Questo, infatti, sta perdendo il carattere stragiudiziale, di divorzio privato, rimesso all'autonomia (squilibrata) delle parti: interventi legislativi recenti in diversi Stati islamici lo collocano all'interno di un procedimento giudiziario, riconducendo il ripudio sotto il controllo del giudice, con la *voluntas legis*, reale o presunta,

---

confliggerebbe comunque almeno con il principio di discrezionalità legislativo rappresentato dalle cause che legittimano lo scioglimento del matrimonio nel nostro ordinamento, ex art. 1, l. 898 del 1970.

[677] Sulla modernizzazione, cfr. R. ALUFFI BECK-PECOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, 1990, *passim*. Ad esempio, è quello avvenuto in Marocco: il divorzio unilaterale, disciplinato dal codice del diritto di famiglia, *Mudawwana*. Promulgato tra il 1957 e il 1958 e dal marcato carattere discriminatorio, le posizioni dei coniugi sono state riequilibrate dopo la ratifica, da parte del Paese, nel 1993, della Convenzione delle Nazioni Unite del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione. La disciplina è stata poi modificata ulteriormente nel 2004. Così, se inizialmente il ripudio poteva essere pronunziato dinanzi a due notai, con la novella del 1993, occorre l'autorizzazione del giudice, con la presenza di entrambi i coniugi dinanzi ai notai, salvo poter procedere anche in contumacia della stessa. In questi termini, il ripudio ha perduto il connotato negoziale dipendendo ora dall'intervento dell'autorità giurisdizionale che ha una funzione non solo omologatrice ma decisoria. Ma si veda già quanto scriveva il Santillana nel 1925: "In Egitto, in Turchia, nell'India, i fautori, molto autorevoli e numerosi, delle nuove idee femministe chiedono l'abolizione della poligamia, l'istituzione del matrimonio monogamico, la restrizione della facoltà di ripudio concessa al marito, che vorrebbero subordinata all'approvazione del giudice, l'abolizione dell'obbligo del velo e della reclusione delle donne nei ginecei e, finalmente, un programma metodico ed ampio d'istruzione femminile", cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., p. 125. Tuttavia, come ricorda R. Clerici, non è affatto agevole dare ingresso nel nostro ordinamento neppure a quei ripudi "proceduralizzati" o "istituzionalizzati", quali oggi si rinvengono in alcune codificazioni più recenti (quella marocchina, algerina). Cfr. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia*, op. cit., p. 202, nota 40.

di attenuare il suo carattere arbitrario e prevedere un indennizzo per la moglie ingiustificatamente ripudiata. C'è da dire, comunque, che la funzione svolta dal tribunale sciaraitico è ancora – salvo alcune eccezioni – quella di omologare lo scioglimento, piuttosto che essere titolare di un effettivo potere di controllo sul divorzio, tanto più che quando al tribunale vengono assegnate funzioni decisorie, l'organo sembra limitarsi a recepire la volontà unilaterale del marito. Si consideri che il ricorrente, tra i motivi del ricorso, aveva addotto una sopravvenienza normativa del 2011 che avrebbe modernizzato l'istituto del talaq, andando a riequilibrare le posizioni dei coniugi, attribuendo alla moglie il diritto di agire e resistere in giudizio per la tutela dei suoi diritti, prevedendo un tentativo di conciliazione tra i coniugi per evitare lo scioglimento del matrimonio. Scioglimento che potrebbe essere pronunciato solo se il giudice accerti l'effettivo venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Il caso era dunque già pendente dinanzi alla Suprema Corte: l'ordinanza n. 6161 del marzo 2019[678] aveva rimesso la causa a ruolo, disponendo l'acquisizione di un'informativa, tramite il Ministero di Giustizia, su questa legge del 2011. L'informativa – come ora ricorda la Corte – ha accertato che la richiamata legge non è mai formalmente entrata in vigore e che l'istituto viene sempre applicato in senso conservatore, che il tribunale sciaraitico disciplina le questioni tra i musulmani ed i contratti registrati presso il tribunale sciaraitico o uno dei suoi legali autorizzati, che il divorzio è sempre disciplinato dalle leggi del 1959 e del 1976 che appunto ammettono (anche) quello unilaterale, che lo scioglimento può essere pronunciato anche senza il consenso della moglie e senza la previsione di un temperamento di garanzia volto a riequilibrare lo squilibrio sostanziale e processuale tra le parti. Peraltro, l'ordinanza della Suprema Corte aveva anche richiesto una Relazione da parte dell'Ufficio del Massimario del Ruolo, la quale ha messo in luce l'assenza di un diritto islamico unitario, poiché esistono numerose differenze tra gli Stati islamici quanto ad organi, a modalità, a caratteristiche sostanziali del divorzio e che in Palestina, pur se è in corso un processo di unificazione e di armonizzazione del diritto per creare un nuovo diritto palestinese applicabile a tutti i territori sotto il controllo dell'Autorità

[678] Cass., 1° marzo 2019, n. 6161, in *Foro it.*, Banche Dati on-line.

Nazionale Palestinese, convivono quattro sistemi giuridici (giordano, egiziano, israeliano e islamico).

Affinché una legge, una sentenza o un provvedimento stranieri possano essere riconosciuti in Italia, questi devono essere compatibili con l'ordine pubblico (internazionale). Infatti, dapprima l'art. 31 delle Preleggi e, una volta abrogato, gli artt. 16, 64 e 65 della legge di riforma del diritto internazionale privato consentono il riconoscimento in Italia di sentenze e provvedimenti sempre che la decisione non sia contraria con l'ordine pubblico. Il qualificativo *internazionale*, non desumibile dalla lettera della legge, è costruzione dottrinale consolidata nel tempo, che, da un punto di vista *funzionale*, varrebbe a distinguere l'ordine pubblico che trova applicazione quando la fattispecie presenta elementi di estraneità, costituendo limite all'efficacia dell'atto straniero in Italia, da quello (interno) che trova applicazione quando la fattispecie è interamente domestica, costituendo parametro di liceità dell'agire privato (arg. ex art. 1343 cod. civ.).[679] Da un punto di vista *contenutistico*, poi, l'ordine pubblico internazionale avrebbe un contenuto più circoscritto rispetto a quello interno. Dunque: diversità di funzione e diversità di contenuti tra i due ordini pubblici. In ogni caso, una precisazione è d'obbligo: a discapito dell'aggettivo internazionale, l'*ordre public*, concetto nato all'indomani della Rivoluzione francese, e poi diffusosi in molti ordinamenti (quelli franco-centrici, come quello italiano) è comunque un concetto di diritto interno, da non confondere con l'ordine pubblico veramente internazionale, sì che terminologia più corretta sarebbe quella utilizzata da Emilio Betti di ordine pubblico di rilevanza internazionale, che trova applicazione nel sistema del diritto internazionale privato, facente dunque parte del diritto interno. Esso esprime e protegge *valori fondamentali* dell'ordinamento (è questo il concetto di ordine pubblico ideale, di *ordo ordinans* che si distingue dall'ordine pubblico materiale, di *ordo ordinatus*, o di *ordre dans le rue*) e che oggi rappresenta una clausola che tutela i diritti fondamentali dell'individuo, come riconosciuti (e garantiti) dalla Costituzione. Non solo da questa, tuttavia. È qui che

[679] In questi termini, parte della dottrina ritiene che l'ordine pubblico (interno) costituisca un criterio residuale di valutazione della illiceità contrattuale (è la tesi, già vista, di Ferri), mentre altri non ritengono così (è la tesi di Lonardo).

sorgono le questioni attuali: da un lato, se nell'ordine pubblico vanno inclusi i principi presenti nelle fonti sovranazionali, anche in considerazione del rapporto tra queste (come la CEDU) ed il nostro ordinamento;[680] dall'altro se nell'ordine pubblico devono essere inclusi i principi frutto di discrezionalità legislativa. Così, rispetto al codice del 1942, la diversa gerarchia delle fonti e dei valori dell'ordinamento, ha notevoli ripercussioni sul concetto di ordine pubblico: all'opinione di chi lo sposta addirittura al di fuori del sistema ordinamentale, affermando che questo si comporrebbe solamente di principi comuni a civiltà affini, si contrappone quell'autorevole dottrina che rimarca come esso sia concetto di diritto interno, che tutela l'identità nazionale, con la precisazione che il richiamo a principi contenuti in convenzioni internazionali e nelle dichiarazioni universali è sì condivisibile, a condizione però che essi vengano recepiti dal nostro ordinamento e sempre che, con riferimento al diritto dell'Unione Europea non si parli di ordinamenti distinti, coordinati e paralleli, ma di un unitario sistema italo-europeo delle fonti, la cui complessità dev'essere svelata dall'interprete. Ulteriore problema è quello di comprendere se l'ordine pubblico internazionale comprenda anche le leggi emanate dal legislatore ordinario o, meglio, se comprenda i principi frutto di discrezionalità legislativa, o se esso, invece, si componga dei soli principi costituzionali, sì da parlare di un ordine pubblico costituzionale.[681] La sentenza che qui

---

[680] Nelle più recenti sentenze in tema di ordine pubblico e a prescindere dalla concezione di ordine pubblico accolta, la Cassazione richiama spesso fonti sovranazionali, come la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, nonché la giurisprudenza sovranazionale, siano esse decisioni della Corte EDU e della Corte di Giustizia, facendo poi riferimento al diritto vivente. È vero, infatti, che l'interprete si trova al cospetto di una normatività diffusa, con la necessità di integrare fatti e principi. Come rileva Pietro Perlingieri, si è assistito e si assiste ad una "trasformazione del sistema ordinamentale" che da "chiuso ed autarchico" è diventato "a sistema aperto", "plurale nelle sue fonti interne e sovranazionali" nell'accezione di "sovranità diffuso e non più privilegio dello Stato". Cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

[681] Sembra questa, appunto, la questione prospettate di costituzionalità dall'ordinanza di rimessione filiazione omosessuale Cass, 29 aprile 2020, n. 8325,

si commenta aderisce alla tesi che include nell'ordine pubblico anche i principi frutto di discrezionalità legislativa. Si legge che "la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 ss. l. n. 218 del 1995, esige, (…) una valutazione ampia, comprensiva non solo dei principi fondamentali della Costituzione e dei principi sovranazionali ma anche delle leggi ordinarie e delle norme codicistiche (…). Nell'ambito del riconoscimento (degli effetti) della sentenza straniera o del provvedimento straniero, occorre dunque verificarne la compatibilità con i principi giuridici fondamentali tratti dai principi sovranazionali, dalla Costituzione ma, *non ultimo, anche dalle leggi ordinarie e dalle norme codicistiche che regolano gli istituti in Italia*". Dunque: la sentenza che qui si commenta offre una visione dell'ordine pubblico comprensiva dei principi derivanti dalla discrezionalità del legislatore, distinguendo

---

cit. nel momento in cui si legge che: "la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)". Nello stesso senso, per rimanere in tema di famiglia, si veda la sentenza della Suprema Corte che ha ritenuto compatibile con l'ordine pubblico la forma di celebrazione del matrimonio tramite skype, affermando che la nozione di ordine pubblico internazionale comprenda il solo "nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento [cui non è consentito] nemmeno al legislatore ordinario interno di modificare o alterare, ostandovi principi costituzionali inderogabili". L'ordinanza di rimessione si inserisce così in quel forte dibattito, presente nella Suprema Corte, tra sezioni e all'interno delle stessa che ha raggiunto l'apice in tema di danni punitivi e di filiazione omosessuale (maschile e femminile). Con riferimento alla filiazione, si contrappongono da un lato Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. che circoscrive i contenuti dell'ordine pubblico, consentendo un più ampio riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri e, dall'altro, 8 maggio 2019, n. 12193, cit. che nella nozione di ordine pubblico ingloba anche la normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione. In seguito a quest'ultima sentenza, sempre la Corte di Cassazione ha deciso di rimettere la questione alla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 8325/2020.

altresì tra ordine pubblico interno ed internazionale. Il primo viene identificato "con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile", il secondo con i "principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico". In questi termini, per la sentenza "non vi è dubbio che nel concetto di ordine pubblico rientrino il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione tra i sessi, nonché il diritto di difesa ed il principio per il quale il matrimonio può sciogliersi solamente al ricorrere del presupposto dell'accertamento del disfacimento della comunione di vita famigliare". Nella nozione di ordine pubblico internazionale, rilevante ai fini della decisione, la sentenza include sia i principi costituzionali (l'uguaglianza, il divieto di discriminazione tra i sessi, il diritto di difesa) sia quelli frutto di discrezionalità legislativa (il matrimonio si scioglie con l'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare). Si consideri come l'altra sentenza della Cassazione, sempre sul ripudio (Cass. 17170/2020) ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello. Quest'ultima – ricorda la Cassazione – aveva "sposato una nozione di ordine pubblico che (…) ignora[va] gli effetti dell'evoluzione in atto [identificandolo con il] complesso dei principi, ivi compresi quelli fondamentali della Carta Costituzionale che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, nonché quelle regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali". Insomma: la Corte d'Appello aveva aderito alla tesi che poi è stata fatta propria dalla sentenza che qui si commenta. Viceversa, ricorda Cass. 17170/2020 è in corso un'evoluzione della nozione di ordine pubblico, che ha indotto "la giurisprudenza di questa Corte, sotto la spinta della progressiva apertura dell'ordinamento interno al diritto sovranazionale, a modificare sensibilmente il proprio pensiero nel segno di un crescente riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale e [volti] alla tutela dei diritti fondamentali" sì che "l'assetto dei valori (…) acquista più ampio respiro". Dunque: sulla stessa materia (il ripudio), a distanza di pochi giorni, la Corte ha aderito ad una nozione di ordine pubblico parzialmente diversa, come "complesso dei valori discendenti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali e sovranazionali dettati a tutela dei diritti fondamentali per il modo in cui essi si attuano attraverso il diritto vivente". In questi termini, la più recente sentenza ricorda che

attraverso questa diversa concezione, può trovare applicazione anche una disciplina difforme rispetto a quella dettata dalle norme imperative o inderogabili del foro perché, altrimenti, le norme di conflitto (o gli istituti) troverebbero applicazione solo se conducessero all'applicazione di norme materiali di contenuto simile o, addirittura, analogo a quello di quelle italiane, sì da cancellare la diversità tra i sistemi giuridici.[682]

Peraltro, dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario, si evince che la differenza dei presupposti per pronunciare il divorzio unilaterale nei Paesi islamici, può portare a giudizi di compatibilità con l'ordine pubblico differenti[683] e che, a livello europeo, poi, la clausola dell'ordine pubblico varia da Stato a Stato a seconda dell'attitudine di dare ingresso (o negare) nell'ordinamento a valori estranei,[684] tramite un bilanciamento tra pulsioni identitarie e globaliste. La Corte accenna anche alle nozioni di ordine pubblico attenuato e di prossimità: nozioni distinte, queste, che trovano la loro origine in Francia – si parla al riguardo di *ordre public atténué* e di *ordre public de proximité* – ritenute dalla dottrina tra le più *spectaculaires* (sic!) trasformazioni dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato negli Stati occidentali.[685] Concezioni spesso utilizzate dalla giurisprudenza francese (anche) in tema di rapporti tra diritto di famiglia islamico e tutela dei diritti umani: basti pensare al

---

[682] Questa è una osservazione che viene spesso sollevata: per dare efficacia in Italia a provvedimenti stranieri la nozione di ordine pubblico internazionale deve essere più ristretta rispetto a quella di ordine pubblico interno.

[683] Si pensi, appunto, alla modernizzazione del divorzio unilaterale in alcuni Paesi islamici, come nel Marocco.

[684] Così, ad esempio, la legge belga ammette in alcuni casi il riconoscimento del ripudio pronunciato all'estero se omologato da un giudice del Paese in cui sono stati pronunicati e deconnesso per cittadinanza o residenza dalle parti da ordinamenti che vietino tali atti.

[685] G. CANIVET, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, in *Revue international de droit comparé*, 2003, p. 7 ss. (e in part. p. 20). Si vedano, G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 150 ss. che richiamano una risoluzione dell'*Institut de Droit International* del 2005.

matrimonio poligamico.[686] Si afferma che in tema di riconoscimento di diritti acquisiti all'estero – e che hanno lì prodotto effetti – vi può essere una riduzione della forza del limite dell'ordine pubblico[687] o, comunque, dalla maggiore o minore colleganza della situazione con l'ordinamento del foro dipenderebbe il grado d'intensità dell'eccezione d'ordine pubblico, con un'intensità più blanda quando la fattispecie non ha significativi collegamenti con l'ordinamento del foro, con il rischio, però, di determinare una sorta di doppio *standard* nella tutela dei diritti umani. La menzione che la Corte di Cassazione fa ora dei due concetti è indice delle molteplici segmentazioni operata dalla dottrina (e dalla giurisprudenza) in tema di ordine pubblico – si parla di *ordre publics* al plurale, tante sono le declinazioni di esso –[688] ma ad avviso della Corte tenuità e prossimità dell'ordine pubblico "manifestano i propri limiti (…) [quando] il contrasto con l'ordine pubblico sia determinato da violazioni dei principi fondamentali dell'individuo riconosciuti come valori universali, quali la tutela della parità di genere ed il principio di non discriminazione anche all'interno del matrimonio".

Autorevole dottrina ha recentemente elaborato la teoria dell'ordine pubblico del caso concreto:[689] si tratta di un procedimento logico che, muovendo dalla complessità ed unitarietà dell'ordinamento e dall'importanza del caso concreto, permette all'interprete di individuare l'ordine pubblico operante nella situazione reale. Un procedimento che si

---

[686] Cour de Cassation, 3 gennaio 1980: "l'ordre public international ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger",

[687] La distinzione tra *ordre public plein* e *ordre public atténué* si rintraccia in una lontana sentenza della *Cour de Cassation* del 1953. Si legge: "la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger" (Cass., 17 aprile 1953, in *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412 ss., con nota di BATIFOL.

[688] Per una critica alle declinazioni dell'ordine pubblico, in tema di ordine pubblico, cfr. P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, op. cit., p. 330. Per l'Autore, la nozione di ordine pubblico è unitaria e costituzionale.

[689] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 82 ss.

compone di due fasi: la prima, necessaria, consiste nella ricerca di uno o più principi di ordine pubblico che vengono in rilievo nella fattispecie concreta; la seconda, eventuale, poiché dipende dall'esito positivo della prima. Il giudice, in questa fase, torna sul caso concreto, valutando *altri* principi e valori rilevanti nella situazione concreta sì che, infine, operando un *ragionevole bilanciamento* degli interessi in gioco, dei principi e valori individuati nelle due fasi, offre la soluzione relativamente migliore tra le pretese di riconoscimento di istanze determinatesi all'estero e la protezione dei principi fondamentali del diritto interno.

Occorre dar conto dei meccanismi per il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri. Da un lato, l'art. 64 prevede un *meccanismo generale di riconoscimento* per le sentenze: in seguito alla riforma del 1995, un procedimento propriamente delibativo è escluso, essendo il riconoscimento automatico, sempre che ricorrano le condizioni previste dalle lett. a) – g) dello stesso articolo. In particolare, per la lett. g), le disposizioni della sentenza straniera non devono produrre effetti contrari all'ordine pubblico e, per la lett. b), nel processo devono essere stati rispettati i diritti essenziali di difesa, a cominciare dalla conoscenza dell'altra parte dell'atto introduttivo. Dall'altro, l'art. 65 prevede poi un *meccanismo complementare per i provvedimenti*. In particolare, tale meccanismo di riconoscimento è limitato a provvedimenti riguardanti la capacità delle persone, l'esistenza di rapporti di famiglia, i diritti della personalità, se essi sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della legge del 1995, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato. Con riferimento a tali provvedimenti, il riconoscimento è ancor più agevole perché è sufficiente il rispetto di sole due condizioni: la non contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico ed il rispetto dei diritti essenziali della difesa. Quando l'autorità competente ad effettuare il giudizio di riconoscibilità a fini attuativi – termine, questo, più corretto rispetto a quello di delibazione – è l'ufficiale dello stato civile, egli deve verificare la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 64 e 65, l. 218 del 1995 e non può, ai sensi dell'art. 18, d.P.R. 396 del 2000, trascrivere gli atti formati all'estero che reputa contrari all'ordine pubblico: ove l'ufficiale dello stato civile rifiuti di trascrivere l'atto, l'interessato può, ai sensi dell'art. 96 del citato decreto, proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile

presso il quale si chiede che venga eseguito l'adempimento. Nel caso che qui si commenta l'ufficiale dello stato civile aveva trascritto la sentenza di ripudio, non ritenendola dunque contraria all'ordine pubblico ma la moglie ha ottenuto la cancellazione della stessa tramite ordinanza della corte d'appello.

La Corte d'Appello di Roma ha utilizzato due argomenti per negare effetti al talaq pronunciato in Palestina: da un lato, ha riscontrato la contrarietà dello stesso all'ordine pubblico ex art. 64, lett. g), l. 218/1995 poiché il tribunale sciaraitico non aveva effettuato un'indagine effettiva e concreta sul venire meno della comunione di vita dei coniugi, mentre lo scioglimento deve essere pronunciato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 3, l. div. all'esito di un rigoroso accertamento, condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti e sulla base di prove, dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi previste dalla stessa legge;[690] dall'altro, ha riscontrato la contrarietà del talaq all'art. 64, lett. b), l. 218/1995 essendo stati lesi i diritti essenziali di difesa della donna, poiché il ripudio costituisce atto unilaterale del marito, senza esternazione dei motivi, senza un contraddittorio reale, nonostante il formale velo della pronuncia del tribunale sciaraitico. Quanto deciso dalla Corte d'Appello – e confermato dalla Suprema Corte – non è una novità perché, come ricorda il collegio, la giurisprudenza è pressoché costante nell'escludere il riconoscimento di ripudi dichiarati da tribunali islamici.[691] L'accurata

[690] Secondo parte della dottrina, si tratta di un argomento convincente, esistendo nell'ordinamento italiano "un principio di dissolubilità del matrimonio solamente in presenza di un inderogabile presupposto, cioè il disfacimento della comunione di vita familiare" ed in caso contrario verrebbe meno la stabilità del vincolo che caratterizza l'istituto matrimoniale ex art. 29 Cost. rispetto alle altre unioni affettive. Cfr. P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà*, op. cit., p. 362.

[691] R. CLERICI, *La compatibilità*, op. cit., p. 203: "In ogni caso, a differenza di una certa flessibilità mostrata dai giudici di altri paesi europei, i giudici italiani sono da sempre attestati su un atteggiamento di rifiuto sia nell'applicazione di norme straniere sul ripudio islamico sia nell'attribuire efficacia ad atti stranieri di ripudio, talvolta con accenti eccessivamente vibranti. Infatti, nessun margine di operatività è stato mai concesso, neppure allorché la moglie aveva acconsentito alla domanda di una pronuncia positiva al riguardo".

ricostruzione dei precedenti operata dal collegio in tema di talaq testimonia come, salvo rare eccezioni come, ad esempio, una sentenza della Corte d'Appello di Cagliari del 2008,[692] i giudici hanno costantemente ritenuto il ripudio islamico contrario all'ordine pubblico, escludendo il riconoscimento di quello pronunciato all'estero in Italia. Dall'analisi dei precedenti si comprendono le diverse motivazioni che hanno condotto ad escludere il riconoscimento, nonché quell'evoluzione del concetto di ordine pubblico sopra cennato. Peraltro, nel percorso argomentativo del collegio si riscontra l'influsso delle fonti e delle decisioni sovranazionali. Con riferimento alle fonti ricorda i due articoli dedicati alla famiglia nella CEDU: l'art. 8 che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare e l'art. 12 che protegge il diritto di sposarsi e costituire una famiglia nonché l'art. 5, prot. n. 7 che riconosce l'uguaglianza dei coniugi nel matrimonio, nel suo scioglimento, nella relazione con i figli. Con riferimento alle decisioni, il collegio ricorda che se la Corte EDU "non ha ancora chiarito se il riconoscimento, in uno Stato contraente, di un ripudio unilaterale pronunciato all'estero (…) e non accettato dalla donna interessata possa violare l'art. 5, prot. n. 7 CEDU",[693] la Corte di Giustizia si è invece occupata del tema nel 2017.[694]

---

[692] App. Cagliari, 16 maggio 2008, in immigrazione.it, con nota di BARBU. Ma si veda anche Trib. Varese, 13 novembre 2012, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 105 che ha ritenuto applicabile la legge egiziana allo scioglimento del matrimonio tra cittadino egiziano e cittadina italiana che dopo aver celebrato le nozze in Egitto hanno convissuto un quel Paese prima della scomparsa del marito, precisando che non contrasta con l'ordine pubblico l'applicazione della legge egiziana che prevede il ripudio da parte della moglie quando l'altro coniuge scompaia senza giustificato motivo per più di un anno.

