

Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa *

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: *Primera parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su fuente.—I. El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones.—II. El Code civil.—III. La interpretación doctrinal.—IV. El principio de orden público: 1. Diversas interpretaciones doctrinales.—2. a) Dirección positivista.—3. b) Dirección extrapositiva.—V. La noción de las buenas costumbres: 1. Diversas interpretaciones doctrinales.—2. a) Dirección positivista.—3. b) Dirección sociológica.—4. c) Dirección normativa.—VI. Relación entre las nociones de orden público y buenas costumbres: 1. a) Posición monista.—2. b) Posición dualista.—*Segunda parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su función.—I. La función del orden público y de las buenas costumbres.—II. Sistematización doctrinal.—*Tercera parte:* Delimitación de las nociones de orden público y buenas costumbres a través de su sanción.—I. Nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres.—II. La regla "nemo auditur".—III. Argumentos a favor y en contra de la máxima "nemo auditur": 1. Argumentos positivos y extrapositivos.—2. El debate en torno a los textos legales.—3. La denegación de repetición por el carácter aleatorio del contrato inmoral.—4. El argumento en torno a la derogación de la máxima por el Código.—5. El argumento en torno a la dignidad de la Magistratura.—6. El debate en torno a la función preventiva de la sanción a la inmoralidad.—7. La cuestión de la injusticia de los efectos de la máxima. *Conclusión:* A) Desde el punto de vista de la fuente. B) Desde el punto de vista de la función.—C) Desde el punto de vista de la sanción.—D) Actualidad del tema.—E) Tendencia actual a la moralización del Derecho.—*Bibliografía:* A) Monografías sobre las nociones de orden público y buenas costumbres.—B) Estudios especiales sobre la regla "nemo auditur".

* Trabajo realizado en Francia con la ayuda de la Fundación Juan March a la cual expresamos nuestra gratitud.

PRIMERA PARTE

DELIMITACION DE LAS NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVES DE SU FUENTE

I. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITACIONES

El Código civil francés, y a su imagen y semejanza muchos de los que siguieron sus huellas en el pasado siglo, concibieron el ámbito de la contratación privada como el producto del libre concierto de los intereses particulares de los individuos, que, por tanto, podían estructurar como tuviesen por conveniente. Fue así consagrado en las legislaciones decimonónicas el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual de fuerte arraigo en el Derecho privado de impronta romanista. Nuestro siglo, en cambio, dominado por fuertes corrientes antiindividualistas tiende a reducir cada vez más el campo de la autonomía individual dentro del Derecho privado, afirmándose ahora, frente al antiguo principio de la libertad contractual, el del dirigismo jurídico, que da lugar a importantes problemas al producirse el choque de principios tan antitéticos en numerosas legislaciones civiles que partiendo de aquella autonomía han tenido ahora que implantar este dirigismo contractual, problemas propios de toda época de crisis y transición. Pero no tratamos en el presente estudio de esa crisis, sino de los límites, que pudiéramos denominar normales, del principio de la autonomía de la voluntad dentro del sistema consagrado en la codificación civil del pasado siglo.

En efecto, si bien el Código francés dió acogida al sistema de libre contratación privada, también impuso ciertos límites al mismo. Aquel principio lo consagra dicho Código al afirmar de forma solemne que "las convenciones legalmente establecidas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho" (art. 1.134). Estas limitaciones se contienen en diversos textos que vamos a enumerar, y se concretan en la ley, el orden público y las buenas costumbres. Pero ¿qué se entiende por estas dos últimas limitaciones? El Código no lo ha dicho, dando lugar su silencio a serias dificultades y controversias. Veamos dichos textos y su interpretación doctrinal, para tratar de contestar a esa doble pregunta, precisando el concepto de orden público y buenas costumbres.

II. EL CODE CIVIL

El Código francés declaró al final de su título preliminar en el artículo 6, que "no cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres". Este principio fundamental marca los límites de la autonomía privada, cuya importancia para el legislador se ve bien claramente por el lugar de su emplazamiento, formando parte del título preliminar del Código. Este precepto sirve de contrapeso de aquel otro al que viene a limitar, que

consagra el principio opuesto, el de la autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1.134, ya mencionado.