[693] In realtà, la Corte EDU era stata interpellata da una donna algerina che aveva rifiutato di seguire il marito in Francia e si era resa inadempiente agli obblighi di contribuzione. La donna era stata ripudiata dal marito ed il ripudio era stato riconosciuto efficace in Francia. La moglie ha ricorso alla Corte EDU la quale ha stabilito che non attribuire rilevanza alla opposizione della moglie al ripudio, pur se in un procedimento in contraddittorio tra le parti, costituisce violazione dell'art. 5, Prot. 7 CEDU.

[694] Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-372/16, in *Foro it.*, 2018, IV, c. 282 ss.

Iniziando dalle pronunce dei giudici nazionali, può essere interessante cominciare dall'eccezione rappresentata dalla decisione della Corte d'Appello di Cagliari del 2008 che riguardava un divorzio unilaterale pronunciato in Egitto. Ad avviso della corte sarda, il *khala* – questo il nome assunto dal divorzio unilaterale in Egitto – non avrebbe violato il contraddittorio perché nel diritto egiziano è prevista la possibilità per la moglie di intervenire nella procedura ed il mancato consenso della stessa le attribuisce il diritto alla indennità d'consolazione (che tiene conto delle condizioni economiche del marito, delle circostanze in cui è avvenuto il divorzio, ecc.) sì che l'indennità economica sembra equivalere ad un tacito assenso al divorzio unilaterale[695] e dunque la sentenza ritiene conforme il ripudio egiziano all'ordine pubblico (processuale).

Viceversa, come detto, altre sentenze hanno ritenuto il divorzio unilaterale contrario all'ordine pubblico. Nel lasso di tempo fra fine anni '40 e fine anni '70, la Corte ritenne contrario all'ordine pubblico il ripudio unilaterale. Fu così che la Corte d'Appello di Roma, nel 1948,[696] escluse il

---

[695] Ad avviso di G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 152 la pronuncia è lodevole poiché il giudice sardo ha ritenuto rispettato il principio del contraddittorio nel momento in cui l'atto di ripudio è stato portato a conoscenza della moglie che aveva la possibilità di intervenire e di portare alla cognizione dell'autorità, facendo valere ragioni economiche e personali.

[696] App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 348 con nota di C. MARTINO, *In tema di differenza tra divorzio e ripudio per la delibazione della sentenza straniera di divorzio*. In particolare, si afferma che il ripudio, a differenza del divorzio, per il fatto di essere attuato senza alcuna formalità e garanzia di contraddittorio, ed unilateralmente rimesso all'arbitrio del marito, offende l'ordine pubblico italiano. Si legge che: "il ripudio, specie per il carattere di decisione unilaterale e rimessa al mero arbitrio del marito, *ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un maggior grado di civiltà* e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che hanno i popoli orientali". Secondo C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia*, op. cit., p. 43 le parole utilizzare dalla Corte sarebbero oggi giudicate "intolleranti e intollerabili, [ma] danno l'idea del disagio che alcuni istituti islamici suscitano nella coscienza sociale occidentale, e della difficoltà di integrazione degli stranieri originari di Stati islamici".

riconoscimento ritenendo l'istituto in contrasto con il nostro ordinamento, facendo leva sull'assenza di un controllo giurisdizionale (configurando esso un divorzio privato), sulla mancata opposizione della moglie inidonea a trasformare il ripudio in divorzio consensuale, sulla natura discriminatoria delle scelte, in rapporto al principio di parità tra i coniugi. Anche la Suprema Corte era inamovibile nell'escludere il riconoscimento: così in una sentenza del 1955,[697] così in una del 1969.[698] In quest'ultima, il matrimonio celebrato in Italia tra un cittadino iraniano ed una cittadina italiana ed iraniana, veniva sciolto unilateralmente dal primo, presso un ufficio notarile a Teheran, in contumacia della moglie. La Corte aderì alla nozione di ordine pubblico allora dominante, come "complesso dei principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste

[697] Si tratta di Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Foro it.*, 1955, I, c. 816 che cassò l'App. Torino, 13 novembre 1952, in *Foro it.*, Rep. 1953, voce Matrimonio, n. 203. Il caso riguardava un divorzio pronunciato nell'Unione delle Repubbliche Socialistiche Sovietiche e la massima è nel senso di escludere il riconoscimento di efficacia in Italia della dichiarazione unilaterale di ripudio da parte di un coniuge raccolta ed omologata da un notaio sovietico. In questo caso, la censura mossa dal Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Torino ed accolta dalla Suprema Corte concernva la assenza di "crisma giurisdizionale" dell'atto e, come tale, non delibabile in Italia e dunque si esclude il riconoscimento sul principio di tipicità degli atti stranieri riconoscibili in Italia. La dichiarazione unilaterale sottoscritta dal marito ed autenticata dal notaio sovietico non valeva a mutare la natura in atto giurisdizionale. La Corte poi ritiene che anche a voler ammettere la delibabilità di tale atto, sarebbe comunque manifestamente contrario all'ordine pubblico: da un lato difetta quel controllo giurisdizionale sì che non veniva riconosciuto neppure negli Stati che riconoscevano già il divorzio, dall'altro tutte le norme riguardanti la famiglia attengono all'ordine pubblico, visti i fini etici e sociali che si perseguono attraverso il matrimonio, fra le norme cogenti si rintraccia quella di indissolubilità del vincolo matrimoniale, salve eccezioni tassativamente previste. Peraltro, ad avviso della Corte, la Convenzione dell'Aja del 1902 non avrebbe rilievo poiché da un lato non si sarebbe trattato di sentenza straniera e, dall'altro, perché l'URSS non aveva aderito alla Convenzione dell'Aja.

[698] Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1977 ss. La sentenza conferma la decisione della Corte d'Appello di Milano, cfr. App. Milano, 14 dicembre 1965, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381 ss. con nota di F. LANFRANCHI.

desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico". Preso atto che la Convenzione dell'Aja del 1902 in materia di divorzio e separazione personale – ratificata in Italia nel 1905 – consentiva il riconoscimento negli Stati firmatari di divorzio pronunciati all'estero (anche in Stati non parte della Convenzione) tra cittadini stranieri, ritenne che non poteva considerarsi contrario all'ordine pubblico il divorzio pronunciato all'estero. Per la Corte, tuttavia, nella nozione di divorzio, accolta dalla Convenzione non poteva ricomprendersi il ripudio islamico poiché lo scioglimento del vincolo non dipendeva da cause predeterminate dalla legge ed accertabili nell'effettivo contraddittorio di entrambi i coniugi, ma dalla mera volontà discrezionale del marito. Già in questa sentenza si rintracciano alcuni segni dell'influsso della Costituzione, facendo riferimento, nella motivazione, a principi costituzionali: l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ex art. 29 Cost.[699] e la pari dignità di essi nell'ambito del nucleo familiare "contrasta[va] irrimediabilmente [con] una concezione che elev[asse] il marito ad arbitro della continuazione o della cessazione del vincolo coniugale, quasi investito, in proposito, di un diritto potestativo, [riducendo] la moglie a soggetto passivo delle sue determinazioni". La Corte confermò così quanto stabilito dal giudice d'appello che aveva "negat[o] efficacia in Italia ad un atto *il cui contenuto* [era] espressione di una tale concezione". Per la Corte non rilevava la circostanza che il ripudio fosse conforme alla legge del Paese in cui era stato redatto "in quanto la non contrarietà dell'atto all'ordine pubblico italiano è un requisito ulteriore che deve concorrere (con la legittimità dell'atto secondo l'ordinamento di origine) perché esso possa conseguire efficacia in Italia". Dunque: alla Corte non sembra tanto interessare la questione della natura giurisdizionale o meno dell'atto cui viene chiesta la delibazione in Italia, come invece nel precedente del 1955, ma per negare il riconoscimento opera un *controllo sul contenuto dell'atto* (la decisione unilaterale del marito di licenziare la moglie) e non *sugli effetti*

[699] La famiglia, per l'art. 29 della Costituzione, è società naturale fondata sul matrimonio che è improntato al principio di eguaglianza (morale e giuridica) tra i coniugi e che tale eguaglianza può essere limitata solo tramite legge per la garanzia dell'unità familiare.

dell'atto nell'ordinamento italiano. Già al tempo erano evidenti le criticità nel delibare il ripudio: assenza di cause predeterminate, mancanza di effettivo contraddittorio tra le parti, volontà discrezionale del marito: una concezione di famiglia, quella islamica, incompatibile con quella delineata dalla Costituzione repubblicana.[700]

Dagli anni '60 la sentenza passa poi ad analizzare alcuni precedenti degli anni '80[701] nel quale si nota un'evoluzione dell'ordine pubblico: applicare quello interno o quello internazionale sarebbe dipeso dalla cittadinanza delle parti (richiedenti il divorzio) nel senso che se i coniugi fossero stati cittadini italiani si sarebbe applicato l'ordine pubblico interno, se stranieri quello internazionale,[702] precisando che il primo concetto inglobava i principi essenziali dell'ordinamento italiano ed il secondo era la risultante dei principi comuni alle nazioni di civiltà affini intesi alla tutela dei diritti fondamentali. In questi termini, la delibazione del divorzio estero sarebbe stata concessa nel primo caso laddove il divorzio straniero si fosse adeguato agli inderogabili presupposti previsti dalla legge italiana per richiedere il divorzio; nel secondo caso il divorzio poteva essere delibato se pronunciato per cause obiettive e predeterminate, non lesive dei diritti fondamentali e sottoposte a riscontro giudiziale sulla base di prove adeguate. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, sarebbe sicuramente non delibabile il divorzio pronunciato per ripudio unilaterale, ovvero per scambio capriccioso di consensi, ma non se avvenuto per concorde volontà dei coniugi che evidenzi una irrimediabile situazione di frattura.

---

[700] Peraltro, la Corte di Cassazione precisava che la Cassazione poteva sindacare il giudizio formulato dalla Corte d'Appello sulla nozione di ordine pubblico e dunque già ammetteva il controllo in Cassazione delle disposizioni di legge elastiche mentre non era possibile per la Suprema Corte sindacare l'indagine di fatto sul provvedimento straniero richiamato. Cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, op. cit., *passim*.

[701] Cfr. Cass., 1 marzo 1983, n. 1539, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1984, p. 531 ss.; Cass., 14 gennaio 1982, n. 228, in *Dir. Famiglia*, 1982, p. 454 ss.

[702] Per una critica, cfr. V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 407.

È interessante, poi, una sentenza del 2004,[703] la quale ritenne che l'unico inderogabile presupposto previsto per il divorzio dalla l. 898 del 1970 è l'irrimediabile disfacimento della comunione familiare. L'indagine sul disfacimento deve essere condotta attraverso un *rigoroso accertamento* da condursi nel rispetto dei diritti di difesa delle parti: in questi termini, si ammetteva il riconoscimento in Italia di un divorzio pronunciato per cause (ed attraverso procedure) diverse da quelle previste dalla legge italiana. Dunque: nella nozione di ordine pubblico devono essere ricompresi anche principi frutto dell'esercizio della discrezionalità legislativa – a meno che non si voglia ritenere il suddetto principio implicito nell'art. 29 Cost. – e l'inderogabile presupposto per riconoscere sentenze o provvedimenti stranieri di divorzio sarebbe "l'accertamento dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare". La sentenza sembra aprire al riconoscimento del provvedimento straniero nel momento in cui afferma "non può non essere delibata una sentenza straniera di scioglimento del vincolo con procedure, ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana" ma ritiene, poco dopo, che all'ordine pubblico attiene "*solo* la esigenza che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato solo all'esito di un rigoroso accertamento – condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti stesse – dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale ultimo costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dall'art. 3 della legge n. 898/1970". È evidente che in questa sentenza – si tratta di un orientamento maggioritario – il riconoscimento passa dall'accertamento del rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito, nonché da un principio frutto di esercizio di discrezionalità legislativa, quale l'accertamento dell'irrimediabile disfacimento della comunione di vita familiare sempre che, come detto, non si voglia ritenere tale principio implicito nell'art. 29 Cost.

[703] Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, I, p. 52 ss.

È dato poi rintracciare l'orientamento che limita il contenuto dell'ordine pubblico *ai soli principi costituzionali*,[704] senza far rientrare nella nozione le norme frutto di discrezionalità legislativa (o al massimo vi fa rientrare quelle di diritto interno che hanno il carattere della fondamentalità). Con riferimento ad una sentenza statunitense inerente le questioni patrimoniali derivanti dal divorzio è stata ritenuta *non contraria* con l'ordine pubblico una sentenza straniera perché il giudizio "riguarda *solo* la compatibilità dei suoi effetti con i principi di uguaglianza, parità e non discriminazione tra coniugi o con riferimento ai principi che costituiscono il nucleo essenziale ed inviolabile del diritto di proprietà, alla luce del contenuto costituzionale e di derivazione CEDU del diritto stesso".[705]

C'è da dire che, anche in seguito alla riforma del diritto internazionale privato, con l'abrogazione del procedimento delibativo e l'introduzione del più agevole meccanismo di riconoscimento, si fece strada l'opinione, suffragata dalla lettera della legge, per cui il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico dovesse riguardare *non già il contenuto dell'atto quanto gli effetti che esso produce* rispetto all'ordinamento italiano. In altri termini, si sarebbe passati da un controllo sul contenuto dell'atto ad un controllo sugli effetti del medesimo. Proprio la citata sentenza di divorzio pronunciata negli Stati Uniti che definiva le questioni patrimoniali è stata ritenuta da Cass. 9483/2013 non contraria con l'ordine pubblico poiché "in sede di delibazione di sentenza straniera, il giudice deve valutare gli effetti della decisione nel nostro ordinamento e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge

---

[704] Il riferimento ai soli principi costituzionali è presente, ad esempio, in Cass., 30 luglio 2012, n. 13556, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 441 ss. La sentenza ha ritenuto che il divorzio statunitense pronunciato a seguito di sentenza passata in giudicato con la quale la sentenza statuiva sullo status rinviando per l'adozione dei provvedimenti conseguenti alla giurisdizione italiana (le questioni sull'affidamento e mantenimento dei figli) è stata ritenuta pienamente conforme con l'ordine pubblico poiché "nessun principio costituzionale impone che la definitiva regolamentazione dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato status sia dettato in un unico contesto".

[705] Cass., 18 aprile 2013, n. 9483, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 386 ss.

italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto". Censura, dunque, la statuizione della Corte d'Appello secondo cui il giudizio di compatibilità doveva essere svolto *sul merito* della sentenza straniera esaminandone la coerenza della stessa con la normativa americana e con i criteri di valutazione delle prove. Si legge che: "la valutazione di compatibilità non deve svolgersi sul rapporto giuridico dedotto ed esaminato dal giudice straniero, ma *sugli effetti* che la statuizione giudiziale può determinare nell'ordinamento italiano". Più nello specifico al giudice spetta il compito di analizzare la compatibilità degli effetti della sentenza emessa all'estero "con i principi di uguaglianza, parità e non discriminazione tra i coniugi". Il rapporto tra controllo sul contenuto e controllo sugli effetti emerge anche nella sentenza in tema di ripudio pubblicata qualche giorno dopo rispetto a quella che qui si commenta (Cass. 17170/2020), trovando alcuni significativi passaggi nella motivazione della sentenza. Ad avviso della Corte, proprio dovendo avere esclusivo riguardo agli effetti che il provvedimento straniero può produce nell'ordinamento interno, deve essere escluso un sindacato di tipo contenutistico o di merito o di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano. Non è dunque compito del giudice della delibazione, quando opera il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico, andare a soppesare se, "in disparte dal modo in cui ne sia avvenuta la formazione, le determinazioni che vi sono contenute si prestino o meno a contestazioni di tipo meritale". In questi termini, la sentenza ha ritenuto che l'affermazione per la quale il ripudio unilaterale non può essere riconosciuto in Italia "per il suo carattere unilaterale ed arbitrario" ha il difetto di "dar corpo ad un giudizio che non ha propriamente ad oggetto gli effetti dell'atto, ma ne sindaca più apertamente il contenuto".

In ogni caso, l'analisi dei precedenti si conclude con una sentenza della Suprema Corte del 2019,[706] che ha ricordato come il riconoscimento

[706] Cass., 18 luglio 2019, n. 19453, in *Foro it.*, 2019, voce Delibazione, n. 20: "Il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere presuppone che quelle decisioni siano state adottate nel rispetto delle garanzie processuali fondamentali e dei diritti essenziali di difesa sin dalla costituzione del rapporto processuale, e quindi sin dalla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio

automatico delle sentenze straniere previsto dall'art. 64, l. 218 del 1995 presupponga che siano state adottate, ai sensi della lett. b), le garanzie processuali fondamentali ed i diritti essenziali di difesa sin dalla costituzione del rapporto processuale.

Tornando al caso concreto, il collegio della Suprema Corte si interroga se la decisione emessa dal tribunale sciaraitico di Nablus possa essere considerata una sentenza o se, invece, il divorzio unilaterale debba essere relegato a divorzio privato. In particolare, si apre la questione dell'applicabilità al divorzio privato del Regolamento Roma III.[707] Il regolamento, che si applica in circostanze che comportano un conflitto di leggi, al divorzio e alla separazione personale, prevede, all'art. 10, l'applicazione della legge del foro quando la legge richiamata (es. quella del Paese di cui entrambi sono cittadini) "non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, *pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale*".[708] Ancora, poi, l'art. 12 prevede che l'applicazione di una norma della legge designata in virtù del regolamento può essere esclusa "*solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico*". La

ai fini della dichiarazione di contumacia, sicché, come previsto dall'art. 34 Reg. Ce n. 44 del 2001, applicabile *ratione temporis*, non può essere riconosciuta la sentenza straniera nel caso in cui vi sia la condanna del convenuto in contumacia, senza che, a prescindere dalla regolarità formale, la notificazione (o la comunicazione) della domanda giudiziale (o di un atto equivalente) sia stata effettuata in tempo utile e in modo tale da consentire al convenuto di presentare le proprie difese".

[707] Reg., 20.12.2010, n. 1259 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il Regolamento Roma III sulla legge applicabile ha un campo di applicazione coincidente con il Reg. Bruxelles II sulla giurisdizione. Si veda A. ZANOBETTI, *Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, II, p. 250 ss.

[708] Nella dottrina italiana, vi è chi ritiene applicabile l'art. 10 con riferimento a leggi straniere che ammettono l'istituto del ripudio unilaterale, ove sia del tutto paralizzata la volontà della moglie. Così O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, p. 424 ss.

Corte di Cassazione ricorda come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si sia occupata nel 2017 del riconoscimento in uno Stato membro di una decisione di ripudio emanata all'estero:[709] si tratta della sentenza inerente l'applicabilità del Reg. Roma III al divorzio privato (si trattava di un ripudio verso la moglie, entrambi con doppia cittadinanza, siriana e tedesca ed il marito chiedeva il riconoscimento dello stesso in Germania).

In particolare, per la Corte di Giustizia i divorzi privati, come quelli pronunciati dai tribunali sciaraitici religiosi non possono rientrare nel campo di applicazione del suddetto Regolamento perché, ad avviso della Corte di Giustizia, il Reg. 1259/2010 riguarda esclusivamente "i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo" e quindi non si applica il regolamento euro-unitario a tale tipo di divorzio perché includere anche i divorzi privati necessiterebbe di un nuovo intervento da parte del legislatore europeo. In questi termini, la Corte di Cassazione ritiene che aderendo all'impostazione della Corte di Giustizia, occorrerebbe escludere al caso sottoposto al suo esame la possibilità di applicare l'art. 65, l. 218 del 1995 poiché il ripudio emesso dal tribunale sciaraitico non costituisce tecnicamente un "provvedimento".

Laddove la Corte di Giustizia avesse ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione del Reg. Roma III anche il divorzio privato, la questione sarebbe stata quella di valutare la compatibilità del ripudio con i citati artt. 10 e 12.[710] Ma, come detto, la Corte di Giustizia ne ha escluso l'applicabilità. Si consideri che la Germania, in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia, ha novellato l'EBGB nel senso che, prendendo atto che il divorzio privato non è da ricomprendersi nell'ambito applicativo del

---

[709] Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-372/16, cit. Si veda il commento di A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, disponibile su statoechiese.it

[710] Entra, dunque, la questione della discriminazione di genere perché il divorzio fondato sulla discriminazione di genere non può trovare cittadinanza nell'ordinamento europeo.

Reg. Roma III, il legislatore tedesco ha colmato la lacuna prevedendo all'interno dell'art. 17 dell'EBGB disciplinante norme speciali sul divorzio – l'articolo è rubricato *Sonderregelungen zur Scheidung* – il secondo comma.[711] In particolare, si afferma al n. 5 che nei casi di divorzio unilaterale, al posto dei sopra menzionati artt. 10 e 12 del Reg. 1259/2010 si applica l'art. 6 EBGB che disciplina l'*öffentliche Ordnung*.

In ogni caso, l'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, ha espresso la propria opinione laddove la Corte – cosa che poi in realtà non è successa – avesse ritenuto il divorzio unilaterale ricompreso nel campo di applicazione del Regolamento Roma III. In particolare, rispondendo alla questione posta dal giudice tedesco – se il giudizio di compatibilità deve condursi in astratto o in concreto – ha ritenuto che non sia necessario accertare una discriminazione nel caso concreto, essendo sufficiente constatare che la legge straniera richiamata sia, *in astratto*, discriminatoria per negare l'efficacia in Germania alla stessa.[712]

---

[711] Si legge: "Auf Scheidungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 fallen, finden die Vorschriften des Kapitels II dieser Verordnung mit folgenden Maßgaben entsprechende Anwendung: 1. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist nicht anzuwenden; 2. in Artikel 5 Absatz 2, Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 8 Buchstabe a bis c der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist statt auf den Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts auf den Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens abzustellen; 3. abweichend von Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 können die Ehegatten die Rechtswahl auch noch im Laufe des Verfahrens in der durch Artikel 7 dieser Verordnung bestimmten Form vornehmen, wenn das gewählte Recht dies vorsieht; 4. im Fall des Artikels 8 Buchstabe d der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist statt des Rechts des angerufenen Gerichts das Recht desjenigen Staates anzuwenden, mit dem die Ehegatten im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind, und 5. statt der Artikel 10 und 12 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 findet Artikel 6 Anwendung".

[712] Scrive R. DE MEO, *Il diritto europeo e il divorzio privato islamico*, in *Foro it.*, 2018, IV, c. 282 ss. che le valutazioni dell'Avvocato Generale hanno "capacità di gettare luce sulla sensibilità dell'ordinemento europeo per la tutela dell'uguaglianza di genere nelle dinamiche familiari".

Si dica, in primo luogo, che la sentenza della Suprema Corte si è orientata in modo parzialmente diverso rispetto alla Corte di Giustizia. Se quest'ultima ha ritenuto il divorzio unilaterale non equiparabile ad una sentenza e, come espressione dell'autonomia privata, non rientrante nel campo di applicazione del Reg. Roma III, la prima, muovendo dall'assunto che il tribunale sciaraitico palestinese sia un organo inglobato nella compagine statuale con funzioni giurisdizionali in determinate materie (essendo tali tribunali competenti in tutte le questioni fra musulmani riguardanti lo statuto della famiglia), ha invece ritenuto equiparabile il divorzio unilaterale pronunciato dal tribunale sciaraitico ad una sentenza del giudice straniero.

L'equiparabilità alla sentenza non equivale, tuttavia, ad un automatico riconoscimento nel nostro ordinamento perché, per la Corte, il riconoscimento del ripudio si pone in contrasto con l'ordine pubblico (internazionale), requisito indispensabile affinché sentenze e provvedimenti stranieri producano effetto in Italia. È questa la questione principale affrontata dalla Suprema Corte. In questo senso, la Cassazione ritiene il ripudio contrastante tanto con l'ordine pubblico sostanziale, tanto con quello processuale. Così, il collegio declina la nozione di ordine pubblico in sostanziale e processuale: una distinzione, questa, che trova un autorevole precedente nella storica sentenza della Corte Costituzionale del 1982[713] che introdusse, nel giudizio di delibazione, la verifica di conformità all'ordine pubblico delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale. Si stabilì, allora, che non poteva essere rifiutata l'esecutività della sentenza straniera ove questa non violasse l'ordine pubblico italiano, processuale e sostanziale.

La concezione accolta dal collegio è quella per cui dell'ordine pubblico non fanno parte solamente i principi fondamentali della Costituzione e quelli presenti nelle fonti internazionali e sovranazionali ma anche il modo in cui essi si sono radicati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti. In questi termini, la concretizzazione della clausola generale conduce la Corte ad ivi inglobare il principio di uguaglianza, il divieto di

[713] Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in Foro it., 1982, I, c. 934 ss. Sul punto, cfr. P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., *passim*.

discriminazione tra i sessi, il diritto di difesa nonché il principio secondo cui lo scioglimento del matrimonio può avvenire solo con l'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare. Essi vengono scomposti nell'ordine pubblico processuale, che racchiude i principi che contraddistinguono i tratti indefettibili della giurisdizione, come le garanzie processuali fondamentali spettanti alle parti desumibili dall'art. 111 Cost.[714] (cioè il rispetto del diritto di difesa ed il corollario del principio del contraddittorio tra le parti), e nell'ordine pubblico sostanziale, che comprende il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione dei sessi. Non solo, però. Aderendo all'impostazione di ordine pubblico sopra cennata, la sentenza fa riferimento ad un principio di discrezionalità legislativa – sempre che non lo si voglia considerare principio implicito ex art. 29 Cost. – quale l'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare. In definitiva, la sentenza ritiene che il ripudio pronunciato dal tribunale sciaraitico non rispetti tali principi. Così la sentenza sembra compiere un'indagine sul contenuto dell'atto e non sugli effetti che lo stesso – cioè lo scioglimento del matrimonio derivante dal ripudio – ha nell'ordinamento italiano rispetto ai sopra detti principi. La Corte richiama tutta una serie di articoli dai quali desume tali principi e fa riferimento alla Costituzione e alle fonti sovranazionali (in particolare, la CEDU e la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne). Così, con riferimento all'ordine pubblico sostanziale menziona gli artt. 2, 3, 29 Cost., l'art. 14 CEDU sul divieto di discriminazione e l'art. 5, Prot. n. 7 CEDU sull'uguaglianza degli sposi nonché l'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. Con riferimento all'ordine pubblico processuale, poi, menziona l'art. 111 Cost., nonché l'art. 6 CEDU sul diritto all'equo processo. In alcuni precedenti, è stato ritenuto incompatibile con l'ordinamento italiano il ripudio stante la lesione del diritto di difesa (e del principio del contraddittorio). Così, una sentenza della Corte

[714] G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 325; F. SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 67 ss. (in part., p. 86). Si veda, recentemente, M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «procedurale» ed enucleazione dei principi fondamentali comuni del diritto processuale «europeo»*, in Contr. e Impr. Eur., 2008, p. 563 ss.

d'Appello di Venezia[715] ha negato il riconoscimento di una sentenza straniera di ripudio pronunciata all'esito di un procedimento, previsto dalla legge marocchina, in quanto il giudice veneto ha ritenuto che quel procedimento non avrebbe garantito alla moglie il diritto di difesa, violando il principio del contraddittorio. Secondo la Corte, infatti, la garanzia che "in caso di assenza, la richiesta (...) verrà comunicata o (...) il fatto che il procedimento stesso non sia strutturato come monitorio puro, non appaiono certo condizioni sufficienti ad assicurare il rispetto della condizione dell'ordine pubblico". Qualche anno prima, invece, la ricordata sentenza della Corte d'Appello di Cagliari, aveva ritenuto conforme all'ordine pubblico processuale il ripudio poiché, anche se quella legge non prevedeva una verifica giurisdizionale, l'obbligo del marito di trasmettere alla moglie una copia della dichiarazione (di ripudio) era stata ritenuta sufficiente. Nel caso che qui si commenta, invece, la Corte di Cassazione ha ritenuto contrastante con l'ordine pubblico processuale la circostanza che la moglie abbia avuto notizia solamente della registrazione del ripudio, non potendo essa prendere parte al procedimento né aver avuto la notifica dell'avvio della seconda fase del procedimento (quella che aveva portato alla sentenza definitiva), essendo avvenuta in sua assenza. Nell'ordine pubblico processuale la sentenza sembra ricomprendere anche i presupposti per lo scioglimento del vincolo matrimoniale (cause predeterminate). È strano, semmai, che a dispetto della nozione di ordine pubblico accolta la sentenza non richiami l'art. 1, l. div. per il quale il giudice pronuncia il divorzio quando "accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3". In questi termini, la dottrina più attenta ricorda che il presupposto del divorzio è il disfacimento della comunione familiare e se si accerta che il ripudio, nel caso concreto, rappresenti la volontà comune dei coniugi, allora "pare opportuno dare esecuzione al provvedimento di ripudio al di là del fatto che formalmente tale atto (*rectius*: il procedimento

[715] App. Venezia, 9 aprile 2015 in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, I. p. 1029 ss. con nota di O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*.

che ha condotto a tale atto) sia contrario all'ordine pubblico".[716] Questo anche se la donna è cittadina dello stato del foro.

Molto spesso, però, accanto al diritto di difesa viene in rilievo anche quello che la Cassazione chiama ordine pubblico sostanziale. Lo si evince, ad esempio, da una sentenza di merito piemontese[717] secondo la quale il ripudio "è contrario all'ordine pubblico poiché *discrimina* i coniugi, essendo consentito *solo* al marito, il che viola palesemente *i principi di parità e solidarietà coniugale*; perché lede gravemente il diritto di difesa della moglie; perché astrae da ogni accertamento sul reale venir meno dell'*affectio* e sulla possibilità di una riconciliazione; perché non contiene alcuna statuizione, né patrimoniale, né personale a favore dei figli, così come non regola in alcun modo i rapporti patrimoniali tra i coniugi successivi al divorzio. Un ripudio-divorzio siffatto, infine non può essere trascritto nei registri anagrafici italiani e, se trascrizione vi è stata, essa deve essere cancellata a cura dell'Ufficio di stato civile". A volte, poi, il diniego di riconoscimento viene collegato con la dignità della persona umana, essendo il ripudio fortemente contraddistinto da un carattere umiliante per la donna ledendo dunque la dignità umana.[718]

Ulteriore problema del mancato riconoscimento in Italia del ripudio può riguardare la donna ripudiata. Questa, sia essa cittadina italiana o straniera potrebbe essere interessata a giovarsi degli effetti del ripudio onde evitare che il mancato riconoscimento determini un cortocircuito sistemico, impedendo alla stessa di risposarsi.[719] In Italia, per contrarre

---

[716] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 154.

[717] App. Torino 9 marzo 2006, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 156 ss. con nota di A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*.

[718] P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà*, op. cit., p. 356.

[719] Scrive V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., p. 436: "(…) una legge che consentisse il divorzio su istanza del solo marito che, astrattamente considerata, dovrebbe reputarsi contraria al nostro ordine pubblico internazionale, perché il ripudio della moglie è contrastante non soltanto con il principio di eguaglianza, ma anche con il principio di dignità della persona umana, in qualche sua applicazione concreta, quando a esempio, costituisca lo strumento attraverso il quale la donna può, immediatamente, liberarsi dal peso

matrimonio, è necessario lo stato libero ex art. 86 cod. civ. La dottrina ritiene che apodittiche semplificazioni, come il costante diniego di riconoscimento, possono condurre a "risultat[i] aberrant[i]",[720] "indirettamente fin[endo] col pregiudicare i diritti delle parti nel caso concreto":[721] "la tendenza a far scattare automaticamente l'eccezione di ordine pubblico per impedire la produzione degli effetti del ripudio ne tradisce la *ratio*: non è piuttosto contrario ai nostri principi tenere legata ad un matrimonio una donna che, avendo acconsentito al ripudio o addirittura avendone chiesto il riconoscimento in Italia (magari per potersi risposare), ritenga ormai irrimediabile la rottura della vita coniugale?". È in definitiva la questione di individuare adeguati strumenti protettivi per il "matrimonio claudicante", che potrebbero essere risolti attraverso la menzionata teoria dell'ordine pubblico del caso concreto che valorizza appunto il caso concreto per giungere alla soluzione migliore. In ogni caso, la lungimirante previsione dell'art. 3, comma 2, lett. e), l. 898 del 1970 che consente al cittadino/a italiano/a di chiedere il divorzio quando l'altro coniuge cittadino straniero ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio, o ha contratto nuovo matrimonio ha mutato il suo ambito di operatività – era in origine utilizzato dalla sola cittadina italiana, sposata con un cittadino arabo, poi ripudiata – estendendo in via interpretativa questo rimedio anche alle cittadine straniere sì che la moglie cittadina straniera e residente in Italia potrebbe recuperare il proprio stato libero tanto nell'ipotesi in cui il marito, cittadino straniero, abbia sposato altra donna e tanto nell'ipotesi in cui il marito abbia posto in essere il ripudio senza l'intervento del giudice o senza rispettare un effettivo contraddittorio.

3. Il matrimonio poligamico.

---

di un vincolo di matrimonio insopportabile e causa di sofferenze, potrebbe risultare compatibile con l'ordine pubblico internazionale".

[720] A. GALOPPINI, *Il ripudio*, op. cit., p. 970.

[721] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 144.

Altro istituto giuridico, la cui compatibilità con l'ordinamento italiano deve essere valutata alla stregua dell'ordine pubblico è il matrimonio poligamico. Così come il ripudio, anche tale istituto è assai diffuso nei Paesi islamici e, attraverso multiculturalismo e globalizzazione, pretende sempre più spesso di trovare applicazione nel nostro ordinamento.

Esso consiste nella possibilità da parte del marito di sposare più donne, senza che a queste ultime venga attribuito analogo diritto. Sul tema, oltre agli studi di Giovanni Perlingieri[722] e di Marco Rizzuti[723] occorre segnalare l'approfondita riflessione che viene condotta nel volume dello stesso Perlingieri e di Giovanni Zarra.[724] Anche il matrimonio poligamico induce l'interprete a riflettere sull'atteggiamento che l'ordinamento deve avere al cospetto di modelli familiari differenti rispetto al nostro in cui il vincolo matrimoniale è monogamico.

Come è noto, è il Corano, la legge suprema nei Paesi islamici a ricordare agli uomini che possono sposare "le donne che vi piacciono, due, tre o quattre" anche se, precisa, per una questione di giustizia, sarebbe preferibile sposarla una sola. Per l'esattezza si tratta del *matrimonio monoandrico poliginico simultaneo* che, a prima vista, sembra porsi in contrasto con l'art. 29 Cost. Perlingieri e Zarra ricordano che laddove il potere di sposare più persone fosse attribuito tanto al marito, quanto alla moglie, non vi sarebbe un problema di contrarietà all'ordine pubblico, ma semmai di contrarietà al buon costume perché in questa ipotesi non vi sarebbero problemi di uguaglianza tra i coniugi.[725] Con riferimento al diritto interno, se si considera il combinato disposto degli artt. 86 cod. civ. (che richiede la libertà di stato come condizione per contrarre matrimonio) e 116, comma 2, cod. civ. (che estende la regola dell'art. 86 cod. civ. anche allo straniero che vuole sposarsi in Italia), è evidente che un eventuale matrimonio poligamico in Italia non possa stabilizzarsi per contrarietà con l'ordine pubblico interno e dunque il

---

722 G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in Dir. succ. fam., 2018,
723 M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari*, op. cit., *passim*.
724 G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 116 ss.
725 G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 117, nota 205.

matrimonio con la seconda moglie è da considerarsi nullo,[726] non inesistente ma invalido. Infatti, quel matrimonio è esistente e conserva rilevanza giuridica nel senso che produce effetti sul piano penale (cfr. art. 556, cod. pen.) e civile (viene accordata tutela alla prole, può produrre effetti successori ex art. 584 cod. civ., ecc.) e, secondo gli Autori "sul piano del diritto interno, ove una situazione di poligamia (*rectius*, di convivenza poligamica) esista nei fatti, essa potrà comunque, come formazione sociale, trovare alcune forme di tutela da parte dell'ordinamento, in particolare alla luce del principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost.".[727] Per gli Autori, infatti, la questione non si pone in termini di ammissibilità/inammissibilità, "ma di tutela o no, caso per caso, degli interessi dei singoli componenti di una specifica famiglia "in fatto" eventualmente poligamica".[728]

Gli Autori si interrogano, poi, sull'inquadramento giuridico dell'ipotesi in cui la persona sia parte di più rapporti familiari, non formalizzandolo o formalizzandone solo uno. È l'ipotesi, ad esempio, di chi già coniugato, intraprenda una convivenza *more uxorio* con una terza persona. Per gli Autori, possono essere tutelate più relazioni, anche in considerazione della rilevanza costituzionale ex art. 2 Cost. della famiglia senza matrimonio. Ricordano la giurisprudenza che, all'indomani della depenalizzazione dell'adulterio,[729] estese la tutela offerta alle famiglie di fatto anche a quelle adulterine, sì che due relazioni potevano avere rilevanza per il diritto, così "emerge[ndo] la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale e uno extramatrimoniale, [fossero] contemporaneamente rilevanti per il diritto".[730]

Se questo è vero, il problema diviene quello di comprendere gli effetti della instaurazione di uno stabile rapporto di convivenza

---

[726] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 117.
[727] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 118.
[728] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 119-120.
[729] Il reato di adulterio, in origine previsto e punito dall'art. 559 cod. pen., è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nel 1968 (Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126 e Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147).
[730] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 121.

extramatrimoniale con riferimento alla solidarietà coniugale e post-coniugale, costituzionalmente rilevanti. Per gli Autori, dare rilevanza alla famiglia poligamica di fatto significa risolvere i problemi connessi alla definizione della disciplina applicabile e ritengono che "non dovrebbero aversi remore a ritenere applicabil[i una serie di disposizioni] anche alla famiglia poligamica" quali il risarcimento per danno da morte, il risarcimento per illecito endofamiliare, la responsabilità penale per abusi familiari, l'art. 1, commi 42 e 44, l. 76 del 2016, la normativa in tema di impresa familiare,[731] sì che sono limitati gli effetti che la relazione derivante da poligamia può avere nell'ordinamento interno.

Gli Autori[732] passano poi a studiare la questione del matrimonio poligamico ammesso e contratto all'estero e del quale si chiede il riconoscimento in Italia. Distinguono due casi: *a*) quello del riconoscimento in Italia di più matrimoni in capo all'uomo contratti all'estero; *b*) quello in cui non si chiede il riconoscimento del matrimonio poligamico contratto all'estero ma la poligamia è presupposto logico di un'altra situazione giuridica. Se con riferimento all'ipotesi *sub a)*, la poligamia non può essere riconosciuta per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 29 Cost. (ed ex art. 86 cod. civ.),[733] con riferimento all'ipotesi *sub b)*, la questione è più complessa, ricomprendendo le ipotesi nelle quali il matrimonio poligamico costituisce un presupposto logico. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento dello *status* di figlio ed in cui il matrimonio poligamico costituisce solamente un presupposto per l'applicazione nel foro di una norma materiale straniera che ha ad oggetto la disciplina di un rapporto interindividuale. Già in passato il Badiali si era occupato del matrimonio poligamico e della filiazione da questo discendente.[734] L'Autore, per riconoscere la filiazione in Italia, ricordava che il giudice non doveva fare proprio il matrimonio poligamico, non riconoscibile nel nostro Paese, ma lo stesso matrimonio costituiva il presupposto della filiazione il cui riconoscimento, se preso singolarmente, sarebbe stato perfettamente legittimo anche perché nei Paesi di origine i figli avrebbero

[731] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 124.
[732] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 124 ss.
[733] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 125.
[734] G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, op. cit., p. 210 ss.

avuto lo *status* di figli legittimi. Badiali ricordava come il problema dovesse essere affrontato in temi sostanziali, "senza schemi prefabbricati, avendo riguardo, caso per caso, alle caratteristiche del rapporto da regolare".

In questi termini, per non ritenere applicabile il limite dell'ordine pubblico che precluderebbe il riconoscimento del rapporto di filiazione derivante da matrimonio poligamico contratto all'estero la dottrina francese, richiamata da Perlingieri e Zarra[735] ha fatto riferimento al sopra accennato concetto di *ordine pubblico attenuato*, di un ordine pubblico cioè più flessibile che verrebbe in rilievo tutte le volte in cui una situazione legittimamente avvenuta all'estero si pone in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento ma che, rispetto al giudice del foro, si pone solo come *mero antecedente* logico-giuridico rispetto alla questione principale. La nozione di *ordine pubblico attenuato* viene spesso avvicinata a quella di *ordine pubblico di prossimità*: una teoria per la quale l'ordine pubblico non deve essere applicato quando il caso concreto non presenta un reale e significato collegamento con il foro (si pensi a due cittadini stranieri). Entrambe queste nozioni di ordine pubblico cercano di aprire l'ordinamento interno a culture differenti, onde evitare conflitti di civilizzazione che si sono venuti a creare in presenza di modelli familiari multiculturali, tra mondo islamico ed occidentale. Se è vero che per Perlingieri e Zarra i risultati che si raggiungono attraverso *l'ordine pubblico attenuato* sono da valutare con favore nei casi del riconoscimento degli effetti di un matrimonio poligamico (ad es., il riconoscimento dello stato di figlio nato da matrimonio poligamico),[736] è altrettanto vero che l'applicazione al matrimonio poligamico della teoria proposta dagli Autori del cd. *ordine pubblico del caso concreto* conduce a ritenere del tutto inutile le teorie nate in seno alla dottrina francese. Si legge così: "se, infatti, come detto, l'ordine pubblico comporta e presuppone un bilanciamento fra valori contingenti, è normale che in situazioni dove sono in gioco diritti fondamentali di un soggetto (ad es. a vedersi riconosciuto lo *status* di figlio) ed in presenza di una situazione già legittimamente costituitasi all'estero, sarà l'esigenza di dare tutela a tali

[735] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 127 ss.
[736] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 130.

diritti a dover prevalere – nell'ambito dell'attività interpretativa svolta dall'interprete – rispetto alla volontà di non vedere riconosciuto in Italia alcun effetto connesso ad una situazione di poligamia".[737] Dunque: per gli Autori è indubbio che il riconoscimento dello stato di figlio dei nati da rapporti poligamici non possa non essere riconosciuto nonostante la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio poligamico in sé.

Gli Autori, poi, analizzano e vagliano la loro teoria con riferimento alla *richiesta di ricongiungimento familiare* e alle *pretese in sede successoria*. Con riferimento alla prima ipotesi, essi ricordano l'introduzione, per il tramite della l. 94 del 2009 del comma 1-*ter* all'art. 29 del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286 del 1998). Si legge nel citato comma che: "Non è consentito il ricongiungimento dei familiari (…) quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale". Non è quindi consentito il ricongiungimento del coniuge o del genitore se la persona che ne beneficia è coniugata con un soggetto straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale. In questi termini il marito non può chiedere il ricongiungimento per più di una moglie. La situazione sembra lesiva dei diritti del figlio, poiché quest'ultimo non potrebbe chiedere il ricongiungimento per la madre ove il padre risieda già con altra moglie in Italia.

In particolare, gli Autori ricordano che da una serie di disposizioni (art. 29, comma 1-*ter*, l. 94 del 2009, art. 4, comma 4, dir. 2003/86/CE e dalla risoluzione n. 1293 del 2002 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa) sembra escludersi la possibilità di chiedere il ricongiungimento familiare per l'ipotesi di matrimonio poligamico anche se a chiedere il ricongiungimento sia il figlio (e non una delle mogli). Gli Autori ricordano l'ordinanza 4984 del 2013 della Suprema Corte[738] che ha

---

[737] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 130-131.

[738] Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2519 ss. per cui "il divieto di poligamia ha l'effetto di impedire l'accoglimento di una richiesta di ricongiungimento familiare anche se proveniente da soggetto diverso dal coniuge". In questo caso, il figlio aveva chiesto il ricongiungimento della propria

escluso il ricongiungimento chiesto dal figlio nato da uno dei matrimoni contratti dal padre poligamico, poiché l'accoglimento della domanda di ricongiungimento si sarebbe posta in contrasto con l'ordine pubblico anche costituzionale, così ribaltando l'esito dei due gradi di giudizio. Nel senso di escludere il ricongiungimento familiare per il minore, si era espresso in passato il TAR Emilia Romagna (sentenza 14 dicembre 1994, n. 962) ritenendolo contrario all'ordine pubblico e al buon costume in contrasto con il principio di uguaglianza tra i coniugi e con il divieto ex art. 556 cod. pen. Per gli Autori "il discorso, tuttavia, è più complesso e la questione andrebbe ripensata".[739] Infatti, da un lato l'art. 29, comma 1-*ter*, per come formulato, ammette validità ed effetti al matrimonio poligamico celebrato all'estero perché riconosce comunque l'accesso in Italia ad una delle persone del rapporto poligamico. In secondo luogo, sempre per loro, la regola alla base del citato articolo del t.u. immigrazione è connessa a ragioni di politiche migratorie consentendo il ricongiungimento per gruppi familiari ristretti andando a creare "una nozione artificiale di famiglia ricongiungibile (composta da coniuge, figli minori conviventi o maggiorenni a carico, con possibile estensione a favore dei genitori a carico)".[740] Per gli Autori, seppure quanto detto sia meritevole di tutela, "dovrebbe essere bilanciat[o] con altre [ragioni] parimenti degne di attenzione, prima fra tutte la necessità di soddisfare il migliore interesse del minore". Dall'analisi di alcune disposizioni (art. 11, Dir. 86 del 2003, art. 28, comma 3, t.u. immigrazione, art. 31, t.u. immigrazione) gli Autori ritengono che il ricongiungimento sia possibile anche per l'ipotesi del marito poligamico. In questi termini, ricordano una decisione della Corte d'Appello di Torino del 2001[741] che, assegnando priorità all'interesse del

---

madre. Tuttavia, essa era coniugata con il padre (residente in Italia) del figlio richiedente il ricongiungimento. L'uomo, in Italia aveva già chiesto il ricongiungimento per un'altra moglie ed il giudice ha escluso il ricongiungimento "a causa della situazione di poligamia, vietata nel nostro ordinamento, che si sarebbe determinata con l'ingresso e il soggiorno nel nostro paese della madre del ricorrente".

[739] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 133.

[740] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 134.

[741] App. Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam. per.*, 2001, p. 1492 ss.: "Va concessa l'autorizzazione a permanere in Italia, ai sensi degli art. 29 l. 40/98 e 31, 3º comma, d.leg. 286/98, alla cittadina extracomunitaria madre di un minore in

minore, ha consentito il ricongiungimento da parte del figlio. Si legge nella sentenza: "la permanenza in Italia del marito va consentita, infatti, non allo scopo di omologare una unione matrimoniale poligamica, ma allo scopo di tutelare il primario diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori", facendo prevalere l'interesse del minore sul principio di uguaglianza tra uomo e donna. Ancora, il Tribunale di Bologna nel 2003[742] ha consentito il ricongiungimento in Italia ad un figlio residente in Italia e la propria madre, nonostante che il padre risiedesse in Italia con altra donna. Dunque, per gli Autori: "la tutela della poligamia, a volte, può essere soluzione necessitata dall'esigenza di riconoscere relazioni affettive e tutelare il minore o altra persona in stato di bisogno",[743] pur riconoscendo che l'interesse del minore non è l'unico meritevole di tutela che giustifica sempre e comunque il ricongiungimento familiare poiché occorre "avere riguardo al rispetto dell'identità culturale, della libertà religiosa e dell'autonoma posizione dei *partners* ulteriori" pena il rischio di discriminare quelle mogli che hanno legittimamente contratto

---

tenera età nato in Italia e qui vissuto fin dalla nascita con entrambi i genitori in condizioni familiari, abitative e sociali positive, risultando la separazione dall'uno o dall'altro dei genitori, altrimenti inevitabile, gravemente dannosa per lo sviluppo psicofisico del bambino, non ostando in tal caso alla concessione dell'autorizzazione il fatto che l'istante sia legata al padre del minore, munito di regolare permesso di soggiorno in Italia, da matrimonio poligamico contratto nel proprio paese d'origine".

[742] Trib. Bologna, 12 marzo 2003, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, p. 775 ss.: "È illegittimo il provvedimento di diniego del visto d'ingresso per motivi di ricongiungimento familiare emanato sulla base della mera compresenza sul territorio italiano di due donne straniere con le quali il padre del ricorrente ha contratto matrimonio all'estero, posto che tale situazione non integra gli estremi del reato di bigamia, che può essere commesso solo dal cittadino italiano sul territorio italiano, né contrasta con i limiti previsti dall'art. 29, 1° comma, lett. a) d.leg. n. 286/98, che non sarebbero rispettati soltanto qualora sia il ricorrente a chiedere il ricongiungimento di due mogli, invocando gli effetti civili di entrambi i matrimoni nell'ordinamento italiano, né configura una violazione di principi di ordine pubblico, allorché i matrimoni contratti all'estero dal padre del ricorrente siano privi di effetti civili per l'ordinamento italiano".