Pero el Código francés contiene, asimismo, a lo largo de su articulado, otros preceptos que reiteran los límites a la autonomía de la voluntad, si bien se observan importantes diferencias en la redacción de dichos textos. Entre ellos es especialmente importante el artículo 1.133, que al tratar de la causa de la obligación expresa que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público". En materia de actos a título gratuito dispone el artículo 900 que "en toda disposición inter vivos o testamentaria, las condiciones imposibles, las que serian contrarias a las leyes o a las costumbres, serán reputadas no escritas". También con referencia a la condición, al tratar de la obligación condicional se dispone que "toda condición de una cosa imposible, o contraria a las buenas costumbres, o prohibida por la ley, es nula, y hace nula la convención que de ella dependa" (art. 1.172). A propósito del matrimonio y de sus capitulaciones matrimoniales, se prescribe también que "la ley no regula la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes, más que a falta de convenciones especiales, que los esposos pueden hacer como tengan por conveniente, con tal que no sean contrarias a las buenas costumbres..." (art. 1.387).

Estos son los principales textos legales que el Código francés contiene con referencia a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, en el sentido aquí estudiadas; pero tales textos ofrecen notorias diferencias, cuya interpretación ha dado lugar a muy diversas opiniones doctrinales, como vamos a exponer seguidamente.

III. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Antes de entrar en el examen detallado de las diversas posiciones doctrinales respecto a la interpretación de los textos legales anteriormente transcritos, podemos desde ahora indicar una doble dirección doctrinal a este respecto, una de carácter positivo y otra extrapositiva, según se exija o no, respectivamente, la consagración o recepción de los principios de orden público y buenas costumbres en el propio texto legal.

Por otra parte, conviene anotar también previamente que la doctrina francesa está igualmente dividida en dos direcciones, según sustente la existencia de un principio único delimitador de la autonomía de la voluntad, comprensivo del llamado orden público y de las buenas costumbres, o bien defienda una doble regla limitadora, constituida separadamente por ambos principios del orden público y de las buenas costumbres como nociones perfectamente diferenciadas.

Estas vacilaciones de la doctrina francesa se deben, de una parte, al fundamental texto del artículo 6, base inicial de la dirección positiva en torno a las nociones del orden público y buenas costumbres; de otra, a la propia vaguedad de estas mismas nociones, unánimemente recono-

cida; además de tales causas, afloran las diversas concepciones filosóficas a este problema, influyendo en la solución propugnada.

A pesar de esta divergencia doctrinal para entender los límites que el derecho privado francés impone a la autonomía volitiva, expon-dremos para mayor claridad sistemática estas nociones partiendo de la existencia de un doble principio, el del orden público y el de las buenas costumbres, aunque ya se desprende de lo expuesto que para un sector doctrinal no es válida esta doble categoría limitadora.

IV. EL PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO

1. Diversas interpretaciones doctrinales.—En la doctrina francesa contemporánea es seguramente el punto central de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, la noción de orden público. Pero ya hemos dicho que mientras unos limitan su existencia al exigir su recepción legislativa, otros, en cambio, amplían el ámbito de esta noción al incluir en ella la de las buenas costumbres. Nos ocupamos ahora de la primera cuestión, dejando la segunda para después que hayamos expuesto ambas nociones de orden público y buenas costumbres.

En cuanto a la concepción del orden público, la doctrina francesa está dividida, a nuestro juicio, en dos tendencias que podemos agrupar del siguiente modo:

- a) Dirección positiva (declaración legislativa).
- b) Dirección extrapositiva (declaración judicial).

2. a) Dirección positivista.—Ya nos hemos referido antes a esta tendencia, viendo que una parte, de la doctrina francesa piensa que las reglas de orden público han de traducirse en leyes, por lo que se habla, según los autores partidarios de la misma, más bien que del orden público, de las leyes de orden público. Pero después de anotar esta primera característica del orden público, según esta dirección doctrinal, es decir su *legalidad*, es preciso ver más detalladamente qué entienden por leyes de orden público.

Para la escuela exegética, leyes de orden público son precisamente las leyes imperativas (o imperativas y prohibitivas), es decir, aquellas que no pueden ser derogadas por los particulares. Así DURANTON dice que “las leyes son imperativas, prohibitivas o facultativas; por consecuencia los ciudadanos no pueden, por convenciones particulares, derogar a las de las dos primeras clases, por ser leyes que interesan el orden público, respecto a las que hay siempre obligación de observar sus preceptos. Todo lo que ofendería las buenas costumbres, está, por la misma razón, severamente proscrito” (1).