[743] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 137.

matrimonio poligamico nella propria terra d'origine, non abbiano figli minori e vogliano ricongiungersi al marito.

Il secondo aspetto in cui può venire in rilievo il matrimonio poligamico è rappresentato dalla tutela successoria delle mogli diverse dalla prima. La Suprema Corte, nella sentenza 1739 del 1999,[744] si è occupata di un caso di poligamia solo in via ipotetica perché l'uomo non aveva sposato più donne. Nella sentenza si legge che l'art. 31 disp. prel. cod. civ., con i suoi limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, non impedisce ad una cittadina somala che abbia contratto matrimonio in Somalia secondo la legge prevista da quell'ordinamento, di far valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal matrimonio medesimo.

4. Il matrimonio omosessuale.

Da sempre la delicata questione del matrimonio omosessuale si interfaccia con l'ordine pubblico nonché con aspetti etici e religiosi non trascurabili. Per l'art. 29 Cost., la famiglia è fondata sul matrimonio costituito da un uomo ed una donna.[745] Con il trascorrere del tempo e stanti i numerosi cambiamenti della società, si è fatta strada la possibilità di contrarre matrimonio anche tra persone dello stesso sesso: da un lato, ci si chiede se tale matrimonio può essere contratto in Italia; dall'altro se si può chiedere il riconoscimento di un matrimonio omosessuale legittimamente avvenuto all'estero, in un Paese dove esso è ammesso.

---

[744] Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1458 ss. con nota di G. BALENA: "La circostanza che la legge islamica consenta la poligamia e preveda l'istituto del ripudio non impedisce, sotto il profilo dei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume di cui al previgente art. 31 disp. sulla legge in generale, che la cittadina somala, la quale abbia contratto con un italiano matrimonio celebrato in Somalia secondo le forme previste dalla *lex loci*, faccia valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal matrimonio medesimo".

[745] G. BONILINI, *Manuale di diritto della famiglia*, op. cit., p. 18 ss.

Per lungo tempo in Italia, il matrimonio omosessuale e la convivenza *more uxorio* sono stati lasciati per così dire nell'irrilevanza giuridica poiché era giuridicamente rilevante solo il matrimonio ex art. 29 Cost. Di recente, il legislatore è intervenuto con la l. Cirinnà (l. 76 del 2016) con la quale sono state disciplinate tanto le *unioni tra persone dello stesso sesso* quanto le convivenze (cd. *unioni civili*). Ha preso corpo così quell'indirizzo dottrinale già presente da tempo che riteneva comunque la formazione omosessuale una formazione sociale rilevante, anche costituzionalmente, ai sensi dell'art. 2 Cost. poiché anche la formazione sociale famiglia non fondata sul matrimonio è apparsa ineludibile per lo sviluppo della personalità degli individui.[746] Le differenze tra matrimonio ed unione civile sono minime e gli obblighi previsti per il matrimonio, come l'obbligo di fedeltà, per parte della dottrina dovrebbero estendersi anche alle parti di una unione civile[747] a meno che non si escluda l'obbligo di fedeltà anche nel matrimonio. In particolare, sarebbe contraria all'ordine pubblico una legge straniera che non prevedesse l'unione civile. In particolare, per Giovanni Perlingieri e Giovanni Zarra sarebbe stato preferibile che l'ordinamento avesse consentito anche alle coppie omosessuali di ricorrere al matrimonio, piuttosto che introdurre la disciplina sulle unioni civili composte da persone dello stesso sesso.[748] Giova ricordare che l'introduzione della disciplina che consente anche alle coppie omosessuali di ottenere un riconoscimento giuridico si pone

---

[746] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, op. cit., p. 483 ss. (in part. p. 484 e p. 486).

[747] In senso contrario, cfr. G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 1157 secondo il quale, tramite l'autonomia privata, i coniugi potrebbero escludere, *de jure condendo*, l'obbligo di fedeltà e tale obbligo non è previsto tra gli effetti dell'unione civile. Si legge: "La futura disponibilità, de iure condendo, dell'obbligo di fedeltà, viceversa, potrebbe non essere impossibile. Essa, nondimeno, mi pare che passi dalla nozione stessa che si accolga della fedeltà coniugale. Ove per fedeltà si intenda la fedeltà sessuale, o anche, e maggiormente, la fedeltà affettiva, probabilmente esistono margini per introdurre la negoziabilità, poiché non pare vi siano, al riguardo, limiti da fonti superiori. E, del resto, il dovere di fedeltà non è tra gli effetti previsti dalla legge per l'unione civile".

[748] G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno*, op. cit., p. 156.

in linea con l'evoluzione della società, tanto che l'Italia è stata condannata più volte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.[749] Si pensi che circa la metà degli Stati del Consiglio d'Europa prevedono appunto un riconoscimento giuridico della relazione omosessuale vuoi tramite l'unione civile, vuoi tramite il matrimonio, vuoi infine tramite la registrazione. Il Tribunale di Latina[750] ha deciso, nel 2005, che il matrimonio in Italia si può contrarre solo tra persone di sesso diverso e dunque il rifiuto di trascrivere in Italia un matrimonio omosessuale celebrato all'estero è legittimo poiché tale matrimonio non è invalido bensì, addirittura, inesistente. Stesso dicasi per le unioni civili tra persone dello stesso sesso, il cui riconoscimento era ritenuto contrario all'ordine pubblico, anche se alle coppie omosessuali era contestualmente riconosciuto il godimento dei diritti al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU.

Negli anni passati anche le unioni civili ed i matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani o tra un cittadino italiano ed uno straniero non venivano riconosciuti nel nostro ordinamento perché contrari all'ordine pubblico internazionale: il matrimonio contratto all'estero veniva addirittura considerato *inesistente* nel nostro ordinamento. Con l'introduzione della legge sulle unioni civili tra persone di eguale sesso in Italia, è accaduto che il matrimonio tra di esse, celebrato all'estero, di cui viene chiesto il riconoscimento nel nostro Paese, è riconosciuto come unione civile ai sensi dell'art. 32-*bis* della legge di riforma del diritto internazionale privato: articolo questo introdotto appunto dalla legge Cirinnà. Si legge che: "Il matrimonio contratto all'estero da cittadini

---

[749] Si veda, ad esempio, Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2016, IV, c. 1 ss. con nota di G. CASABURI. Per la Corte "l'Italia ha ecceduto il suo margine di apprezzamento e ha mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare uno specifico quadro legale che riconosca e tuteli l'unione omosessuale: ciò in mancanza di un interesse prevalente della comunità allegato dal governo italiano, con il quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti, e alla luce delle conclusioni delle corti nazionali sulla materia, che sono rimaste inascoltate".

[750] Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 287 ss. per il quale "È legittimo il rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile alla richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso".

italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana". Si è parlato, al riguardo, di *downgrade recognition*, poiché un matrimonio contratto all'estero viene riconosciuto in Italia in una veste meno solenne, come unione civile. Viceversa, l'art. 32-*quinquies*, ricorda che l'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

Possono essere ricordate due interessanti decisioni delle corti sovranazionali. Un caso emblematico è sicuramente il *caso Shalk e Kopf contro Austria* del 2010.[751] Due cittadini austriaci si sono rivolti alla Corte EDU chiedendo l'estensione del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia previsto dall'art. 12 CEDU anche a persone dello stesso sesso. Tuttavia, la Corte ha ritenuto non ammissibile una interpretazione evolutiva dell'art. 12 CEDU per il quale "(…) l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto"). È dunque competenza della legislazione nazionale decidere se introdurre o meno il matrimonio omosessuale sì che non può essere censurato, partendo dalla CEDU, uno Stato che non lo abbia introdotto. Se questo è vero, la Corte EDU ha però

[751] Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk c. Governo Austria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 1137 ss., con nota di M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*. Per la sentenza, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali pone la qualifica di «famiglia» anche alle unioni formate da persone dello stesso sesso. Tuttavia, il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare e il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, sanciti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, non garantiscono, in combinazione tra di loro, il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, essendo la materia regolata da un'apposita e diversa norma della convenzione stessa. Il diritto di contrarre matrimonio, come riconosciuto dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, non si estende fino a garantirne l'esercizio da parte delle coppie di persone dello stesso sesso ed è prerogativa dei legislatori nazionali, nella loro discrezionalità, prevedere una regolamentazione a tal riguardo.

ritenuto che il riconoscimento del diritto alla "vita familiare", previsto dall'art. 8 della CEDU, può essere esteso anche a una convivenza tra persone dello stesso sesso: "di conseguenza il rapporto tra i ricorrenti, due conviventi omosessuali, uniti stabilmente alla stregua di una coppia di fatto, rientra nella nozione di 'vita familiare', così come sarebbe se si trattasse di una coppia di persone di sesso opposto che si trovassero nella stessa situazione". Per la Corte, poi, il riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale da parte dello Stato, appare auspicabile, seppure non doveroso, ai fini di una più compiuta tutela e visti i numerosi Paesi in cui si tutelano le relazioni tra persone dello stesso sesso.[752] Ancora: si consideri il *caso Coman ed Hamilton*, deciso dalla Corte di Giustizia il 5 giugno 2018.[753] Il primo è un cittadino comunitario, rumeno ed il secondo, statunitense. I due uomini si sposano in Belgio essendo lì consentito sposarsi anche agli omosessuali, prima di spostarsi in Romania. È qui che Coman chiede un permesso di soggiorno per suo marito, cittadino americano per un periodo superiore a tre mesi. Questo è infatti consentito dalla direttiva 38 del 2004 che consente anche ai familiari (non cittadini europei) dei cittadini europei di ottenere un permesso di soggiorno per un periodo superiore ai tre mesi. Per familiare si intende tanto il coniuge che il partner. Gli uffici rumeni negano il rilascio di un permesso di soggiorno per un periodo più lungo rispetto ai tre mesi in quanto la Romania non conosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso (che anzi è vietato) ed è precluso il riconoscimento del matrimonio tra cittadino rumeno e cittadino straniero avvenuto all'esteso. La corte costituzionale rumena ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia la quale ha ritenuto che "in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle

---

[752] Si veda, tuttavia, Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361 ss. La Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della mancata previsione e disciplina del matrimonio omosessuale. Per una ricostruzione, cfr. L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte Cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p. 137 ss.

[753] Corte Giust. UE, 5 giugno 2018, causa C-673/16, in *Foro it.*, 2018, IV, c. 411 ss.

condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE), in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso". Così la Corte di Giustizia ha ritenuto che per coniuge si possa intendere anche quello dello stesso sesso poiché il rifiuto da parte dell'ispettorato rumeno di concedere il permesso di soggiorno per un periodo superiore ai tre mesi si pone in contrasto con il principio della libertà di circolazione.

5. Le nullità canoniche.

Tra i primi casi in materia di diritto della famiglia nel quale l'ordine pubblico è venuto in rilievo, deve essere menzionato il matrimonio canonico. In particolare, il riferimento va al giudizio di delibazione nell'ordinamento italiano della sentenza canonica che dichiara la nullità del matrimonio canonico. L'ipotesi è quella in cui, ad esempio, il matrimonio sia stato celebrato senza che uno dei coniugi possedesse i *bona matrimonii* ed il matrimonio, in epoca successiva, è stato dichiarato nullo dalla Sacra Rota. Richiesto in Italia il riconoscimento della sentenza di nullità, la sentenza canonica può anche non essere delibata laddove essa si ponga in contrasto con l'ordine pubblico. Un recente contributo di

Paolo Cavana ripercorre l'evoluzione della nozione di ordine pubblico nel giudizio di delibazione.[754]

Si deve ricordare che fu la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 18 del 1982,[755] ad introdurre la verifica di conformità all'ordine pubblico delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale nel giudizio di delibazione.[756] In particolare, fu un'ordinanza delle sezioni unite civili del 1977[757] a sollevare questione di illegittimità costituzionale delle norme

---

[754] P. CAVANA, *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazion*e, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, p. 21 ss.

[755] Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *Foro it.*, 1982, I, c. 934 ss. con nota di S. LARICCIA per la quale "È infondata la questione di costituzionalità della riserva alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici delle controversie in materia di nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili, operata dall'art. 1 l. 27 maggio 1929, n. 810 e dall'art. 17 l. 27 maggio 1929, n. 847, in riferimento al «principio supremo dell'ordinamento costituzionale dello stato» della garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale desumibile dagli art. 2, 3, 7, 24, 25, 101 e 102 Cost. Sono costituzionalmente illegittimi l'art. 1 l. 27 maggio 1929, n. 810, limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, 6° comma, del concordato tra la Santa Sede e l'Italia, e l'art. 17, 2° comma, l. 27 maggio 1929, n. 847, nella parte in cui non prevedono che alla corte d'appello, chiamata a rendere esecutiva la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, spetti accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano". Ma si veda anche Corte Cost., 5 gennaio 1977, n. 1, che qualche anno prima dichiarò inammissibili questioni simili.

[756] La sentenza dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 810 del 1929, limitatamente all'esecuzione data al sesto comma dell'art. 34 del Concordato, nonché del secondo comma dell'art. 17 della legge n. 847 del 1929, nella parte in cui tali norme non prevedono che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.

[757] Cass., 8 luglio 1977, n. 349, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2076 ss. con nota di A. LENER.

che attribuivano ai tribunali ecclesiastici la giurisdizione in materia di nullità dei matrimoni canonici trascritti agli effetti civili delimitando i poteri spettanti al giudice italiano nel procedimento di esecutività delle sentenze di nullità che provenivano da quei tribunali. In quella celebre sentenza – la prima della Corte Costituzionale a dare una definizione di ordine pubblico – venne dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1, l. 27 maggio 1929, n. 810[758] in relazione alla piena esecuzione data all'art. 34, comma 6, del Concordato tra la Santa Sede e l'Italia.[759] In particolare, la Corte Costituzionale ritenne la norma costituzionalmente illegittima nella parte in cui non era prevista la competenza della Corte d'Appello di accertare che la sentenza canonica non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico[760] e che dinanzi ai tribunali ecclesiastici fosse

[758] L'art. 1, comma 1, l. 27 maggio 1929, n. 810 recita: "Piena ed intera esecuzione è data al Trattato, ai quattro allegati annessi, e al Concordato, sottoscritti a Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929".

[759] In particolare, l'art. 34 del Concordato, dopo aver affermato che lo Stato italiano riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili, per "ridonare all'istituto del matrimonio, che è a base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo", stabiliva che: "I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. *I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in camera di consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio*. Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile".

[760] Infatti, come si legge nella sentenza della Corte Costituzionale, "le norme impugnate, secondo l'interpretazione datane da una consolidata giurisprudenza, altro non consentono al giudice italiano, una volta verificata la regolarità, puramente formale, della documentazione rimessagli dal tribunale della Segnatura apostolica, se non di prendere atto dell'esistenza del provvedimento emesso nell'ordinamento canonico, e che va reso esecutivo, senza che si possa compiere alcun esame, neppure sommario, delle modalità della procedura svoltasi innanzi al giudice ecclesiastico e delle questioni di

assicurato il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti.[761] Si legge, infatti, che: "nella sua concreta applicazione lo speciale procedimento di delibazione elude due fondamentali esigenze, che il giudice italiano nell'ordinario giudizio di delibazione è tenuto a soddisfare, prima di dischiudere ingresso nel nostro ordinamento a sentenze emanate da organi giurisdizionali ad esso estranei: l'effettivo controllo che nel procedimento, dal quale è scaturita la sentenza, siano stati rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano onde impedire

---

diritto sostanziale da esso decise. Al giudice italiano é, dunque, precluso di accertare se nel procedimento in cui é stata resa la sentenza di nullità del matrimonio, sia stato assicurato l'effettivo rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa; se la sentenza sia o no definitiva; se siano stati realmente effettuati, da parte del tribunale della Segnatura, i controlli (circa la conformità della sentenza alle norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti), controlli previsti dal comma quinto dell'art. 34 del Concordato; *se, infine, le disposizioni contenute nella sentenza di nullità, siano conformi (come previsto dall'art. 797, n. 7, del codice di procedura civile, e segnatamente dall'art. 31 delle preleggi) al principio del rispetto dell'ordine pubblico italiano.* Anche a questo riguardo al giudice a quo appare quindi dubbia la compatibilità delle norme impugnate con il "principio supremo" del diritto di agire e difendersi in giudizio, dinanzi a qualsiasi organo fornito dei poteri tipici della giurisdizione, che dagli artt. 2, 24 e 101 della Costituzione deve ritenersi garantito al cittadino anche in tema di riconoscimento di sentenze rese in altri ordinamenti".

[761] Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit. In particolare, come ricordarono le sezioni unite nell'ordinanza richiamata il sistema della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, caratterizzato da peculiari aspetti per quanto riguarda i giudici, le parti ed il contraddittorio ed il diritto di difesa trarrebbe la giustificazione e la coerenza dalla natura sacramentale del matrimonio canonico ma "*appare per più versi difforme da quello che la Costituzione vuole assicurato, e che risulta invece ispirato ai criteri fondamentali dell'imparzialità, della indipendenza (art. 101 Cost.) e della pre-costituzione del giudice (art. 25 Cost.), nonché dal potere di ciascuno di agire in giudizio e di esercitare, in ogni stato e grado del procedimento – partecipando ad ogni atto di esso – il diritto inviolabile di difesa, e di vedere altresì definitivamente accertata la conformità o meno di una determina situazione alle norme dell'ordinamento (art. 24, commi primo e secondo, Cost.*)".

l'attuazione nel nostro ordinamento delle disposizioni contenute nella sentenza medesima, che siano ad esso contrarie".[762]

Dunque: per la Corte Costituzionale l'ordine pubblico – distinto in sostanziale e procedurale – doveva costituire un limite (anche) al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. C'è di più: quella sentenza, ritenuto che la tutela dell'ordine pubblico fosse inderogabile, definiva lo stesso concetto come l'insieme "delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società", collegando questa inderogabile tutela con la finalità di "presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione". Per la Corte i principi collegati alla sovranità dello Stato, dovevano essere ascritti nel novero dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e pertanto ad essi non potevano opporre resistenza le denunciate norme, pur assistite dalla menzionata copertura costituzionale, nella parte in cui si ponevano in contrasto con i principi medesimi: nella parte, cioè, in cui non disponevano che il giudice italiano, nello speciale procedimento da esse disciplinato, fosse tenuto a quegli accertamenti, e fosse all'uopo munito dei relativi poteri, volti ad assicurare il rispetto delle fondamentali esigenze dianzi indicate. Non sembra, dunque, che quella sentenza parlasse di ordine pubblico internazionale ma dette una definizione di ordine pubblico rilevante ai fini della delibazione, che era integrato non solo dalle regole fondamentali poste dalla Costituzione ma anche dalle leggi ordinarie.

Come scrive Cavana, la decisione della Corte Costituzionale deve essere letta anche in relazione all'apertura del processo negoziale di revisione del Concordato volto ad armonizzare il Concordato con i principi costituzionali. In particolare, si ricordi che l'Accordo di revisione,[763] non menziona espressamente l'ordine pubblico: un

[762] Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, cit.

[763] Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana cha apporta modificazioni al Concordato lateranense.

riferimento ad esso, seppure indiretto, lo si trova nell'art. 8, comma 2. Dopo aver affermato che le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici munite del decreto di esecutività possono essere dichiarate su domanda delle parti (o di una di esse) efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte d'Appello, l'articolo precisa che la Corte deve accertare: a) che il giudice ecclesiastico fosse competente a conoscere della causa in quanto il matrimonio è celebrato in conformità a quanto previsto dall'art. 8 dell'Accordo di Revisione; b) che nel procedimento dinanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti *il diritto di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano* (è chiaro il riferimento a quei diritti di difesa oggetto della pronuncia del 1982); c) che ricorrano *le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere* (qui il riferimento indiretto è all'ordine pubblico). Il Protocollo addizionale all'Accordo di Revisione,[764] peraltro, faceva espresso riferimento all'art. 797 cod. proc. civ. che prevedeva espressamente l'ordine pubblico seppur con la precisazione che ai fini dell'applicazione di tale articolo "si [sarebbe dovuto] tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale [era] regolato il vincolo matrimoniale, che in esso [aveva] avuto origine". Ancora: la delibazione non era più un procedimento promosso d'ufficio ma era espressione della volontà delle parti.

---

[764] Il riferimento è alla legge 25 marzo 1985, n. 121 recante Ratifica ed esecuzione dell'accordo con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929 tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede. In particolare non si abbandona solo il principio confessionista affermando al protocollo addizionale, in relazione 1 che Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti Lateranensi,della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano ma che in relazione all'art. 8 che b) Con riferimento al n. 2, ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 del codice italiano di procedura civile, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale é regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine. Si veda, al riguardo, G. DALLA TORRE, "*Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, fasc. 34, p. 1 ss.

Si consideri che all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale, vi fu l'intervento delle sezioni unite, con una sentenza dell'ottobre 1982.[765] Essa immaginava un ordine pubblico cd. concordatario, che costituiva un *tertium genus* tra ordine pubblico interno ed internazionale, che si attivava nei rapporti tra Stato e Chiesa, con riferimento alla nullità matrimoniale, ed in cui si affermava che per la dichiarazione di esecutività non impediva una differenza di disciplina "pur rilevante" tra le cause di nullità previste dal diritto canonico e quelle previste dal diritto civile se "non [superavano] quel livello di maggiore disponibilità tipico dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica". In particolare, quella sentenza distinse tra ordine pubblico interno (complesso di norme inderogabili dalle convenzioni private) ed internazionale (insieme dei principi inderogabili dalle norme e dai provvedimenti stranieri). Se è vero, però, che nel giudizio di delibazione doveva trovare applicazione l'ordine pubblico internazionale, questo ordine pubblico, come detto, doveva coordinarsi con la singolarissima natura del rapporto tra Stato e Chiesa Cattolica (art. 7 Cost.) tanto che il regime del matrimonio concordatario è una delle regole fondamentali nelle quali si articola l'ordine pubblico. In questi termini il giudizio di compatibilità era diverso tra il riconoscimento di sentenze straniere ed il riconoscimento di quelle sentenze straniere emesse dal giudice canonico. Si affermava che la esecutività di queste ultime poteva essere esclusa solo se fossero contrarie "ai canoni essenziali cui si ispira in un determinato momento storico il diritto dello Stato ed alle regole fondamentali che definiscono l'istituto matrimoniale, così accentuata da superare il margine di disponibilità che l'ordinamento statuale si è imposto rispetto all'ordinamento canonico". La rilevante differenza di disciplina delle cause di nullità del matrimonio previste dai due ordinamenti (civile e canonico) non aveva dunque effetti impeditivi sul riconoscimento della sentenza canonica di nullità laddove questa differenza non superasse il livello di maggiore disponibilità tipico dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica. Insomma, si pensava esistesse un ordine pubblico internazionale adattato alle specificità del rapporto tra

[765] Cass., sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2799 ss. con nota di S. LARICCIA, dal titolo *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*; in *Dir. fam. per.*, 1982, p. 1239 ss.; in *Dir. ecc.*, 1982, II, p. 598 ss.

Stato e Chiesa, con una maggiore disponibilità dello Stato alla delibazione delle sentenze canoniche in considerazione delle specificità dell'ordinamento canonico.

Tuttavia, proprio in quella sentenza, la Corte di Cassazione affermò che la *tutela della buona fede e dell'affidamento del coniuge incolpevole* costituivano principi di ordine pubblico.[766] In altri termini, nelle sentenze del giudice civile emergeva che il principio di buona fede e quello dell'affidamento incolpevole di uno dei coniugi, integrando principi di ordine pubblico, potevano impedire la delibazione, nell'ordinamento italiano, di sentenze ecclesiastiche di nullità. Proprio la sentenza del 1982 ritenne sussistere un contrasto con l'ordine pubblico e dunque escluse la delibabilità della sentenza di nullità del matrimonio canonico per mancanza di uno dei *bona matrimonii*, poiché l'esclusione era rimasta nella sfera psichica di uno dei coniugi (del suo autore). In questi termini, si introdusse il principio per il quale la delibazione si poteva avere solo se l'esclusione fosse stata manifestata all'altro coniuge, sia se questo ne avesse preso atto, sia che avesse accettato la difformità tra volontà e dichiarazione. Scrive la dottrina che: "(…) sin dai primi anni ottanta (Sez. Un., 1° ottobre 1982, n. 5026), [la giurisprudenza è ferma] sul principio che la simulazione unilaterale, nel matrimonio canonico, sia assimilabile alla figura

[766] Si veda, sul punto, Umberto Breccia che ricorda una sentenza del 2013. Cfr. U. BRECCIA, *Princìpi: luci ed ombre*, in AA. VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno dei Lincei, op. cit., p. 144: "(…) deve tenersi comunque presente che il paradigma dell'«ordine pubblico» italiano, quale criterio che è deputato a far da argine alla penetrazione nel nostro ordinamento di principi e regole incompatibili, continua a riempirsi di riferimenti al «principio fondamentale di tutela della buona fede» e, in particolare, al «principio fondamentale di tutela dell'affidamento incolpevole» (quale è stato precisato in età moderna nella cornice del diritto privato e del codice civile), al fine di escludere le declaratorie di esecutività di quelle sentenze dei tribunali ecclesiastici che abbiano pronunciato la nullità dei matrimoni canonici con effetti civili a causa dell'esclusione, da parte di uno dei coniugi, di uno dei *bona* del sacramento nuziale, quand'anche la divergenza tra volontà e manifestazione sia stata unilaterale e sia stata perfino ignorata incolpevolmente dal coniuge; il quale abbia in tal modo ingiustamente subito le conseguenze dell'accertamento della nullità nella competente sede rotale".

civilistica della riserva mentale e che solo tale riserva, non partecipata alla comparte, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico sotto il profilo della lesione dell'affidamento incolpevole e della tutela della buona fede". [767]

Successivamente, sempre le sezioni unite, nel 1985[768] ritennero che il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento incolpevole era posto *a tutela del coniuge incolpevole* e, dunque, la sentenza ecclesiastica non poteva essere delibata se costui si fosse opposto alla delibazione. Viceversa, a chiedere la delibazione fosse stato proprio il coniuge incolpevole, allora la sentenza di nullità canonica poteva essere delibata. La Cassazione ha poi ammesso, nel corso degli anni, la delibazione di una serie di sentenze di nullità emessa dal giudice canonico per riserva mentale di uno dei due coniugi. In queste ipotesi, la Suprema Corte, per ammettere la delibazione, ha ritenuto sufficiente che l'altro coniuge (quello con piena facoltà), anche in assenza di espressa manifestazione del simulante, l'abbia conosciuta o non l'abbia percepita per sua grave negligenza.[769]

Le sezioni unite, nel 1988,[770] respinsero la tesi secondo cui la nozione di ordine pubblico (idonea ad escludere la delibazione della sentenza canonica di nullità) sarebbe stata integrata anche *dalla convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio* e precedente alla sentenza di nullità canonica. Nel respingere la tesi, che poi si sarebbe successivamente affermata nella giurisprudenza, il collegio partì dal disposto dell'art. 123 cod. civ. che prevede la decadenza dell'azione di nullità per simulazione decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come

---

[767] In questo senso, si esprime S. DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti ai ministri di culto"*, in G. FERRANDO – M. FORTINO – F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, Milano, 2002, p. 483. Si veda altresì, S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, *passim*.

[768] Cass. civ., sez. un., 6 dicembre 1985, n. 6128, in *Foro it.*, 1986, I, c. 395 ss.

[769] P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., p. 25, nota 11.

[770] Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4700, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, p. 440 ss.

coniugi successivamente alla celebrazione medesima. Secondo la tesi respinta dalle sezioni unite l'articolo sarebbe espressione di un principio più ampio, conforme ad una interpretazione aggiornata dei principi costituzionali e affermatasi nella legislazione ordinaria privilegiante la convivenza qualificata dei coniugi. In particolare, per questa tesi, si sarebbe dovuta attribuire una preferenza al fatto della convivenza qualificata dei coniugi "anche in presenza di determinati vizi dell'atto che ne costitui[vano] la fonte", dando "prevalenza al matrimonio-rapporto, rispetto al matrimonio-atto, e alla rinnovazione del consenso dato dai coniugi, nonostante il vizio, con l'instaurazione del consorzio coniugale". Indici della prevalenza del matrimonio-rapporto rispetto al matrimonio-atto si sarebbero trovati non solo nell'art. 123 cod. civ. ma "anche in tutte le regole relative ad altre ipotesi di vizi inerenti la costituzione del rapporto che preved[evano] la sua preservazione se vi [fosse] stata convivenza dopo il venire meno della causa [capace di influire] sulla volontà degli sposi, senza [che ciò potesse] essere contraddetto da quelle disposizioni che consent[ivano] l'impugnazione del vincolo malgrado l'instaurata convivenza, dal momento che in queste ipotesi – e non anche nelle altre – vi [era], per motivi etico-sociali, il ripudio da parte dell'ordinamento del matrimonio-rapporto tra congiunti o tra persone già sposate con altri soggetti".

Con riferimento all'ordine pubblico le sezioni unite, nel 1988, affermarono che: "Le sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità del matrimonio religioso sono delibabili quando non sono contrarie all'ordine pubblico e cioè (…) quando non siano contrarie ai canoni essenziali cui si ispira in un determinato momento storico il diritto dello Stato ed alle regole fondamentali che definiscono la struttura dell'istituto matrimoniale così accentuato da superare il margine di maggiore disponibilità che l'ordinamento statuale si è imposto rispetto all'ordinamento canonico. (…) Il concetto così accettato di ordine pubblico *non è dato da un ordine pubblico di tipo costituzionale o comunque speciale e più ristretto*, ma dallo stesso ordine pubblico che si configura baluardo generale ad ogni rapporto con gli altri ordinamenti e che, in materia delibativa, viene espressamente richiamato dall'art. 797 n. 7 cod. proc. civ. L'affermata maggiore disponibilità verso l'ordinamento canonico non costituisce – come pure è stato sostenuto in dottrina –

enunciazione di un ordine pubblico concordatario diverso da quello generale, ma *espressione ellittica* per indicare la necessità di tener conto – al fine di formulare il giudizio sulla conformità o meno della sentenza delibanda all'ordine pubblico – del fatto che attraverso lo strumento concordatario, prima, e con la legge di ratifica ed esecuzione, poi, lo Stato italiano ha dapprima riconosciuto e poi recepito nell'ordinamento il sistema matrimoniale canonico, comprensivo non solo delle norme che disciplinano la costituzione del vincolo, ma anche di quelle che ne regolano il venir meno. L'inserzione di tale normativa nell'ordinamento interno comporta, da una parte, l'impossibilità di far valere come causa ostativa alla delibabilità la circostanza che una sentenza ecclesiastica abbia dichiarato la nullità di un matrimonio canonico in violazione di norme che sono state derogate e superate proprio dallo strumento concordatario, e, dall'altra la legittimità del rifiuto di delibazione quando la sentenza ecclesiastica, oltre a essere contraria ad una norma imperativa, relativa alla disciplina del matrimonio civile, sia contraria all'ordine pubblico nel senso innanzi precisato".[771] In questi termini, per quella sentenza non è contraria all'ordine pubblico e può essere delibata la sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità di un matrimonio religioso per simulazione unilaterale, anche ove la relativa azione sia stata proposta dopo il decorso dell'anno dalla celebrazione.

Si legge che: "La limitata portata della "convivenza come coniugi", nell'ambito dell'ordinamento – con riferimento sia alle altre norme che disciplinano la nullità del matrimonio sia alle disposizioni in tema di legge sul divorzio – e l'inesistenza nelle norme costituzionali di un principio chiaramente evincibile circa la prevalenza del matrimonio-rapporto sul matrimonio-atto, anche se viziato, impediscono, poi, la praticabilità di una interpretazione adeguatrice, pure acutamente prospettata, e per la quale in ogni caso di matrimonio nullo per vizi del consenso, l'impugnazione dell'atto sarebbe comunque impedita a prescindere dal decorso dei termini previsti dalle singole norme qualora vi sia stato convivenza come coniugi" e, ancora, che "*la convivenza fra i coniugi*, intervenuta successivamente alla celebrazione del matrimonio, ostativa all'impugnazione del matrimonio civile ai sensi dell'art. 123,

[771] P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., p. 28.

comma 2, c.c. *seppure si pone come una norma imperativa interna, non costituisce espressione di principi o di regole fondamentali con le quali la Costituzione e le leggi dello Stato delineano l'istituto del matrimonio*, sicché la sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità del matrimonio religioso per esclusione unilaterale di uno dei *bona matrimonii*, non rimasta nella sfera psichica del suo autore, manifestata all'altro coniuge, malgrado l'intervenuta convivenza fra gli stessi, non è contraria all'ordine pubblico italiano e può quindi essere dichiarata esecutiva in Italia". Ricordava ancora la sentenza a sezioni unite che: "l'indirizzo giurisprudenziale disatteso [cioè quello volto a dare prevalenza al matrimonio-rapporto ed alla convivenza tra i coniugi] è mosso soprattutto da apprezzabili ragioni di tutela del coniuge più debole, il quale – sulla base dell'attuale normativa - è, dal punto di vista patrimoniale, insufficientemente tutelato a seguito di una pronuncia di nullità (cfr. art. 129 e 129 bis c.c.), rispetto alla più ampia tutela che riceve dalla pronuncia di divorzio (cfr. art. 5 e ss. l. 1 dicembre 1970 n. 898, come modificati dalla l. 6 marzo 1987 n. 74) e ciò, in specie, quando la pronuncia di nullità interviene a distanza di anni dalla celebrazione del matrimonio e si sono consolidate situazioni, anche di comunione di vita, che vengono poste nel nulla dalla pronuncia stessa".[772] Così concludeva la sentenza a sezioni unite: "Ciò però non è addebitabile allo strumento concordatario, una volta dimostrato che l'attuale disciplina non contrasta, sul punto, con l'ordine pubblico italiano, ma al legislatore ordinario, il quale, proprio in considerazione della tutela del coniuge più debole, potrebbe, in piena libertà, predisporre, autonomamente, strumenti legislativi - peraltro auspicati dalla più sensibile dottrina – che assimilano, nei limiti del possibile e tenuto conto della diversità delle situazioni, ai fini della tutela patrimoniale, la posizione del coniuge nei cui confronti è stata pronunciata la nullità del matrimonio, a quella del coniuge divorziato".

Cavana ricorda che con la riforma del diritto internazionale privato, l'abrogazione dell'art. 31 delle Preleggi avrebbe "determinato il superamento del vecchio concetto codicistico e civilistico di ordine

[772] Giova ricordare, infatti, le differenze, per la tutela del coniuge debole tra sentenza di divorzio e sentenza di nullità del matrimonio poiché solo nel caso del divorzio il coniuge debole era tutelato anche grazie all'assegno divorzile.

pubblico (cosiddetto ordine pubblico interno) per un altro di derivazione internazionalistico, che assume carattere unitario e più pragmatico, nel senso che esso vale come parametro di conformità non del contenuto delle sentenze straniere ma dei soli effetti da esse prodotti nell'ordinamento italiano (artt. 16 e 64, primo comma, lett. g, l, cit.).[773] L'Autore ricorda inoltre la modifica apportata all'art. 117 Cost., che rafforza il peso delle fonti esterne nell'evoluzione dell'ordinamento. In particolare, per lui, attraverso queste riforme "l'ordinamento italiano si è sviluppato nel senso di un crescente *favor* per il riconoscimento delle sentenze straniere in materia matrimoniale, introducendo a tal fine una procedura semplificata che non richiede l'intervento dell'autorità giurisdizionale e, in ambito comunitario, [è stata introdotta] la regola dell'opposizione per contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro solo su domanda di parte, [e] non più *ex officio*".[774]

Un'innovazione nella giurisprudenza si è avuta poi in una sentenza a sezioni unite del 2008,[775] la quale ha ritenuto contrastante con l'ordine pubblico – e dunque non delibabile – la sentenza canonica che ha accertato la nullità matrimoniale per dolo (errore indotto da dolo). Si tratta di una ipotesi di nullità non prevista dal codice civile ma dal solo diritto canonico, basandosi su un errore meramente soggettivo di una qualità dell'altro coniuge. La sentenza ritiene che nella clausola di ordine pubblico deve essere ricompreso il principio di tipicità, oggettività ed esteriorità dei casi di nullità del matrimonio. I casi di nullità rappresentano eccezioni o deroghe alla sua naturale validità. In particolar, la sentenza riconosce che il matrimonio nato dall'atto si fa rapporto e proprio il rapporto che viene realizzato con la convivenza e la coabitazione, diviene fatto convalidante la volontà espressa all'atto della celebrazione e ostativo per l'ordine pubblico italiano a far rilevare la invalidità del consenso del matrimonio in sede giurisdizionale. In particolare, *inizia ad assumere rilievo la rilevanza della convivenza quale*

---

773 P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., p. 30-31.

774 P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., p. 32.

775 Cass., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Dir. Fam. Per.*, 2008, I, p. 1875 ss. con nota di M. CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al concordato*.

elemento ostativo alla delibazione delle sentenze canoniche di nullità. In altri termini, si rintraccia un filone, pur non univoco (ad es., Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343),[776] che dà rilievo al matrimonio-rapporto sì che dichiarato nullo il matrimonio canonico per vizi propri dell'atto, la nullità non può tradursi nell'ordinamento civile in presenza di una prolungata convivenza tra coniugi. A ciò continua a contrapporsi l'orientamento tradizionale (ad es., Cass., 4 giugno 2012, n. 8926)[777] che fa leva sul matrimonio-atto e che esclude che la convivenza successiva possa escludere la delibabilità della sentenza canonica di nullità.

In particolare, poi, i contrasti giurisprudenziali hanno portato le sezioni unite a intervenire nuovamente nel 2014 con due pronunce[778] che

---

[776] Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1035 ss. con nota di S. DE SANTI: "La convivenza particolarmente prolungata dei coniugi oltre le nozze osta alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro".

[777] Cass., 4 giugno 2012, n. 8926, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2676 ss.: "La convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio, per quanto prolungata, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio".

[778] Cass., sez. un. 17 luglio 2014, n. 16379, in *Foro it.*, 2015, I, c. 588 ss. per la quale: "La convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio, intesa come consuetudine di vita coniugale, stabile e continua nel tempo, esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti fatti specifici e comportamenti dei coniugi e che si sia protratta per almeno tre anni, è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, qualunque ne sia il vizio". Si veda, altresì, Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16380, in *Rass. giur. umbra*, 2015, p. 6 ss., con nota di M. CANONICO, *Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*. La sentenza è così massimata: "La convivenza «come coniugi», quale elemento essenziale del «matrimonio-rapporto», ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di «ordine pubblico italiano», ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per vizio genetico del «matrimonio-atto»; peraltro, la dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per

hanno condiviso l'orientamento volto a dare rilievo alla convivenza dei coniugi. In particolare, in una sentenza si legge che: "l'instaurazione della convivenza prolungata per un determinato periodo di tempo - intesa non come mera coabitazione ma come comunione di vita, *affectio familiae* - implica un'accettazione consapevole e volontaria di qualsiasi vizio genetico afferente il matrimonio, che perciò osta alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche che sanciscono la nullità del vincolo canonico". Dunque, le sezioni unite pongono come limite alla delibazione di ogni sentenza di nullità canonica la prolungata convivenza dei coniugi per almeno tre anni, intesa come indice normativo (dedotto in via analogica dalla legge sulle adozioni del 1983) di una stabile convivenza coniugale, tutelata in via primaria dall'ordinamento in quanto fonte di corrispondenti diritti ed obblighi delle parti.

Per Cavana, l'evoluzione del concetto di ordine pubblico in sede di delibazione costituisce il portato di *un allontanamento dell'ordinamento italiano dal sistema matrimoniale canonico*. Osserva che: "si può anche dire che il processo di armonizzazione della normativa concordataria ai principi costituzionali e, più in generale, a quelli dell'ordine pubblico italiano non si è esaurito con l'Accordo di revisione del 1984, soprattutto in materia matrimoniale, ma è proseguito nell'interpretazione e applicazione delle sue norme da parte della giurisprudenza, nel quadro dell'evoluzione complessiva dell'ordinamento".[779] Ancora osserva una restrizione del concetto di ordine pubblico in sede di delibazione e rileva la sempre crescente centralità del matrimonio-rapporto a discapito del

esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei *bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza; ciò perché, laddove le menzionate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole, essendo peraltro noto che il convincimento espresso dal giudice del merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato, secondo un logico e corretto iter argomentativo statuizione insindacabile in sede di legittimità".

[779] P. CAVANA, *L'evoluzione*, op. cit., p. 36.

matrimonio-atto: "Nell'ordinamento civile il matrimonio è sempre più inteso e disciplinato, oltre che come atto, soprattutto come (fonte di) un rapporto complesso, incidente sullo *status* giuridico delle persone coinvolte, coniugi e figli (e anche parenti), e fonte di diritti fondamentali, obblighi e aspettative consolidatisi nel tempo e oggetto di crescente tutela, rispetto al quale l'originaria validità dell'atto è vista come un requisito formale i cui vizi possono essere sanati dalla persistente volontà degli sposi, oggi veri *dominus* dell'istituto, attestata da una prolungata convivenza. In sostanza il matrimonio-atto ha perso quella centralità ordinamentale che formalmente la Costituzione tuttora gli riconosce (art. 29) ma che l'evoluzione sul piano costituzionale, legislativo e giurisprudenziale gli hanno gradualmente sottratto, facendone un requisito non più necessario ed esclusivo ma meramente eventuale per la formazione di un rapporto di tipo familiare, che l'ordinamento tende oggi a tutelare e proteggere come fonte di diritti fondamentali e di obblighi di solidarietà e di assistenza reciproca a prescindere dalla sua qualificazione in senso matrimoniale o non matrimoniale. Da qui la prevalente attenzione e tutela, in sede civile, del soggiacente e prolungato rapporto coniugale, di cui la convivenza dei coniugi è elemento essenziale, rispetto all'integrità formale dell'originario atto di matrimonio". Ricorda poi quanto affermato dalle sezioni unite nel 2014: "la convivenza 'come coniugi' deve intendersi - secondo la Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31), le Carte europee dei diritti (art. 8, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed il Codice civile - quale elemento essenziale del 'matrimonio-rapporto', che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari". Questo a differenza dell'ordinamento canonico nel quale invece "il matrimonio, per la sua natura sacramentale e la concezione consensualistica che ne ha ispirato la disciplina nelle due codificazioni del secolo scorso, continua a essere quasi esclusivamente considerato sul

piano giuridico sotto il profilo dell'atto, ovvero della validità del consenso prestato dai coniugi, con un complesso regime degli impedimenti e dei vizi di nullità, che tende a mettere in secondo piano la realtà del matrimonio-rapporto e l'esperienza di vita in essa racchiusa".

Così, anche di recente, Cass., 17 settembre 2020, n. 19329[780] è stato ritenuto che anche in caso di errore, timore, violenza, incapacità naturale possa trovare applicazione il principio della non delibabilità della sentenza del giudice ecclesiastico per contrasto con l'ordine pubblico in caso di accertata convivenza tra coniugi.

6. Gli accordi prematrimoniali.

L'autonomia privata nella famiglia si esplica anche attraverso quelli che vengono comunemente chiamati come 'patti prematrimoniali'. Essi possono essere sommariamente definiti come quei contratti stipulati in vista del futuro scioglimento del rapporto e che, generalmente, regolano aspetti patrimoniali (ma, potenzialmente, anche personali) della coppia: si pensi, banalmente, all'accordo preventivo, tra due nubendi, sulle condizioni economiche del loro possibile (ma non auspicabile) divorzio. Si consideri che gli accordi prematrimoniali, ad oggi, non sono disciplinati nell'ordinamento italiano e la loro conclusione rappresenta espressione dell'autonomia privata, anche costituzionalmente garantita.[781] Se è vero che fino a poco tempo fa la famiglia era considerata come un'isola che il mare del diritto poteva solo lambire,[782] negli ultimi tempi si sta assistendo ad una capillare e diffusa espansione dell'autonomia privata nell'ambito familiare: si segnalano, solo a titolo esemplificativo, le convenzioni di negoziazione assistita,[783] i patti

[780] Cass., 17 settembre 2020, n. 19329, in *Foro it., Banche Dati on-line*.

[781] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, c. 105 ss.

[782] A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, op. cit., p. 38.

[783] Si tratta della negoziazione assistita per la separazione o il divorzio che rappresentano un'alternativa per la separazione ed il divorzio dinanzi

patrimoniali nonché gli accordi prematrimoniali (non ancora disciplinati). Proprio gli accordi prematrimoniali pur non disciplinati dal nostro ordinamento sono, invece, presenti ed assai diffusi nella cultura anglosassone dove si parla, al riguardo, di *prenuptianal agreement*[784] o, anche, nell'ordinamento tedesco dove è disciplinato l'*Ehevertrage*.[785]

Anche con riferimento agli accordi prematrimoniali si rintraccia un collegamento con l'ordine pubblico, tanto ciò è vero che per molto tempo, nella giurisprudenza della Suprema Corte, gli accordi prematrimoniali (almeno quelli non integranti un elemento di estraneità) sono stati ritenuti nulli. Con riferimento agli accordi prematrimoniali, si può dire che la giurisprudenza è stata per lungo tempo poco sensibile a riconoscere loro validità: uno storico e tradizionale filone giurisprudenziale li ritiene infatti nulli per contrarietà con l'ordine pubblico. Scriveva Marco Comporti nel 1995: "Ormai da alcuni anni la giurisprudenza della Corte di Cassazione sta ripetendo la massima secondo cui gli accordi preventivi tra coniugi sul regime economico del divorzio sono affetti da radicale nullità per illiceità della causa".[786] In particolare, con riferimento

---

all'organo giudiziario (cfr. artt. 6 e 12, d.l. 132/2014, conv. in l. 162/2014). Cfr. M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 295 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 250 ss. e p. 277 ss.

[784] E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano*, in *Fam. Dir.*, 2005, p. 542 ss.; Rileva correttamente R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 602 che la regolamentazione degli accordi prematrimoniali in altri Paesi può determinare il fenomeno del cd. *shopping law*, agevolato dall'art. 30, comma 1, l. 218 del 1995 e dal Reg. Roma III.

[785] Cfr. A. FUSARO, *Marital contracts, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss. In particolare, si consideri che gli *Ehevertrage*, previsti dal diritto tedesco, possono essere dichiarati invalidi laddove vi sia una sopravvenuta sproporzione tra le risorse dei coniugi o in presenza di rinunzie unilaterali, se rivolte ad escludere la tutela minima essenziale prevista dalla legge sul divorzio. Cfr. R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 602

[786] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive*, cit., c. 105.

all'assegno di divorzio, si riconosceva a questo una triplice funzione (assistenziale, risarcitoria, compensativa) e si riteneva che solamente la quota-parte dell'assegno avente funzione assistenziale fosse indisponibile dalle parti. Tuttavia, una linea di maggior rigore venne espressa da una sentenza della Suprema Corte del 1981[787] che dichiarò *tout court* la nullità per illiceità della causa degli accordi prematrimoniali. Quella sentenza fu così massimata: "L'assegno di divorzio è indisponibile prima dell'inizio del relativo giudizio tanto nella sua parte assistenziale quanto nella parte risarcitoria e compensativa; pertanto, vanno considerati invalidi gli accordi dei coniugi separati intesi a stabilire il regime economico non solo per il contestuale periodo di separazione ma anche per quello successivo al giudizio di divorzio". In particolare, nelle motivazioni di quella sentenza si legge che la solidarietà economica che connota la componente assistenziale dell'assegno divorzile, costituisce riflesso dell'importanza etica e giuridica del matrimonio cui si riconosce l'efficacia di legare così intimamente la sorte dei coniugi, da non consentire, perché non ne resti offesa la coscienza sociale — e quindi per un principio d'ordine pubblico —, che, nonostante il divorzio, tra le condizioni economiche dell'uomo e della donna vi sia una disparità involontaria stridente. Con riferimento, poi, alle altre due componenti, si afferma che seppur le componenti risarcitorie e compensative dell'assegno costituiscono diritti disponibili, la disponibilità non può essere ammessa prima che inizi il giudizio di divorzio.

Nelle sentenze successive, che aderirono alla tesi della nullità degli accordi prematrimoniali, questa viene fatta discendere vuoi dalla indisponibilità dello *status* di coniuge, vuoi dalla indisponibilità dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio essendo questa non affidata alla disponibilità delle parti ma alle determinazioni del giudice, vuoi infine dal comportamento diretto o indiretto difensivo tenuto nel processo di divorzio. Anche di recente, si legge, *incidenter*, in una sentenza del 2012, come si dirà ha parzialmente aperto agli accordi prematrimoniali, che: "(…) in Italia, la giurisprudenza è orientata a ritenere tali accordi, assunti prima del matrimonio o magari in sede di

[787] Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss. con nota di S. DI PAOLA ed in *Giur. it.*, con nota di A. TRABUCCHI.

separazione consensuale, e in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio".[788] Filone giurisprudenziale, questo, presente anche nella recente giurisprudenza: per esempio, Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084[789] che ha ritenuti nulli i patti patrimoniali avvenuti in sede di separazione volti a stabilire il regime giuridico patrimoniale in vista del futuro divorzio.