La posición de los comentaristas del pasado siglo en este problema es perfectamente congruente con su sumisión y acatamiento a la ley, que les valió la denominación ya consagrada de escuela exegética; pero es menos lógica y, por tanto, más significativa la posición de ciertos

(1) DURANTON, *Cours de droit français suivant l'ordre du Code*, t. I, número 109, 2.ª ed.

autores de nuestros días que todavía quieren restringir el dominio del orden público a las leyes imperativas. Así HEMARD afirma que la violación del orden público tiene su fuente en la ley (2).

Esta necesaria consagración legislativa del orden público viene, como vemos, a identificar esta noción con la de la ley imperativa, es decir, inderogable por los particulares dado su preeminente fin de interés general. Sin embargo, no han faltado autores que han pretendido establecer una *distinción entre ley imperativa y orden público*, pensando que el campo de acción de aquélla pueda exceder de la tutela de los intereses generales. Así el ilustre civilista CAPITANT afirma que “las leyes imperativas de derecho privado o bien son leyes de orden público o bien leyes de protección de intereses privados” (3). Este segundo grupo de leyes imperativas estaría constituido, según dicho civilista, por las que tienden a proteger a los incapaces contra sus propios actos o, en general, las que miran a proteger a cualquier individuo contra el perjuicio que un acto podría causarle en ciertas circunstancias (4).

Esta no coincidencia de ámbito de la ley imperativa con la noción de orden público se encuentra también proclamada por otro ilustre civilista belga, DE PAGE, alegando que aunque la distinción en leyes imperativas y supletivas es interesante a los efectos de precisar la noción de orden público, “no es más que *indicativa*, y en el fondo ha de rechazarse, de una parte, porque las fórmulas que indican la sanción (bajo pena de nulidad, no obstante cualquier convención contraria) no existen siempre; de otra parte, porque en ciertas leyes contemporáneas estas fórmulas existen sin que pueda por ello concluirse que la ley sea de orden público” (5); añadiendo que si la distinción en leyes imperativas y supletivas de la voluntad puede ser útil para la determinación del carácter de orden público o no de una regla, no constituye en definitiva un criterio seguro, principalmente “si se entiende deducir el carácter imperativo de una ley del hecho de que ella imponga sus soluciones bajo pena de nulidad o, sobre todo, no obstante cualquier cláusula o convención contraria. Veremos, en efecto, que ciertas leyes contemporáneas que modifican el Código civil usan, en numerosas ocasiones, estas expresiones. Y, sin embargo, no son incontestablemente leyes de orden público, porque, de una parte, no tienen por fin más que proteger *intereses privados*, y de otra, la razón de las disposiciones impuestas, “no obstante cualesquiera cláusulas contrarias”, parece ser sobre todo, al análisis, la necesidad de proteger mejor la *voluntad* de uno de los contratantes que se encuentra en una situación de inferioridad económica o social frente al otro” (6).

En el mismo sentido diferenciador de la ley imperativa y el orden público realiza un interesante esfuerzo MALAURIE, quien después de ponderar la dificultad de definir la noción de orden público, indicando,

(2) HEMARD, *Precis, cit.*, I, núm. 264.

(3) CAPITANT, *Introducción*, núm. 26.

(4) CAPITANT, *Introducción*, núm. 26.

(5) DE PAGE, I, núm. 91.

(6) DE PAGE, I, núm. 91 bis, letra B.

a modo de idea general, que mira a reconocer una fuerza mayor a una fuente o a una regla de Derecho, expone, que “el orden público no podría, por ejemplo, ser identificado con la ley imperativa, en la cual ni el objeto, ni el método, ni los caracteres, ni la sanción son necesariamente de orden público. Este tiene por objeto hacer triunfar los intereses generales de la sociedad sobre los intereses particulares, mientras que la ley imperativa puede mirar a proteger un interés privado”, continuando, en fino análisis, las diferencias que, desde el punto de vista del método, caracteres y sanción separan a las leyes imperativas de la noción de orden público, como después veremos con más detalle (7).

En los anteriores ensayos para precisar las diferencias entre ley imperativa y orden público, late en el fondo una coincidencia a pesar de los diversos puntos de partida, coincidencia según la cual el ámbito de la ley imperativa es mayor que el del orden público, porque aquélla puede tender a proteger no solamente intereses generales del Estado o colectividad, sino también intereses meramente privados, en tanto que el orden público vela por los intereses generales, bien sean los estrictamente estatales, bien sean, como señala DE PAGE, aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad. Parece, pues, que puede señalarse una diferencia fundamental entre ambas nociones, que se concretaría en la exclusión de la defensa de intereses meramente privados, particulares, del campo de acción de la noción de orden público. La defensa de esos intereses se realizaría a través de leyes imperativas.