Una parte della dottrina critica invece il sopra citato filone giurisprudenziale ritenendo validi gli accordi prematrimoniali perché la tesi contraria "trascurerebbe di considerare adeguatamente (…) i principi del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale" e, per di più, ritenendo validi accordi conclusi non già in vista del divorzio ma in vista dell'accertamento di una causa di nullità del matrimonio. In questi termini, la giurisprudenza più recente sembra aprire agli accordi prematrimoniali: la sopra menzionata Cass., 23713/2012[790] ha ritenuto che l'accordo prematrimoniale tra i coniugi in sede di separazione legale e in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico né con l'art. 160 cod. civ. Vi è, dunque, una giurisprudenza più sensibile agli accordi prematrimoniali che non sempre ritiene tali accordi contrari all'ordine pubblico: partendo dal presupposto che la *ratio* del principio di indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio si collega con la tutela del coniuge economicamente più debole, si afferma che solo il coniuge debole sarebbe legittimato ad esercitare l'azione di nullità (relativa) dell'accordo. Così, una sentenza del 2012 ha ritenuto valido l'impegno assunto dai futuri sposi in caso di divorzio. In particolare, si trattava dell'impegno di trasferire un immobile di proprietà della futura moglie al futuro marito, quale indennizzo delle spese sostenute da quest'ultimo per ristrutturare un altro immobile destinato ad abitazione familiare di

[788] Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 258 ss. con commento di I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*.
[789] Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, in Banca Dati Pluris.
[790] Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

proprietà della moglie. La Corte ha ritenuto che la fattispecie integrasse un "contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ., essendo, infatti, il fallimento del matrimonio non causa genetica dell'accordo, ma mero evento condizionale". Si è parlato di una timida apertura giurisprudenziale.

Diversa è invece la soluzione per il caso in cui venga in rilievo l'ordine pubblico internazionale e dunque si chieda il riconoscimento di un contratto straniero integrante un accordo prematrimoniale. In particolare, già nel 1984, una sentenza della Cassazione si occupò di verificare la compatibilità con l'ordine pubblico di un contratto *in contemplation of divorce* stipulato all'estero. In quella sentenza si legge che: "L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani".

La decisione del 1984 ritiene, dunque, che la validità di un accordo preventivo sulle questioni patrimoniali tra i coniugi in vista del divorzio stipulato all'estero tra cittadini stranieri e del quale si chiede il riconoscimento in Italia non venga intaccata dal giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, ritenendolo pienamente efficace in Italia. La tesi aderisce, così, alla distinzione tra ordine pubblico internazionale ed interno fondata sulla cittadinanza delle parti poiché si

afferma che l'ordine pubblico interno trova applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani: quella lettura di cui si è già detto, che lega l'ordine pubblico anche alla qualità soggettiva delle parti (se cittadini italiani si applica l'ordine pubblico interno, se cittadini stranieri l'ordine pubblico internazionale). Peraltro, dalla sentenza si capisce che diverso sarebbe stato il giudizio circa la validità del contratto prematrimoniale laddove questo fosse stato stipulato in Italia tra cittadini italiani perché in questo caso avrebbe trovato applicazione l'ordine pubblico interno che ritiene invalido un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio.

Per Giacomo Oberto, quella sentenza ha rappresentato il preludio di contatti tra "esperienze e visioni diverse, o, se vogliamo, tra soluzioni collaudate all'estero per le crisi familiari, da un lato, ed una cultura giuridica, dall'altro, che, come la nostra, sembra aver smarrito la consapevolezza del fatto che la concezione negoziale in via preventiva dei rapporti *inter coniuges* costituisce parte integrante anche della più genuina tradizione romanistica".[791] Sempre secondo l'Autore, l'efficacia in Italia degli accordi prematrimoniali "alieni" e la loro piena compatibilità rispetto all'ordine pubblico internazionale, costituisce un punto fermo, nonostante le innumerevoli incertezze.

Sempre con riferimento all'ordine pubblico internazionale, può essere utile ricordare una più recente sentenza del 2012[792] che per la verità non ha riguardato espressamente la compatibilità o contrarietà dell'ordine pubblico internazionale degli accordi prematrimoniali.

---

[791] G. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro*, op. cit., p. 795.

[792] Cass. 30 luglio 2012, n. 13556, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 879 ss., con nota di S. GANCITANO, *Il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio è operante anche se essa richiama il contenuto dei patti* in contemplation of divorce. La Suprema Corte riconosce efficacia alla pronuncia straniera di divorzio che ha statuito unicamente sui rapporti patrimoniali dei coniugi - aderendo peraltro all'accordo in contemplation of divorce da essi stipulato - e rimette le decisioni sull'affidamento e il mantenimento dei figli al giudice italiano, purché siano rispettati i requisiti di cui all'art. 64, legge n. 218 del 31 maggio 1995.

Quella sentenza emessa dal giudice straniero aveva statuito unicamente sui rapporti patrimoniali tra i coniugi (cittadini statunitensi, residenti dal 2002 in Italia), aderendo al contenuto degli accordi in quella sede. La sentenza straniera non ha statuito invece, sulle condizioni circa l'affido dei figli ai genitori, sul contributo di mantenimento ai figli e al coniuge economicamente più debole. Ci si è chiesti se quella sentenza – che stabiliva solo le condizioni economiche – fosse compatibile con l'ordine pubblico e se la mancanza di statuizioni sulla prole fosse manifestamente lesiva dei diritti inviolabili e indisponibili della prole stessa, sanciti anche a livello costituzionale. Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto che quella sentenza straniera (che non aveva indicato compiutamente le condizioni di affidamento e di mantenimento inerenti alla prole minorenne degli ex coniugi) non poteva essere ritenuta contraria all'ordine pubblico, dal momento che nessun principio costituzionale impone che la definitiva regolamentazione dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato status sia dettata in un unico contesto, che nel nostro ordinamento è prevista la sentenza non definitiva di divorzio (contemplata dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 4, commi 12 e 13, nel testo sostituito dal D.L. n. 35 del 2005, conv. con modif. nella L. n. 80 del 2005) con possibile rinvio al prosieguo anche per l'adozione dei provvedimenti definitivi relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento. Tra le finalità vi era quella di rafforzare e rilanciare l'istituto del matrimonio e, favorendo l'accesso allo stesso con la giusta mediazione e serietà.

Sta di fatto che la questione degli accordi prematrimoniali è assai dibattuta e vi sono state negli anni recenti una serie di proposte per introdurre tali accordi anche nel nostro ordinamento: si segnalano almeno due proposte per l'introduzione di questi accordi nel codice civile. Dapprima, una proposta di legge del 2016, la cui finalità era appunto quella di assicurare maggiore autonomia ai coniugi in sede prematrimoniale per disciplinare i rapporti personali e patrimoniali anche relativamente alla fase di separazione e di divorzio attraverso apposita convenzione. [793] In particolare, l'art. 2 della proposta prevedeva

[793] Si tratta della proposta di legge n. 2669, presentata dai deputati Morani e D'Alessandro il 15 ottobre 2014 alla Camera dei Deputati.

l'inserimento nel codice civile dell'art. 162-bis, rubricato Accordi prematrimoniali composta da ben 11 commi.[794]

[794] Questo sarebbe dovuto essere il testo dell'art. 162-*bis*, cod. civ.:"I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare, con la forma prevista dall'articolo 162, ovvero mediante convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, accordi prematrimoniali volti a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Gli accordi prematrimoniali riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere autorizzati dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. Qualora il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, ne indica i motivi e invita le parti a un'eventuale riformulazione. Qualora non ritenga autorizzabile neppure la versione eventualmente riformulata, nega definitivamente l'autorizzazione. Negli accordi prematrimoniali un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum ovvero un diritto reale su uno o più immobili, anche con il vincolo di destinare, ai sensi dell'articolo 2645-ter, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi. In ogni caso ciascun coniuge non può attribuire all'altro più di metà del proprio patrimonio. Gli accordi prematrimoniali possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, fatto salvo il diritto agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti. Tramite gli accordi prematrimoniali un coniuge può anche trasferire all'altro coniuge o a un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli disabili per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità. Le parti possono stabilire un criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con gli accordi prematrimoniali. Con gli accordi prematrimoniali, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in materia di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, fatti salvi i diritti degli altri legittimari. Alla modificazione degli accordi prematrimoniali si procede con le forme previste dal primo comma. Gli accordi prematrimoniali possono essere stipulati o modificati dai coniugi anche durante il matrimonio e comunque prima del deposito del ricorso per separazione personale, ovvero prima della sottoscrizione della convenzione

Più di recente, il riferimento va al progetto di revisione del codice civile tramite un disegno di legge del marzo 2019 che delega il Governo per una revisione ed integrazione del codice civile, in alcuni ambiti, definiti da principi e criteri direttivi.[795] Si legge nella relazione di accompagnamento che tra i criteri di delega vi è quello della "stipulazione di accordi tra nubendi, coniugi, nonché parti di una programmata o costituita unione civile volti a regolamentare i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché i criteri per l'indirizzo della vita familiare e per l'educazione dei figli, salvaguardando comunque le norme imperative, i diritti fondamentali della persona umana, l'ordine pubblico e il buon costume", così estendendo le convenzioni matrimoniali previste nel codice civile.

Si legge, sempre nella relazione, che l'introduzione degli accordi in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, colmerebbe una lacuna del nostro ordinamento, poiché "tuttora tali tipologie di accordi, sia patrimoniali che personali, sono reputati nulli, rispetto invece ad altri ordinamenti, nei quali sono ammessi e regolamentati". Sulla lacuna, una

---

di negoziazione assistita ovvero della conclusione dell'accordo di cui, rispettivamente agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. I ricorsi di separazione personale e di divorzio devono contenere il riferimento agli accordi prematrimonali. Per l'opponibilità ai terzi degli accordi prematrimoniali, si applica il quarto comma dell'articolo 162 del presente codice ovvero, nel caso in cui gli accordi stessi siano stati conclusi mediante accordo di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalle legge 10 novembre 2014, n. 162, intendendo sostituito il notaio rogante con l'avvocato o con gli avvocati che hanno assistito i coniugi nella procedura di negoziazione assistita".

[795] Si tratta del ddl n. 1151 recante Disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro della Giustizia – Delega al Governo per la revisione del codice civile. Si veda, L. BALESTRA – V. CUFFARO – C. SCOGNAMIGLIO – G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 589 ss.

parte della dottrina ritiene che non possa essere considerata tale[796] e preferisce invece che l'esigenza alla base del disegno di legge con il quale si vogliono regolare gli accordi prematrimoniali sarebbe da rintracciarsi nella "specificazione [e nell'] ampliamento della normativa esistente che abbia un ritorno sia in termini di deflazionamento del contenzioso sia di prevedibilità delle decisioni in materia". La nullità di tali accordi, almeno nel diritto interno discenderebbe dal presunto contrasto con l'art. 160 cod. civ. (per il quale gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio) e con il principio della indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio. Si tratta di una lacuna particolarmente avvertita nel sentire sociale, come dimostrano i ripetuti interventi giurisprudenziali chiamati ad occuparsi di accordi stipulati dai nubendi o dai coniugi per l'eventuale futura crisi del rapporto o dai secondi per regolare gli effetti, in specie patrimoniali, ma non solo, della crisi in atto. Tuttavia, anche gli accordi introdotti dalla l. 10 novembre 1024, n. 162 non liberalizzano gli accordi prematrimoniali e presuppongono comunque la crisi.

Si legge che il disegno di legge delega fissa il criterio direttivo del rispetto, oltre che delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, così consentendo di preservare in primo luogo l'indisponibilità dello *status* coniugale o di parte di unione civile e di limitare la regolamentazione convenzionale ai diritti disponibili, escludendo altresì limitazioni dei diritti fondamentali della persona, una volta venuto meno detto *status*, per lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dell'unione civile.

In questi termini, si prevede che il Governo è delegato ad adottare (art. 1, comma 1, lett. b) entro un anno dalla data in vigore della legge uno o più decreti legislativi per la revisione ed integrazione del codice civile

[796] R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 602: "(…) nella relazione governativa si fa espresso riferimento ad una lacuna del nostro ordinamento che, a ben vedere, tale non può essere considerata proprio in virtù delle (peraltro assai numerose) disposizioni di settore che vengono ivi puntualmente richiamate e degli interventi giurisprudenziali dei quali si registra correttamente la ricorrenza e l'esito".

nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: "consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli".

Emerge, allora, che l'accordo prematrimoniale è possibile sempre che essi rispettino non solo le norme imperative ed il buon costume ma soprattutto l'ordine pubblico e – questa è una novità – i diritti fondamentali della persona umana. Si afferma in dottrina[797] che, accanto ai paletti tradizionali posti all'autonomia contrattuale si richiede anche il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana. Per Oberto, è intatta "la regola fondamentale della non contrarietà degli accordi prematrimoniali "stranieri" rispetto al nostro ordine pubblico internazionale resta assolutamente intatta".[798]

Giovanni Francesco Basini è stato tra i primi a commentare la proposta di legge "Delega al Governo per la revisione del codice civile", con la pubblicazione su *Famiglia e diritto* dell'intervento da lui svolto durante il Convegno dell'Associazione Civilisti Italiani nel giugno del 2019 dal titolo *I così detti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*.[799] L'Autore mette in luce che la formulazione sovente utilizzata di "patti prematrimoniali" è imprecisa.[800] Imprecisa perché, nonostante nel gergo

---

[797] R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 603 ss.

[798] G. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro*, op. cit., p. 796.

[799] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, op. cit., p. 1153 ss.

[800] R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 601 ritiene che discorrere di accordi prematrimoniali con riferimento al recente disegno di legge è "notevolmente riduttivo" perché se l'intervento riguarda non solo la fase patologica, la crisi del matrimonio ma anche la fase fisiologica dello stesso. Lo stesso Autore ricorda poi che l'accordo può intervenire non solo tra nubendi e tra coniugi ma "anche agli uniti civilmente ed a coloro che hanno in animo di conseguire tale *status*".

comune si parli di patti prematrimoniali, con ciò presupponendo accordi conclusi prima del matrimonio, in realtà la proposta consente la stipulazione di tali accordi non solo ai nubendi ma anche ai coniugi, potendo essere stipulati anche in corso di matrimonio. Peraltro, per la proposta, gli accordi possono essere stipulati anche tra le parti di una unione civile (e dunque al di fuori del matrimonio, ma in costanza di una unione civile) o anche tra future parti di una unione civile: è il caso in cui nell'imminenza di una unione civile le future parti di questa decidono di regolare pattiziamente alcuni aspetti personali e patrimoniali della futura unione. Peraltro, egli ritiene incompatibile con il testo della delega anche le altre definizioni spesso utilizzate, come quella di accordi in vista del divorzio o di accordi in vista della crisi familiare, poiché il testo della delega permette non solo di regolare aspetti patrimoniali e personali inerenti la crisi del rapporto ma anche aspetti fisiologici, così distinguendo *tra accordi per la fisiologia* e accordi per la patologia tanto del matrimonio quanto dell'unione civile. Proprio le difficoltà nel trovare una "sintetica denominazione del fenomeno" porta l'Autore a parlare di patti cd. prematrimoniali, ricomprendendo in questa formulazione tutte le situazioni disciplinate dalla proposta di legge delega che dunque consente di distinguere tra: *rapporti personali* e *rapporti patrimoniali* ("consentire la stipulazione (…) di accordi intesi a regolare tra loro (…) i rapporti personali e quelli patrimoniali); *accordi destinati alla fase della fisiologia* e *accordi destinati alla fase della patologia* ("anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto" si comprende che non solo quelli destinati a disciplinare la patologia sono ricompresi nella previsione della futura legge delega e dall'inciso "nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli") e possono essere stipulati "tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o attuata unione civile".

Basini individua poi, una serie di norme che, già allo stato attuale, consentono la negozialità per determinare gli effetti del matrimonio, dell'unione civile e della crisi di essi, con la precisazione che maggiore spazio alla negozialità già si ravvisa nell'unione civile. Sempre allo stato

attuale, vi sono poi norme che impediscono la negozialità.[801] L'Autore afferma: "già esiste un non irrilevante novero di previsioni che dà strada alla negozialità in questo campo, ma che, al tempo stesso, molti e importanti sono i limiti di legge che essa incontra" e ricollega i limiti alla negozialità all'attuazione, nella legge ordinaria, del principio di uguaglianza tra i coniugi ex artt. 3 e 29 Cost.[802] Peraltro, per l'Autore, l'autonomia negoziale non può essere intesa come espressione di eguaglianza, poiché la società è lontana dalla parità di genere, che nel matrimonio l'eguaglianza sostanziale non è la regola ed i coniugi sono solo formalmente uguali, sì da non apparire superflue "regole che, ancora oggi, tutelino imperativamente, il coniuge più debole, sia nella fisiologia, sia nella crisi del rapporto",[803] suggerendo "prudenza" nel ritenere marito e moglie contraenti liberi e formalmente uguali.

Allo stato attuale, tra le norme che consentono la *negozialità*, l'illustre giurista inserisce, quanto alla *fisiologia* del rapporto, gli artt. 144 cod. civ. (che rimette ai coniugi stabilire l'indirizzo della vita familiare e fissare la residenza), 159 e 162 cod. civ. (sul regime patrimoniale secondario della famiglia); quanto alla *patologia*, gli artt. 150, comma 2 e 158 cod. civ. (sull'accordo sulla separazione consensuale), gli artt. 154 e 157 cod. civ. (sull'accordo di riconciliazione), l'art. 5, comma 8, l. 898 del 1970 (sull'accordo di attribuzione patrimoniale *una tantum*), l'art. 6 del d.l. 132 del 2014 (sulle convenzioni di negoziazione assistita per determinare gli effetti della separazione e del divorzio), l'art. 5, Reg. 1259 del 2010 (circa l'accordo per la legge applicabile alla crisi), l'art. 8 del Protcollo dell'Aja del 23 novembre 2007 (sull'accordo per la scelta della legge applicabile agli obblighi di mantenimento e all'assegno divorzile). Tra le norme, invece, che *non lasciano spazio alla negozialità*, egli inserisce, quanto alla *fisiologia* l'art. 143 cod. civ. (sui diritti e doveri tra i coniugi, con riferimento sia ai rapporti personali che a quelli patrimoniali primari), l'art. 143-*bis* cod. civ. (sull'aggiunta del cognome maritale a quello della

---

[801] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, op. cit., p. 1154 (sul maggiore spazio allla negozialità dell'unione civile, in part. nota n. 10 ed ivi richiami).

[802] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1156.

[803] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1156.

moglie), gli artt. 159 ss. cod. civ. (sul regime patrimoniale secondario della famiglia che tipizzano i regimi patrimoniali), l'art. 166-bis cod. civ. (che ritiene nulla la convenzione che tenda a costituire beni in dote); quanto alla *patologia*, l'art. 158 cod. civ.[804] (circa la necessità dell'omologazione del giudice ai fini dell'efficacia della separazione consensuale); l'art. 6, comma 2, d.l. 132 del 2014 che richiede la valutazione del procuratore della Repubblica per gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita e la necessità di un avvocato per parte,[805] l'art. 5, comma 8 l. 898 del 1970 che richiede una valutazione giudiziale sull'equità dell'accordo; l'art. 160 sulla inderogabilità degli effetti del matrimonio. Per Basini, tuttavia, l'art. 160 cod. civ. "non può più essere invocato, come vallo che blocca ogni negozialità degli effetti del matrimonio, giacché già oggi vi sono numerosi effetti del matrimonio, e della crisi, che possono essere mutati dall'accordo dei coniugi, rispetto a quanto previsto dalla legge" ed in questi termini, aderisce all'impostazione già riferita in dottrina per la quale *l'art. 160 cod. civ. non è più dogma assoluto ma principio flessibile*.[806]

Basini passa poi ad analizzare l'eventuale *spazio da attribuire all'autonomia nella fisiologia del matrimonio e dell'unione civile*, vuoi per i rapporti personali, vuoi per quelli patrimoniali. Caposaldo nella fisiologia del matrimonio, è sicuramente rappresentato dal ricordato art. 143, comma 1, cod. civ. per il quale i coniugi acquistano gli stessi diritti ed assumono gli stessi doveri e che attua il principio di eguaglianza costituzionalmente garantito ex artt. 3 e 29 Cost. con la conseguenza che eventuali futuri accordi non potranno fare venire meno l'eguaglianza tra i coniugi: "quando anche si lasciasse all'autonomia dei coniugi la determinazione o l'esclusione di alcuni tra i diritti e doveri matrimoniali,

---

[804] L'art. 158 cod. civ. richiede l'omologazione del giudice affinchè la separazione produca effetto poiché la separazione per il solo consenso senza l'omologazione del giudice non ha effetto.

[805] Infatti, il comma 2 dell'art. 6 ritiene che in mancanza di figli minori di maggiorenni incapaci o portatori di handicap gravi o economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale . Vi è un avvocato per parte ai sensi dell'art. 6, comma 1.

[806] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1156, nota 27.

questa autonomia dovrebbe sempre esprimersi nel pieno rispetto dell'eguaglianza".[807] In questi termini, laddove gli accordi escludessero alcuni diritti o determinassero alcuni doveri supplementari occorre che ciò avvenga nel pieno rispetto dell'eguaglianza[808] sì che per Basini non sarebbe valido un accordo che escludesse l'obbligo di fedeltà solo per uno dei coniugi (o lo patrimonializzasse per uno solo dei due prevedendo penali per la infedeltà solo a carico della moglie o del marito); viceversa sembra ammissibile escluderlo per entrambi i coniugi. Sempre per l'Autore, anche i doveri di assistenza materiale e morale e di collaborazione non possono essere oggetto di accordo essendo espressione di doveri di solidarietà sanciti dalla Costituzione e dell'essenza del matrimonio. Lo stesso dicasi per la contribuzione ex art. 143, comma 3, cod. civ. che, anche se rimessa all'accordo delle parti, non può essere sbilanciata onde non porsi in contrasto con l'art. 143, comma 1, cod. civ. e con l'art. 29 Cost. Anche il parametro della contribuzione, legato alle sostanze e alle capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascuno dei coniugi non potrebbe essere sbilanciato poiché altrimenti si porrebbe in contrasto con l'art. 29 Cost. Per di più, ricorda l'Autore, laddove si escludesse *tout court* l'obbligo di contribuzione (per entrambi i coniugi) questo si porrebbe in contrasto con l'essenza stessa del matrimonio. L'accordo potrebbe invece riguardare e descrivere che cosa fare e dare, a che cosa rinunziare per contribuire ai bisogni della famiglia: dunque un accordo che descriva le modalità della contribuzione sarebbe pienamente legittimo. Tale accordo, poi, seppur stipulato in funzione della fisiologia della famiglia, avrebbe ricadute nella fase della crisi, per determinare le componenti delle provvidenze post-matrimoniali. Come

---

[807] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1156.

[808] Con riferimento agli accordi personali, si veda E. BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss. Scrive l'Autrice a p. 856: "(…) limiti intrinseci agli accordi personali tra coniugi sono desumibili dalle disposizioni codicistiche che, in piena coerenza con la visione solidaristica emergente dalla Costituzione e con l'affermato principio di uguale libertà ed uguale responsabilità dei coniugi (…) discende il divieto di patti (…) intesi ad ordinare le relazioni familiari sulla base della supremazia di un coniuge sull'altro o secondo una logica di prevaricazione o di sopruso dell'un coniuge verso l'altro".

sopra detto l'Autore ritiene possibili accordi volti a negoziare (ed escludere) l'obbligo di fedeltà (intesa come fedeltà sessuale ed affettiva), che peraltro non è prevista – questa esclusione è per alcuni Autori ingiustificata[809] – tra gli effetti della unione civile.[810] Viceversa, per Basini non può esservi accordo sulla fiducia reciproca che è essenziale all'idea stessa di matrimonio. Egli ritiene negoziabile l'obbligo di fedeltà (sempre che per fedeltà non si intenda la fiducia reciproca che è essenziale all'idea stessa di matrimonio), non riscontrando "limiti da fonti superiori", così come quelli in materia di coabitazione ex art. 143, comma 2, cod. civ. nonché dell'aggiunta del cognome maritale ex art. 143-*bis*, cod. civ. non essendo espressione di garanzie costituzionali.[811] Con riferimento alla disciplina dei rapporti patrimoniali per la fisiologia del rapporto, l'Autore non dedica molto spazio ma ricorda la tipizzazione, avvenuta nel 1975, del regime patrimoniale secondario della famiglia e molto alta

[809] Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., p. 111 per il quale la fedeltà deve essere intesa come il rispetto di quella reciproca fiducia, necessaria al progetto di vita comune. Si legge: "L'art. 143 cod. civ. menziona anzitutto, fra gli obblighi attinenti ai rapporti non patrimoniali tra coniugi, quello di fedeltà. Col matrimonio, ciascun coniuge sceglie di vivere un rapporto affettivo esclusivo con l'altro, eletto a compagno di vita. Rispetto al passato, in cui si privilegiava l'interpretazione del dovere di fedeltà quale obbligo di astenersi dai rapporti sessuali con soggetti diversi dal coniuge, si è affermata una concezione più ampia, e alta, che dà risalto, anzitutto, al profilo spirituale del dovere. In altri termini, il dovere di fedeltà si sostanzia sì nell'astensione da relazioni sentimentali, e da rapporti sessuali, con persone diverse dall'altro coniuge, ma è, fondamentalmente, impegno a non tradire la fiducia reciproca. Secondo un'interpretazione, esso finisce per coincidere con il dovere di lealtà". Pertanto, secondo tale interpretazione non sembra negoziabile un tale obbligo, se così inteso.