Así diferenciadas estas nociones, queda todavía la duda de si es que la protección de esos intereses particulares, como los relativos a los incapaces, no es en sí misma de interés general y, por tanto, de orden público. ¿No interesa a la sociedad la protección de tales incapaces? Esta objeción no podía escapar a los propios autores que proponen la anterior distinción. Y así CAPITANT se hace cargo de la misma, afirmando que, en efecto, es de orden público el principio de protección a los incapaces, pero establece la ulterior distinción, apoyándose en anterior observación de PILLET (8), de que “es el principio de protección sólo el que es de orden público. En cuanto al modo de organización de esa protección, en cuanto a las disposiciones positivas establecidas por la ley, son, ante todo, medidas de protección de intereses privados” (9).

Hay que rechazar esta discriminación como basada en una falsa concepción del interés general; los ilustres autores citados, CAPITANT y DE PAGE, sin duda parten de una delimitación de la finalidad pública o privada de las leyes, por referencia al sujeto; ley de interés general sería entonces tan sólo aquélla que mira a la organización estatal o social, mientras que las que atañen al particular serían leyes

(7) MALAURIE, *Ordre public (Repertoire de droit civil Dalloz)*, núm. 1.

(8) PILLET, *De l'ordre public en droit int. privé* (París 1899, pág. 34).

(9) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 26, pág. 59, nota 1.

de interés privado. Pero si en principio este punto de vista subjetivo es útil, no puede desconocerse que la protección de ciertos intereses privados (por referirse a particulares) afecta de modo sustancial a todo el organismo social; así sucede con la protección de incapaces ya reconocido de interés público desde el Derecho romano (recuérdese, por ejemplo, la protección del fundo dotal) y, además, de otras instituciones tradicionales (p. ej., la prescripción), muy acusadamente en el Derecho moderno, con el llamado Derecho social (10).

Creemos, por tanto, que toda ley imperativa vela por el interés general, bien sea el directamente estatal o el que afecta a la sociedad como tal, por la especial importancia que ésta concede a determinados intereses privados.

Dentro, pues, de esta dirección definitoria del orden público por su recepción legal, nos parece más lógica la identificación del orden público con el ámbito de las leyes imperativas. Y en este sentido es congruente la definición de HEMARD según el que "el orden público consiste en el conjunto de las reglas establecidas por el legislador en el *interés vital de la sociedad*" (11).

Pero según esta dirección legalista todavía surge otro problema, a saber, ¿cómo reconocer el carácter imperativo de una norma legal? Tradicionalmente se ha entendido que las leyes imperativas eran aquellas inderogables. Pero la dificultad surge entonces en el caso de que la propia ley no exprese la imposibilidad de derogarla.

Evidentemente que si el propio legislador expresa el carácter imperativo de la norma, en Derecho positivo habrá desaparecido esta cuestión, pero lo más frecuente es que la ley guarde silencio respecto a su propio carácter imperativo, al menos por lo que se refiere a las normas comprendidas en las codificaciones civiles, y en esta hipótesis es preciso encontrar el criterio externo a la propia ley, que nos permita descubrir la posibilidad o imposibilidad de su derogación por los particulares. Algunos autores franceses acuden para ello a la división del Derecho en público y privado, identificando así las normas imperativas con las del Derecho público. Se invoca en apoyo de esta identificación aquellos textos de la jurisprudencia romana en que se habla de la inderogabilidad del Derecho público por los pactos o convenios de los particulares (*privatorum conventio iuri publico non derogat et cetera*) (12). Conforme a este criterio, el orden público dominaría en el ámbito del Derecho público, mientras que la autonomía de la voluntad no encontraría límites en el Derecho privado (13).

Sin embargo, ni está admitido unánimemente que los fragmentos

(10) Véase en la doctrina española BAYÓN CHACÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo* (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho Histórico Español). Madrid 1955.

(11) HEMARD, I, núm. 265. V. también: CAPITANT, *Introduction* cit., números 27 y 28 y *Repertoire de droit civil Dalloz, Ordre public*, núm. 1.

(12) D. 50, 17, 45.