[810] Sembra contrario a modulare l'obbligo di fedeltà, Luigi Balestra, il quale scrive: "(…) a fronte di prerogative dai contenuti modulabili (ad esempio il dovere di assistenza materiale), vi sono elementi fondanti il rapporto personale (può essere il caso dell'assistenza morale o dell'obbligo di fedeltà) che, almeno a prima vista, appaiono ontologicamente refrattari all'idea che essi possano essere declinati nel contesto di un accordo". Cfr. L. BALESTRA – V. CUFFARO – C. SCOGNAMIGLIO – G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile*, op. cit., p. 590.

[811] V'è semmai da collegare l'obbligo di fedeltà alle presunzioni di paternità e maternità.

fu l'attenzione dedicata all'eguaglianza sostanziale e alla protezione del coniuge debole: la disponibilità "andrà ponderata e valutata con estrema cautela ed attenzione" ed ancora non potranno essere reintrodotte "forme, esplicite o surrettizie, di dote" poiché il divieto di costituzione della dotta ex art. 166-*bis*, cod. civ. costituisce "presidio irrinunziabile dell'eguaglianza tra i coniugi".[812]

L'Autore passa poi ad analizzare gli accordi preventivi in vista della crisi del matrimonio, precisando subito che, seppure a prima vista quelli volti a disciplinare i rapporti personali nella crisi sembrerebbero inutili, in realtà possono avere un'utilità poiché sussistono rapporti personali tra coniugi separati. Infatti, già allo stato attuale l'art. 157 cod. civ. dà spazio all'accordo per far cessare gli effetti della separazione. Partendo da questo dato, per l'Autore "pattiziamente potrebbe prevedersi, allora, anche quali condotte tra i coniugi determinino la riconciliazione, e quali, al contrario non la provochino" e potrebbe anche costituire oggetto di negoziazione il grado di fedeltà che permane in capo ai coniugi durante la fase della separazione. Se questo è vero, l'Autore ricorda che in realtà gli accordi in vista della crisi regolano soprattutto aspetti patrimoniali, vuoi in vista della separazione vuoi in vista del divorzio. Dopo aver trattato il passaggio della giurisprudenza sul punto, dalla già ricordata chiusura degli anni '80 alla più recente apertura giurisprudenziale, l'Autore ricorda anche la recente sentenza a sezioni unite[813] con la quale dopo aver ripensato i criteri di attribuzione, ridimensionando la funzione dell'assegno post-matrimoniale, è stato stabilito che i diritti in gioco hanno una natura prevalentemente disponibile. Ciò detto, l'Autore passa ad analizzare alcuni aspetti di accordi tra nubendi o tra coniugi in vista della crisi, precedendo il tutto da una considerazione: cioè quella che "*una autonomia negoziale piena ed*

---

[812] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1156.

[813] Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Resp. civ. prev*., 2018, p. 1845 ss. con commento di G.F. BASINI, *Le Sezioni Unite ripensano i criteri di attribuzione, e ridimensionano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale*. Sull'assegno divorzile, cfr. G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI – F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, op. cit., p. 675 ss.

incontrollata" sarebbe inopportuna e contraria all'art. 29 Cost. perché, nella maggior parte dei casi la moglie è soggetto economicamente e sostanzialmente più debole del marito ed in secondo luogo che gli accordi possono essere esposti a modifiche o cancellazioni dell'efficacia per sopravvenienza impreviste. In particolare, per l'Autore non possono essere negoziabili "le componenti, delle provvidenze dovute nella separazione, o delle provvidenze post matrimoniali, che assolvano ad una funzione assistenziale, perché è principio generale dell'ordinamento l'indisponibilità preventiva di ogni provvidenza che abbia funzione alimentare e assistenziale", mentre possono essere negoziabili quelle componenti che hanno funzione perequativa e compensativa. Per l'Autore, però, gli accordi devono passare da "un *vaglio giudiziale*, volto ad accertarne l'*equità, non solo originaria, ma anche e soprattutto al momento in cui essi [producono] i propri effetti*",[814] sì da considerare principio generale quello previsto dall'art. 5, comma 8, l. 898 del 1970. In questi termini, l'Autore, prefigurando una clausola *rebus sic stantibus*, si colloca sulla scia degli *Ehevertrage* tedeschi e ricorda altresì che il controllo giudiziale è previsto anche nella recente disciplina della negoziazione assistita (art. 6, d.l. 132 del 2014). Ritiene inoltre indispensabile la presenza di almeno un avvocato per parte: "Garantire che non possa essere il medesimo professionista a consigliare entrambi i coniugi, difatti, mi pare che risponda ad un elementare necessità di tutela, soprattutto tra parti che (…) nella gran parte dei casi non [hanno] uguale forza sostanziale".[815] A queste condizioni possono essere previsti non solo accordi al momento della crisi, già oggi possibili, ma anche accordi in vista di una ipotizzata crisi, con una predeterminazione dell'assegno, una capitalizzazione *una tantum*, financo un'esclusione dell'assegno che sarebbe equa se il coniuge ha reddito e patrimonio adeguato sì da non avere necessità assistenziale. Non possono invece essere oggetto dell'accordo in vista della crisi accordi riguardanti i rapporti tra genitori con la prole e per la prole, poiché questi devono essere sempre valutati dal giudice nella prospettiva dell'interesse del figlio, così ricordando tanto l'art. 337-*ter*, comma 2, cod. civ. e l'art. 6, d.l. 132 del 2014. Se vi fossero accordi, questi non sarebbero vincolanti ma

[814] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1159.
[815] G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, op. cit., p. 1160.

sarebbero solo indicazioni da prendere in considerazione dal giudice solo se rispondenti all'interesse della prole.

È un contributo di Roberto Amagliani[816] a mettere in luce i limiti alla stipulazione degli accordi familiari ricordando che seppure la legge delega non sembra prevedere un controllo da parte del giudice sull'equità o sulle sopravvenienze, cionondimeno il giudice può verificare che gli accordi non siano in contrasto con l'ordine pubblico e con i diritti fondamentali della persona. Più nello specifico, si può notare che nel ddl, accanto ai tre noti criteri di selezione dell'illiceità (norme imperative, ordine pubblico, buon costume) che devono comunque rispettare anche gli accordi prematrimoniali, si aggiunge l'ulteriore limite rappresentato dal *rispetto dei diritti fondamentali della persona umana*: "nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume". L'Autore si interroga se nel novero dei diritti fondamentali della persona vadano inclusi "quelli che, con una espressione onnicomprensiva e secondo una nota veduta dottrinale largamente recepita dalla giurisprudenza, potrebbero definirsi come i diritti connessi all'obbligo di solidarietà post-coniugale".[817] Ciò detto, per lui è indispensabile un "meditato ed articolato coordinamento con la disciplina vigente e con l'affermazione positiva di alcuni punti fermi, in mancanza dei quali il rischio di dare luogo a contrasti tra disposizioni o a vere e proprie antinomie è veramente elevato". Sembra dunque di particolare interesse il rapporto tra ordine pubblico e diritti fondamentali della persona perché il ddl distingue tra diritti fondamentali ed ordine pubblico mentre si è visto che per larga parte della dottrina l'ordine pubblico integra ed è clausola che tutela i diritti fondamentali della persona: su questo aspetto si attendono future decisioni della giurisprudenza.

[816] R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 603 ss.
[817] R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 603-604.

CONCLUSIONI

Quando l'interprete si confronta con l'ordine pubblico, sembrano potersi distinguere due tecniche: da un lato l'ordine pubblico che funziona come *tecnica di controllo degli effetti dell'atto*, dall'altro l'ordine pubblico che funziona come *tecnica di controllo dell'applicazione della regola*. Se la prima tecnica consiste in un controllo sugli effetti dell'atto dove l'interprete si preoccupa di valutare se la situazione generata dall'applicazione di una regola sia compatibile con il sistema giuridico, attraverso la seconda l'interprete, attraverso l'ordine pubblico, controlla l'applicazione – intesa come validità – della regola contrattuale.

Quando l'interprete effettua il *controllo sugli effetti dell'atto*, preoccupandosi di stabilire se la situazione generata dall'applicazione di una regola sia compatibile con il sistema giuridico, la regola è certamente applicabile ma, laddove essa generi effetti distorti, interviene l'ordine pubblico inibendone l'operatività intesa come (in)efficacia. Possono essere ricompresi in questo paradigma ricostruttivo gli artt. 16, 64 e 65 della legge di riforma del diritto internazionale privato e, prima della sua abrogazione, l'art. 31 Preleggi.

Viceversa, quando l'interprete svolge il *controllo sull'applicazione della regola* egli non controlla se quella regola, una volta applicata, generi effetti perversi ma ritiene *ab origine* quella regola inapplicabile, non avendo essa il requisito della validità e, dunque, considera la stessa come nulla. Possono essere ricomprese all'interno del modello dell'ordine pubblico come tecnica di controllo della validità, intesa come applicabilità, gli artt. 5 e 1343 cod. civ. Per rimanere in tema di diritto di famiglia, un esempio di tale controllo si può immaginare con riferimento ad un contratto di surrogazione di maternità stipulato in Italia. Questo contratto è nullo per essere contrario all'ordine pubblico: quella regola non è applicabile e l'interprete non si pone affatto il problema degli effetti dell'atto. Nell'ordine pubblico come tecnica di controllo dell'applicazione della regola, il controllo si svolge sulla regola negoziale, sulla regola

contrattuale, l'ordine pubblico controlla dunque la regola generata dall'autonomia privata.

Le due summenzionate tecniche inerenti l'ordine pubblico hanno in comune il *controllo* perché l'ordine pubblico, inevitabilmente, pone sempre un problema di controllo. A differenza della buona fede che, per la dottrina maggioritaria, integra il contenuto del contratto, anche se altra dottrina ha ritenuto in passato che dalla violazione della buona fede potesse comunque discendere la nullità del contratto, ritenendo norma imperativa la disposizione di cui all'art. 1375 cod. civ. Si può dire come la norma imperativa *conceda* il potere, la buona fede *determini* il contenuto di poteri e doveri, l'ordine pubblico *controlli* l'esercizio di poteri e doveri. In altri termini, la norma imperativa fissa i limiti dell'autonomia, la buona fede definisce i poteri ed i doveri, l'ordine pubblico, infine, non costituisce un limite alla *quantità* del potere ma *controlla* il *tipo* di potere.

Se l'ordine pubblico svolge la funzione di controllo, occorre chiedersi a cosa serva il controllo dell'ordine pubblico. Attraverso di esso, l'ordine pubblico svolge la funzione di *armonizzazione costituzionale diffusa*: è, anzi, una tecnica di controllo che realizza la massima misura possibile di armonizzazione diffusa. È una tecnica *diffusa* perché è attribuita ad ogni giudice, anche di merito. Questo sindacato è sottratto alla Corte Costituzionale, la quale giudica il contenuto della legge rispetto alla Costituzione e non dovrebbe occuparsi degli effetti dell'applicazione della legge. È un'armonizzazione *costituzionale* pur se l'aggettivo *costituzionale* è cambiato nel tempo perché la legalità costituzionale è diversa, essendo estesa alle norme interposte, fra le quali la Corte Costituzionale ha ricompreso quelle della CEDU. È vero, infatti, che l'art. 6, par. 2, TUE stabilisce l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e l'art. 6, par. 3 TUE, ritiene che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione come principi generali di diritto dell'Unione, suscitando tuttavia alcuni conflitti di coordinamento – di armonizzazione – con l'identità nazionale. Insomma: con l'ordine pubblico si costruisce una legalità costituzionale allargata che viene recuperata attraverso gli artt. 11 e 117 Cost. realizzando questo

controllo diffuso di legalità costituzionale, fermo restando che con "costituzionale" si intende una cosa ben diversa rispetto a ciò che si riteneva nel 1948, dovendo tener necessariamente conto delle norme interposte (come quelle della CEDU).

È necessaria una puntualizzazione sull'ordine pubblico come tecnica di controllo dell'applicazione della regola. Se è vero che norme imperative, ordine pubblico e buon costume sono tecniche di controllo dell'autonomia privata poiché l'atto che si ponga in contrasto con uno di questi criteri è nullo, i criteri non vanno sovrapposti: la norma imperativa controlla che ci sia stato il rispetto del limite; buon costume ed ordine pubblico si preoccupano di fare il controllo, ma il limite di cui si fanno "tramiti" è diverso da quello delle norme imperative. Sicuramente in ambito di ordine pubblico, il parametro di riferimento è l'*ordine pubblico costituzionale*, non la norma imperativa nazionale, ricordando la distinzione riproposta anche di recente in giurisprudenza tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale. Può sorgere il dubbio che quest'ultimo concetto, quello di ordine pubblico discrezionale, possa dissimulare una sovrapposizione tra il controllo esercitato dall'ordine pubblico e quello esercitato attraverso le norme imperative. Se è vero che tutte le norme imperative sono costituzionalmente legittime, ciò non significa, tuttavia, che tutte le norme imperative attuino (o siano necessariamente portatrici) di principi costituzionali. Se si rintraccia una norma imperativa, è pleonastico applicare altro (l'ordine pubblico) in sede di controllo sul contenuto.

Si consideri che il controllo sul contenuto, sulla validità della regola può essere esercitato non solo attraverso l'ordine pubblico (costituzionale) ma anche attraverso la norma imperativa, attraverso il buon costume, attraverso la buona fede oggettiva come nel diritto dei consumatori. Al contrario, il controllo sugli effetti dell'atto è sempre e soltanto un controllo di ordine pubblico (costituzionale) perché il diritto internazionale privato non consente altro tipo di controllo e ci si può chiedere, semmai, se il tipo di controllo oggi previsto dagli artt. 64 e 65 l. 218 del 1995 replichi il contenuto dell'art. 31 disp. prel. cod. civ. che, oltre ad estendere il controllo sugli effetti anche al parametro del buon costume, poneva il controllo non solo nei confronti delle sentenze, dei

provvedimenti e delle leggi ma anche rispetto all'atto di autonomia privata concluso all'estero.

Volendo analizzare il rapporto tra norme imperative ed ordine pubblico, si può dire che il legislatore, attraverso l'ordine pubblico, risolve il problema della tipicità legale del controllo sul potere privato. Se il controllo sul potere privato, infatti, viene di regola esercitato attraverso una norma imperativa, l'ordine pubblico risolve il problema del controllo sul potere privato quando manca la norma imperativa. L'ordine pubblico risolve, così, un problema ascrivibile alle lacune, escludendo però il ricorso all'analogia (*legis* o *iuris*). Tuttavia, sostanzialmente, l'ordine pubblico include sempre il controllo classico rappresentato dall'analogia *iuris* poiché, sostanzialmente, in punto di analisi del parametro del controllo, l'ordine pubblico dissimula una tecnica di controllo basata sulla analogia *iuris*. Con l'ordine pubblico il giudice effettua la medesima operazione che fa quando decide un caso sulla base dell'analogia *iuris*: estrapola i principi (ora quelli previsti nell'art. 12 Preleggi, ora quelli costituzionali) e risolve il caso. Di fatto, l'applicazione dell'ordine pubblico è sempre un procedimento di analogia *iuris*, tramite il quale il giudice applica i principi generali.

Deve poi essere escluso che l'ordine pubblico (interno) possa costituire una tecnica di controllo del contenuto della legge perché, invece, attraverso l'ordine pubblico si tende, come già detto, a raggiungere la massima armonizzazione costituzionale diffusa. Più che distinguere tra ordine pubblico interno ed internazionale, si può distinguere tra controllo di legalità costituzionale diffuso *sugli effetti* e controllo di legalità costituzionale diffuso *sul contenuto* della regola, che concerne l'applicabilità della regola negoziale, giammai la stessa regola legale.

Il sindacato diffuso si svolge attraverso un'azione esegetica ed in questa prospettiva l'ordine pubblico assume una funzione specifica come criterio ermeneutico. In altri termini, quando l'ordine pubblico è inteso quale tecnica di *controllo degli effetti* dell'atto, l'ordine pubblico diviene criterio esegetico. In questo caso, l'ordine pubblico non è più clausola generale ma diviene principio generale, quale criterio ermeneutico. Il

sindacato diffuso avviene attraverso la legalità costituzionale nazionale ed europea, nel senso di un'interpretazione conforme alla legalità costituzionale italo-europea. Viceversa, quando l'ordine pubblico valuta il *contenuto del contratto*, l'ordine pubblico svolge la sua funzione tipica di clausola generale che funziona come criterio di validità dell'atto. Questo a differenza della buona fede che è sì clausola generale ma integra il contenuto del contratto e non è criterio di validità dello stesso, a meno di non voler ritenere – ma questo è stato escluso dalla giurisprudenza di legittimità – la violazione della buona fede costituire causa di nullità del contratto.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 27 – 29 maggio 1991, Roma, 1992.

AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943.

AA. VV., *Cour de Cassation – Rapport Annuel* 2013, disponibile su <www.courdecassation.fr>

ABRIANI N., *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, c. 2226

AL MUREDEN E., *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano*, in *Fam. Dir.*, 2005, p. 542 ss.

ALBANESE A., *Immoralità, illiceità e soluti retentio*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 865 ss.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALESSANDRI D., *Il contratto nullo tre volte: difetti di forma e soluti retentio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 139 ss.

ALLARA M., *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Cortona, 1930.

ALPA G., *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 147 ss.

ALPA G., *I principi generali nella cultura giuridica tradizionale e nelle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 77 ss.

ALPA G., *I principi generali*, in IUDICA G. – ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006.

ALPA G., *I princìpi generali. Una lettura giusrealistica* (p. 77 ss.).

ALUFFI BECK-PECOZ R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, 1990.

ANDRIOLI V., *Intorno ai principii generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, p. 254 ss.

ANDRIOLI V., *Sulla invalidità delle clausole oro, stipulate prima e attuabili dopo il 5 ottobre 1936* (nota a Cass. Regno, 11 maggio 1939, n. 1601), in *Foro it.*, 1939, I, c. 799 ss.

ANGELINI F., *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Rivista AIC, fasc. 2/2020,* p. 185 ss.

ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I princìpi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007.

ARMONE G., *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione Giustizia on-line,* 2019, p. 1 ss.

BADIALI G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962.

BALESTRA L. – CUFFARO V. – SCOGNAMIGLIO C. – VILLA G., *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 589 ss.

BARBA A., *Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, p. 5 ss.

BARBA A., *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017.

BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

BARBA A., *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in Diritto Civile (diretto da P. Rescigno e N. Lipari, coordinato da A. Zoppini), Il Contratto in generale, vol. II, Milano, 2009, p. 963 ss.

BARBA A., *Norma imperativa e nullità del contratto*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. IV, Milano, 2005, p. 4171 ss.

BARBA V., *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

BARBA V., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, fasc. 2, p. 19 ss.

BARBAGLI M., *Sotto lo stesso tetto*, Bologna-Milano, 2000.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, p. 184.

BARCELLONA M., *Ordine pubblico e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2020, p. 925 ss.

BAREL B., *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in *GenIUS*, 2020, p. 1 ss.

BARILE G., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1969.

BARILE G., voce *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, op. cit.

BARILE G., voce *Ordine pubblico internazionale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.

BARTOLE S., *I princìpi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in AA. VV., *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei, op. cit., p. 3 ss.

BASINI G.F., *I così detti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 1157.

BASINI G.F., *Le Sezioni Unite ripensano i criteri di attribuzione, e ridimensionano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1845 ss.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 631 ss.

BENATTI F., *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971.

BENVENUTI P., *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

BESSONE M., *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 122 ss.

BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, p. 32 ss.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949. (in part. p. 50 ss.).

BETTI E., *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale*, in *Rendiconti dell'Istituto lombardo di scienze e lettere*, Milano, 1940-1, p. 327 ss.

BETTI E., *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956. (ma in part. p. 281 ss.).

BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino, Rist., 1994, p. 170 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, III ed., Milano, 2019.

BIANCA M., *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Familia*, 2019, p. 345 ss.

BIGGINI C.A., *Dei principî generali dell'ordinamento giuridico fascista (contributo alla loro determinazione)*, in AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, op. cit., p. 381 ss. (e in part. p. 397).

BIVONA E., *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss.

BOBBIO N., voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, vol. XIII, p. 887 ss.

BONILINI G. – TOMMASEO F. (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario Schlesinger*, III ed., Milano, 2010.

BONILINI G., *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Milano, 2020, p. 259.

BOTTAI G., *Le corporazioni*, Milano, 1935.

BOTTAI G., *Esperienza corporativa* [1926-1928], Roma, 1929.

BOTTAI G., *Esperienza corporativa* [1929-1934], Firenze 1934.

BOTTAI G., *Il Consiglio Nazionale delle Corporazioni*, Milano 1935.

BRECCIA U., *Princìpi: luci e ombre nel diritto contemporaneo* (p. 121 ss.).

BUGETTI M.N., *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.

CAGGIA F., *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1572 ss.

CALDERAI V., *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2020, p. 1109 ss.

CAMPIGLIO C., *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss.

CANIVET G., *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, in *Revue international de droit comparé*, 2003, p. 7 ss. (e in part. p. 20).

CANONICO M., *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al concordato*, in *Dir. Fam. Per.*, 2008, I, p. 1875 ss.

CANONICO M., *Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Rass. giur. umbra*, 2015, p. 6 ss.

CARELLA G., *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2011.

CAROCCIA F., *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 16.

CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

CARRESI F., *Il contratto*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 324 ss.

CARRESI F., *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 29 ss.

CARUSI D ., *Contratto illecito e soluti retentio, l'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»,* Napoli, 1995.

CARUSI D., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 495 ss.

CASABURI G., *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss.

CASABURI G., *«Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324 ss.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede*, op. cit., p. 19 ss.

CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in CAUTADELLA A., *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 64 ss.

CATERINI E., *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020.

CAVANA P., *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazion*e, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, p. 21 ss.

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, II vol., Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005.

CERRI A., *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei princìpi nell'esperienza giuridica* (p. 193 ss.).

CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1791 ss.

CIACALA M., *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, Torino, 1974.

CLERICI R., *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne, Torino, 2011.

COMPORTI M., *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, c. 105 ss.

CORSI F., *Autonomia privata e norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 493 ss.

COSTAMAGNA C., *Diritto corporativo italiano secondo la Carta del lavoro, la legislazione e la dottrina a tutto l'anno 1927*, Torino, 1928.

COSTAMAGNA C., *Elementi di diritto costituzionale corporativo fascista*, Firenze, 1930.

COSTANZA M., *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Società*, 2016, p. 725 ss.

CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, p. 193 ss.

CROCE B. – EINAUDI L., *Liberismo e liberalismo* (a cura di SOLARI P.), Milano-Napoli, 1957.

D'ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 ss.

D'AMICO G., "*Principio di simmetria" e legge antiusura*, in *Contratti*, 2017, p. 501 ss.

D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss.

D'AMICO G., *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA. VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, vol. I, Napoli, 2007, p. 429 ss.

D'AMICO G., *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Contratti*, 2016, p. 279 ss.

D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 426 ss.

D'AMICO G., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.

D'AMICO G., *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in DI MARZIO F. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*.

D'AMICO G., *Rodotà e la stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 129 ss.

D'ARIENZO M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. per.*, 2004, p. 189 ss.

DALLA TORRE G., *"Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, fasc. 34, p. 1 ss.

DE CRISTOFARO M., *Ordine pubblico «procedurale» ed enucleazione dei principi fondamentali comuni del diritto processuale «europeo»*, in Contr. e Impr. Eur., 2008, p. 563 ss.

DE FELICE R., *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in <www.personaedanno.it>.

DE FELICE R., *Una discutibile opinione della Corte Suprema in materia di adozione omogenitoriale estera. Ritorno al passato e stigma su minore*, in Articolo29, <www.articolo29.it>.

DE MASI M., *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 165 ss.

DE MEO R., *Il diritto europeo e il divorzio privato islamico*, in *Foro it.*, 2018, IV, c. 282 ss.

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2008, II ed., 2010.

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Rivista critica dir. privato*, 1985, p. 435 ss.

DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, V ed., 1929, p. 266 ss.

DE SENA P., *Caratteri e prospettive del Prot. 16 CEDU nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.

DE VERO G., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 72 ss.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

DEL PRATO E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 521 ss.

DEL PRATO E., *I princìpi nell'esperienza civilistica: una panoramica* (p. 265 ss.).

DEL PRATO E., *sub art. 1325 – requisiti del contratto*, nel Commentario Schlesinger, Milano, 2013.

DEL PRATO E., *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

DEL VECCHIO G., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le Révolution française: contributions à l'histoire de la civilisation européenne*, Paris, 1968.

DEL VECCHIO G., *Sui principî generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 33 ss.

DELLE MONACHE S., *Della irripetibilità della prestazione "ob turpem causam"*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 697 ss.

DELLE MONACHE S., *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria: per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica diritto privato,* 1984, p. 539 ss.

DI MAJO A., voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 253 ss.

DI MARZIO F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 46.

DI MARZIO F., *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza*, op. cit., p. 119 ss.

DI MARZIO F., *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in D'AMICO G. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 117 ss.

DOGLIOTTI M., *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *GenIUS*, 2020, p. 38 ss.

DOMIANELLO S., *I matrimoni "davanti ai ministri di culto"*, in FERRANDO G. – FORTINO M. – RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, Milano, 2002, p. 483.

DOMIANELLO S., *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989.

EINAUDI L., *Dei diversi significati del concetto di liberismo economico e dei suoi rapporti con quello di liberalismo*, in *La Riforma sociale*, 1931, p. 186 ss.

FABBIO P., *Il dibattito italiano su principi e clausole generali e l'ideale della certezza del diritto. A proposito di un recente libro a cura di Giovanni D'Amico*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 587 ss.

FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.

FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, p. 1 ss.

FAUCCI R., *Einaudi, Croce, Rossi: il liberalismo fra scienza economica e filosofia*, in *Quaderni di Storia dell'Economia Politica*, 1989, p. 113 ss.

FEDERICO A., *L'ordine pubblico e il mercato*, in DI MARZIO F. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza*, op. cit., p. 51 ss.

FEDERICO A., *La proprietà in Europa tra "funzione sociale" e "interesse generale"*, in D'AMICO G. (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2013, p. 141 ss.

FEDRINI F., *Le clausole generali: profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013.

FEMIA P., *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in PERLINGIERI G. – D'AMBROSIO M. (a cura di), *Fonti, metodo, interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato (10-11 novembre 2016)*, Napoli, 2017, p. 209 ss.

FERACI O., *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, p. 424 ss.

FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

FERRANDO G., *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte Costituzionale*, in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 675 ss.

FERRANTE R., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, 2006

FERRANTE R., *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, 2002

FERRARA F. SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 510.

FERRARA F. SR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, II ed., 1914, p. 41.

FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, I, p. 1 ss.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI G.B., *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico,* in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole* (Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p.

FERRI G.B., *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20 ss.

FERRI G.B., *L'ordine pubblico economico (A proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, p. 464 ss. recensione al volume di G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto*, in G. B. FERRI – C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 97 ss.

FERRI G.B., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, I, p. 157 ss.

FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.

FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

FERRI G.B., voce *Buon costume*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.

FERRI G.B., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss.

FIORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.

FIRPO L. (a cura di), *Carteggio Einaudi – Croce (1902-1953)*, Torino, 1988

FLORE S., *L'atto di nascita del figlio concepito mediante fecondazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne*, in *Familia*, 2020, p. 491 ss.

FRANCOLINI G., *Introduzione ai delitti contro l'ordine pubblico*, in CADOPPI A. – S. CANESTRARI S. –MANNA A. – PAPA M. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Parte Speciale, III, Torino, 2009, p. 949 ss.

FUSARO A., *Marital contracts, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.

GALGANO F., *La nullità per contrarietà a norme imperative*, in GALGANO F. - PECCENINI F. – FRANZONI M. – MEMMO D. – CAVALLO BORGIA R., *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 79 ss.

GALLI C., *La revisione del codice della proprietà industriale: da un'impostazione "proprietaria" a un approccio market oriented*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 277 ss.

GALLI C., *La riforma del codice della proprietà industriale*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, p. 841 ss.

GALOPPINI A., *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. famiglia*, 2005, p. 969 ss.

GAMBARO A., *La dinamica dei princìpi: due esempi ed una ipotesi*, p. 209 ss.

GANCITANO S., *Il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio è operante anche se essa richiama il contenuto dei patti* in contemplation of divorce. in *Fam. e dir.*, 2013, p. 879 ss.

GAROFALO A.M., *La causa: una "storia di successo"? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)*, in *Jus Civile*, 2018, fasc. 2, p. 163 ss.

GENTILI A., *Prefazione* a VELLUZZI V., *Le clausole generali*, op. cit., p. XIV.

GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia,* Roma-Bari, 1985, p. 18 ss.

GHISALBERTI C., *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 1979, p. 189 ss.

GIACOMINI M., *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Rivista AIC*, 2019, fasc. 5, p. 167 ss.

GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 459 ss.

GIUNCHEDI D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1198 ss.

GRASSO A.G., *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 757 ss.

GRONDONA M., *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici: ovvero il giurista e la politica del diritto*, in <http://www.giustiziacivile.com>

GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e* punitive damages, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, p. 1392 ss.

GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001

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

GUARNERI A., *La scomparsa delle* bonnes mœurs *dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 404 ss.

GUARNERI A., voce *Buon costume*, in *Digesto Disc. Priv.*, IV ed., Torino, 1988, p. 123 ss.

GUARNERI A., voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 405.

GUARNERI A., voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 154 ss.

GUASTINI R., *Principi di diritto*, in *Digesto dis. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 341 ss.

HEDEMANN J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933.

IRTI N., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 57 ss.

IVAINER T., *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, in *J.C.P. (Le Semaine Juridique)*, 1972, I, p. 2495.

JANNARELLI A., *I princìpi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico* (p. 33 ss.).

JAYME E., *Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco*, in *Scienza e Politica*, 1990, p. 31 ss.

JELLINEK G., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002.

JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, p. 38.

KEYNES J.M., *The end of laissez-faire*, London, 1926 Hogarth Press

LAMARQUE E. (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni naionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione Europea dei Diritti Umani*, Torino, 2015.

LARICCIA S., *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2799 ss.

LEFEBVRE G., *La rivoluzione francese*, Torino, 1958.

LENER G., *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss.

LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato: una proposta di distinzione*, in LEUCADITO B. – PETROCCO G. (a cura di), *Giuristi della Sapienza. Questioni di filosofia del diritto*, Torino, 2015, p. 304 ss.

LICASTRO A., *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, <www.statoechiese.it>

LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LONARDO L., *Ordine pubblico*, in PERLINGIERI G. – F. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 317 ss.

LONG J., *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, I, p. 73 ss.

LONGO A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, p. 360.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Maternità surrogata e* best interest of the child, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1722 ss. (in part. p. 1727).

LUCCIOLI G., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020, p. 1 ss.

LUZZATI C., La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico, Milano, 1990.

MADDALENA P., *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, in <cortecostituzionale.it>

MAFFEIS D., *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999.

MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986.

MARELLA M.R. – MARINI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014.

MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica diritto privato*, 2007, p. 67 ss.

MARGUENAUD J.P., *L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation*, in *RTD Civ.*, 2018, cit. p. 847.

MARINI G. – MARELLA M.R., *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014.

MARTINO C., *In tema di differenza tra divorzio e ripudio per la delibazione della sentenza straniera di divorzio*, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 348.

MARTINO M., *Le Sezioni unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, II, p. 681 ss.

MASCIANGELO S., *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 1154 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede*, op. cit., p. 3 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica dir. privato*, 1986, I, p. 10 ss.

MERCIER P., *Conflits de civilisation et droit international privé: polygamie et repudiation*, Géneve, 1972.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, p. 118 ss.

MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.

MONATERI P.G., *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 ss.

MONTANARI M., *Saggio sulla filosofia politica di Benedetto Croce*, Milano 1987.

MONTEDURO M. – TOMMASI S. in PENNASILICO M. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Atti del Convegno – Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 192 ss.

MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 325.

MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 84.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 847 ss.

MOSCHELLA R., *Il negozio contrario a norme imperative*, in VASSALLI F. (a cura di), *Legislazione economica (1978-1979)*, Milano, 1981, p. 271 ss.

MOSCONI F. – CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e obbligazioni*, V ed., Torino, 2010, p. 262 ss.

NADDEO F., *Intelligenza artificiale: profili di responsabilità*, in *Comparazione e diritto civile*, 2020, p. 1141 ss.

NATOLI U., *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in AA. VV., *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, p. 249 ss.

NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965.

NAVARRETTA E., *La causa e la riforma del Code Civil*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 205 ss.

NAVARRETTA E., *sub art. 1343 – Della causa del contratto*, in *Commentario* (diretto da GABRIELLI E.), Torino, 2011, p. 666 ss.

NISTICÒ M., *Kafala islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafala nell'ordinamento islamico*, Relazione al Convegno annuale Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, <www.gruppodipisa.it>.

NIVARRA L., *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in NOGLER L. – NICOLUSSI A. (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, p. 159 ss.

NIVARRA L., *La Cassazione e il* punitive damage*: un mondo piccolo per grandi danni*, in NIVARRA L. (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, p. 5 ss.

NIVARRA L., voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto disc. priv.*, XII, 1995, p. 366 ss.

VERDICCHIO V., *Sulla illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1048 ss.

NUZZO M., voce *Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

ONCKEN A., *Die Maxime Laissez faire et laissez passer*, Bern, 1886.

ORLANDI M., *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. famiglia e delle persone*, 2005, p. 635 ss.

P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, c. 1960.

PAGLIANTINI S., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020.

PALADIN L., voce *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 130.

PALADINI L., *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte Cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p. 137 ss.

PALAIA N., *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974.

PALMERI G., *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same sex, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, I, p. 362 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Meritevoli e no:* claims made *senza rete*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1919 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 ss.

PANUNZIO S., *Principî generali del diritto fascista (contributo alla loro determinazione)*, in AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, op. cit., p. 1 ss.

PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.

PANZA G., voce *Ordine pubblico I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.

PASQUINO T., *Le clausole generali*, in MACARIO F. – PASQUINO T. (a cura di), *Il rischio del* running the business *giurisprudenziale*. *Atti del Convegno* (Trento, 22-23 maggio 2009), Milano, 2014, p. 1 ss.

PASSAGLIA P. (a cura di), *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, 2016, <www.cortecostituzionale.it>

PASSAGNOLI G., *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 100 ss. (in part., p. 106 ss.).

PASSAGNOLI G., *Note sull'*ordre public *dopo la riforma del* code civil, in *Persona e mercato*, 2017, p. 198 ss.

PATTI F.P., *«In pari causa turpitudinis», cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, vol. II, Napoli, 2018, p. 1537 ss.

PATTI S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale.*

PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

PEDRINI F., *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile online, 2009, p. 1 ss.

PEDRINI F., *Clausole generali e principi costituzionali*, in <www.forumcostituzionale.it>, 2015, p. 1 ss.

PEDRINI F., *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*.

PENNASILICO M., *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 840 ss.

PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

PERLINGIERI G., *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018.

PERLINGIERI G., *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss. (in part., p. 338).

PERLINGIERI G., *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss.

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2005.

PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 10 ss.

PERLINGIERI P. – FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., Napoli, 2004, p. 28 ss.

PERLINGIERI P. – FEMIA P., *Principi e clausole generali*, in PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2002.

PERLINGIERI P., *"Depatrimonializzazione" e diritto civile,* in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

PERLINGIERI P., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

PERLINGIERI P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.

PERLINGIERI P., *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 840 ss.

PERLINGIERI P., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in FEMIA P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, I e II ed., 1991.

PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

PERLINGIERI P., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridica*, Napoli, s.d. (ma 1972), p. 150 ss.

PERLINGIERI P., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 183 ss.

PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

PERLINGIERI P., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.

PERLINGIERI P., *Salvatore Pugliatti ed il "principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.

PETRONIO U., *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002.

PICARO R., *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1262 ss. (in part., p. 1271).

PIZZOLANTE G., *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2007, p. 947 ss.

PIZZORUSSO A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in SERRAO F. – PALADIN L. (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione. Atti del convegno tenuto a Trieste il 28 e 29 ottobre 1988*, Trieste, 1988, p. 49 ss.

POLI L., *Gestazione per altri e* stepchild adoption*: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale,* in *DPCE online*, 3/2006, p. 101.

PONZANELLI G., *Danni puntivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1461 ss.

PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 25 ss.

PONZANELLI G., *I* punitive damages *nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.

PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio (nota a Cass., 8 febbraio 2012, n.1781)*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 609 ss.

PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984.

PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1195 ss.

PONZANELLI G., *Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 837.

PROTETTÌ E., voce *Buon costume*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 593 ss.

PUGIOTTO A., *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 474 ss.

PUTORTÍ V., *Il divieto dei patti successori alla luce del regolamento UE 650/2012*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 845 ss.

RACHELI L., *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 891 ss.

RAPISARDI MIRABELLI A., *L'ordine pubblico nel diritto internazionale: saggio critico*, Catania, 1908.

RECINTO G., *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss.

REDOR M.J. (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux. Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruxelles, 2001.

RESCIGNO P. – PATTI S., *La genesi della sentenza*, Bologna, 2017.

RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in AA. VV., *Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio Romagnoli*, Milano, 2000, p. 1275 ss.

RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1-2.

RESCIGNO P., *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss.

RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in CABELLA PISU L. – NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali*, op. cit., p. 29 ss.

RESCIGNO P., *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971.

RESCIGNO P., *Persona e comunità*, vol. 1, Bologna, 1966.

RESCIGNO P., *Principi generali*, p. 117 ss. e PATTI S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, p. 171 ss.
Riv. dir. civ., 2010, II, p. 415 ss., con nota di ACHILLE D.
Rivista italiana per le scienze giuridiche, 2014, numero speciale.

RIZZUTI M., *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli 2016.

RIZZUTI M., *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 89 ss.

ROBLES M., *Rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 83 ss.

ROCCHINI Y., *La kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. imm. e citt.*, 2011, 2, 80 ss.

ROCCO A., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927.

RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1283.

RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche nella riforma del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in AA. VV., *Il principio di buona fede. Giornata di studio* (Pisa, 14 giugno 1985), Milano, 1987, p. 247 ss.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica diritto privato*, 1987, p. 709 ss.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

RODOTÀ S., *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in CABELLA PISU L. – NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell' argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Padova, 1998, p. 39 ss.

RODOTÀ S., *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'articolo 544 del 'code civil'*, in *Foro it.*, 1968.

RODOTÀ S., *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. mer.*, 1970, p. 105 ss.

ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato* (a cura di IUDICA G. e ZATTI P.), Milano, 2011, p. 383.

ROSELLI F., *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 667 ss.

ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.

ROSSI T., *I confini dell'ordine pubblico: la vicenda di un matrimonio* via skype, in PERLINGIERI G. – D'AMBROSIO G. (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Atti del Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Napoli, 2017, p. 466.

ROSSI T., *I confini dell'ordine pubblico: la vicenda di un matrimonio via skype*, in PERLINGIERI G. –D'AMBROSIO M. (a cura di), *Fonti, metodo, interpretazione*, op. cit., p. 466.

RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.* 2001, I, p. 581 ss.

SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

SALANITRO U., *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss.

SALANITRO U., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss.

SALERNO F., *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 29 ss. (in part., p. 48).

SALERNO F., *Principio del contraddittorio e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 67 ss. (in part., p. 86).

SALVATO L. (a cura di), *Profili del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale*, 2015, in <www.cortecostituzionale.it>.

SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503 ss.

SALVI G., *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1623 ss.

SANDULLI A.M., *La Costituente e la Costituzione italiana*, in *Storia e politica*, 1975, p. 99 ss.

SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Roma, 1925.

SANTORO-PASSARELLI G., *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile* (p. 335 ss.).

SARACENO C. – NALDINI M., *Sociologia della famiglia*, Bologna, 2013.

SCALISI V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.

SCHMITT C., *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933.

SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1933, p. 88 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso*, 2006, p. 153 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in MACARIO F. – PASQUINO T. (a

cura di), *Il rischio del* running, op. cit., p. 63 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO G. e F. SANTORO-PASSARELLI, II ed., Milano, 1966, p. 165.

SESTA M., *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 295 ss.

SIEYÈS E. J., *Il Terzo Stato*, Roma, 1972.

SIMONE R., *La responsabilità civile non è solo compensazione:* punitive damages *e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2630 ss.

SINAGRA A., *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 156 ss.

SIRENA P., *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 101 ss.

SIRENA P., *Il* discorso *di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss.

SOLIMANO S., *Verso il Code Napoléon. Il progetto del codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998.

SPIRITO U., *Il corporativismo. Dall'economia liberale al corporativismo. I fondamenti dell'economia corporativa. Capitalismo e corporativismo*, Firenze, 1970.

TARDIA I., *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 258 ss.

TARELLO G., *Le idee della codificazione*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 31 ss.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

TARUFFO M., *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali" di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, p. 328 ss.

TERLIZZI G., *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2014.

TERLIZZI G., *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 629 ss.

TEUBNER G., *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfürt, 1971.

TONIOLO G., *Economia dell'Italia fascista*, Bari, 1980.

TONOLO S., *Lo* status filiationis *da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 2, p. 61 ss.

TOSATO G., *I princìpi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche* (p. 401 ss.).

TOTI B., *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004.

TRABUCCHI A., voce *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 700 ss.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, p. 205 ss.

TUCCI A., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2016, II, p. 137 ss.

TURATI A. – BOTTAI G., *La Carta del Lavoro illustrata e commentata*, Roma, 1929.

VANIN O., *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, I. p. 1029 ss.

VELLUZZI V., *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2018, p. 19 ss.

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010

VENUTI M.C., *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il* best interest of the child *e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 2, p. 9.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VILLA G., *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19 ss., in part. p. 32 ss.

VIRGADAMO P., *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 347 ss.

WINKLER M., *Le Sezioni Unite sullo stato giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*

WINKLER M., *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 1137 ss.

XIV Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 9-11 maggio 2019.

ZANOBETTI A., *Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, II, p. 250 ss.

ELENCO DELLE DECISIONI

Giurisprudenza di Merito

App. Cagliari, 16 maggio 2008

App. Milano, 14 dicembre 1965

App. Milano, 17 dicembre 1991

App. Roma, 12 dicembre 2016

App. Roma, 27 maggio 1969

App. Roma, 29 ottobre 1948

App. Torino, 9 marzo 2006

App. Torino, 10 febbraio 1983

App. Torino, 13 novembre 1952

App. Torino, 18 aprile 2001

App. Trento, 23 febbraio 2017

App. Venezia, 16 luglio 2018

App. Venezia, 9 aprile 2015

Trib. Bologna, 12 marzo 2003

Trib. Firenze, 8 marzo 2017

Trib. Latina, 10 giugno 2005

Trib. Monza, 27 ottobre 1989

Trib. Roma, 21 marzo 1968

Trib. Varese, 13 novembre 2012

Giurisprudenza di Legittimità

Cass., 1° agosto 2012, n. 13794

Cass., 8 maggio 2019, n. 12193

Cass., 10 novembre 2015, n. 22950

Cass., 11 novembre 2014, n. 24001

Cass., 14 novembre 2005, n. 22932

Cass., 18 aprile 2013, n. 9483

Cass., 19 febbraio 1991, n. 1709

Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398

Cass., 22 giugno 2016, n. 12962

Cass., 27 maggio 1975, n. 2129

Cass., 30 luglio 2012, n. 13556

Cass., 5 aprile 1984, n. 2215

Cass., 8 maggio 2006, n. 10490

Cass., 6 dicembre 1985, n. 6128

Cass., 8 maggio 2019, n. 12193

Cass., 1° marzo 1983, n. 1539

Cass., 1° aprile 1993, n. 3907

Cass., 1° marzo 2019, n. 6161

Cass., 10 marzo 1995, n. 2788

Cass., 11 gennaio 1986, n. 102

Cass., 11 giugno 1981, n. 3777

Cass., 11 novembre 2014, n. 24001

Cass., 12 novembre 2104, n. 24159

Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928

Cass., 13 maggio 2004, n. 9141

Cass., 14 agosto 2020, n. 17170

Cass., 14 gennaio 1982, n. 228

Cass., 14 marzo 2018, n. 6252

Cass., 15 aprile 2009, n. 8941

Cass., 15 giugno 2017, n. 14878

Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748

Cass., 17 marzo 1955, n. 789

Cass., 17 settembre 2020, n. 19329

Cass., 18 aprile 2013, n. 9483

Cass., 18 luglio 2008, n. 19809

Cass., 18 luglio 2019, n. 19453

Cass., 19 dicembre 2001, n. 16026

Cass., 2 marzo 1999, n. 1739

Cass., 2 ottobre 2019, n. 590

Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343

Cass., 21 aprile 2010, n. 9441

Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713

Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122

Cass., 22 aprile 2020, n. 8029

Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084

Cass., 25 luglio 2016, n. 15343

Cass., 25 settembre 2019, n. 47135

Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014

Cass., 26 marzo 2018, n. 7426

Cass., 26 novembre 2004, n. 22332

Cass., 27 maggio 1971, n. 1574

Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631

Cass., 28 aprile 2017, n. 10509

Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984

Cass., 28 maggio 2004, n. 10378

Cass., 29 aprile 2020, n. 8325

Cass., 3 aprile 2018, n. 8169

Cass., 30 luglio 2012, n. 13556

Cass., 30 settembre 2016, n. 19599

Cass., 31 maggio 2018, n. 14007

Cass., 4 giugno 2012, n. 8926

Cass., 4 marzo 1992

Cass., 5 agosto 2020, n. 16706

Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881

Cass., 5 luglio 2017, n. 16601

Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288

Cass., 7 maggio 1992, n. 5421

Cass., 8 luglio 1977, n. 349

Cass., 8 ottobre 2020, n. 21696

Cass., 9 ottobre 2020, n. 21850

Cass., 11 novembre 2019, n. 29071

Cass., 17 luglio 2014, n. 16379

Cass., 1° ottobre 1982, n. 5026

Cass., 11 luglio 2018, n. 18287

Cass., 15 maggio 2019, n. 12193

Cass., 17 luglio 2014, n. 16380

Cass., 20 luglio 1988, n. 4700

Cass., 5 luglio 2011, n. 14650

Cass., 5 luglio 2017, n. 16601

Cass., 7 luglio 1993, n. 7447

Cass., 8 gennaio 1981, n. 189

Cass., 11 luglio 2019, n. 18680

Cass., 15 febbraio 1974, n. 2959

Cass., 28 marzo 1984, n. 2052

Giurisprudenza Amministrativa

TAR, Emilia-Romagna, 14 dicembre 1994, n. 962

Cons. Stato, 22 febbraio 2018, n. 1109

Giurisprudenza Costituzionale

Corte Cost., 3 dicembre 1969, n. 147

Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162

Corte Cost., 13 dicembre 1991, n. 450

Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138

Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126

Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18

Corte Cost., 22 gennaio 1992, n. 1

Corte Cost., 22 gennaio 2015, n. 3

Corte Cost., 22 ottobre 1996, n. 356

Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221

Corte Cost., 30 marzo 1995, n. 94

Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230

Corte Cost., 5 gennaio 1977, n. 1

Corte Cost., 27 gennaio 2006, n. 28

Corte Cost., 28 novembre 1994, n. 410

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte EDU, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia

Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk c. Governo Austria*

Corte EDU, 10 aprile 2019, G.C., *avis consultatif*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-372/16

Corte Giust. UE, 5 giugno 2018, causa C-673/16

Giurisprudenza straniera

Corte federale tedesca, 14 dicembre 2014

Cour de Cassation, 3 gennaio 1980

Cour de Cassation, 17 aprile 1953