(13) V. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois*, París 1899.

de los jurisconsultos romanos alusivos a la inderogabilidad del Derecho público empleen esta expresión en el sentido de la distinción entre Derecho público y privado definida en el célebre texto de ULPIANO (14), ni, por otra parte, con independencia de esta cuestión romanista cabe restringir la aplicación y limitación que el principio del orden público impone al campo del Derecho público, ya que son numerosas las materias del Derecho privado que han de ser respetadas por los particulares sin posibilidad de alteración o derogación, como acontece en muchos aspectos del Derecho de familia, como sin duda fue ya reconocido por los mismos romanos (15).

Otra teoría ha pretendido delimitar las leyes imperativas de orden público por referencia a su carácter extrapatrimonial; teoría que, sustentada por ANGLAVE en el pasado siglo, y recogida recientemente por MARMION, viene con razón rechazada, pues también entre las materias de carácter patrimonial juega muchas veces el interés general y, por tanto, el orden público (16).

Vemos, pues, que, aparte la propia dificultad de delimitar el concepto de ley imperativa, para esta dirección legalista que exponemos, el orden público no se impone como límite a la autonomía de la voluntad más que por el cauce de su recepción legislativa a través de una ley imperativa, es decir, inderogable.

3. b) Dirección extrapositiva.—Generalmente la doctrina francesa moderna admite la existencia de un principio limitador de la autonomía de la voluntad aun fuera de todo texto legal. El orden público, según esto, vela por el interés general limitando toda voluntad privada que pugne con éste, aunque el supuesto de que se trate no esté previsto en una ley imperativa. El juez decidirá cuándo debe intervenir el principio de orden público.

Pero si el juez puede limitar la voluntad privada sin el apoyo de un texto legal, ¿en qué criterio se inspirará para defender esa vaga noción del orden público? ¿Cómo concretar el interés general?

Según JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, hay que confiar al juez la determinación del orden público, señalando el criterio que ha de seguir el mismo en este punto del siguiente modo: "es el juez el que habrá de decidir sobre toda esta materia. Es imposible no reconocerle este poder. La base individualista de la doctrina clásica es, en efecto, muy estrecha. El derecho es, ante todo, ciencia social; su fin no puede ser la exaltación del individuo, sino la paz social, es decir el equilibrio entre los individuos, el orden en el seno de la sociedad. En interés mismo de este equilibrio el Derecho reconoce un valor a la voluntad individual, a los contratos, por ejemplo...; fuera de los cauces previstos en la ley es preciso reconocer al juez, situado frente a los hechos

(14) V., por ejemplo, RUGGIERO, *Inst. de der. civ.*, trad. esp. I, 48; en contra JÖRS-KUNKEL, *Derecho romano*, trad. esp., pág. 78.

(15) V. en este sentido, por ej., FERRARA, *Trattato*, págs. 71 y ss.

(16) ANGLAVE, *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile* (París 1868); MARMION, *Etude sur le lois d'ordre public en droit civil interne* (París 1924).

de cada clase, el poder de estimar si las necesidades sociales deben oponerse a lo que han querido los individuos; estas necesidades son variables y múltiples y es imposible precisarlas de modo neto y rígido. Sin duda se corre el peligro de la arbitrariedad, pero es inevitable". pero, añade, "el juez no es libre de aplicar o no a su antojo la noción del orden público; no debe tener una concepción personal, puramente subjetiva del orden público. En realidad nuestra jurisprudencia encuentra la base de sus decisiones en estas materias en los elementos objetivos, sea en los textos en vigor, sea en el espíritu que resulta del conjunto de la legislación, sea en las tendencias generales de la opinión y la observación de los hechos económicos y sociales" (17).

SIMON también mantiene la tesis de que no es la ley, sino el juez el que ha poner en práctica la noción de orden público, afirmando que "el elemento legal ve decrecer su importancia, a pesar y puede que a causa de la *inflación* legislativa, en la elaboración de reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas. Es, por tanto, al magistrado al que incumbe la misión de determinar los caracteres específicos de la noción de Derecho y de asegurar su aplicación bajo el nombre del orden público; la noción de orden público pertenece al dominio de la interpretación judicial; el juez —miembro de un grupo social determinado— tendrá, sin dejarse llevar por las oscilaciones de la opinión pública, conciencia de los caracteres esenciales de la noción del Derecho tal y como aparece en su grupo; puede decirse que tendrá el sentido innato del Derecho de su país y del espíritu de ese Derecho, del orden público" (18).

V. NOCIÓN DE LAS BUENAS COSTUMBRES

1. Diversas interpretaciones doctrinales.—También frente a la noción de buenas costumbres se plantea un problema análogo al de la delimitación del concepto de orden público porque tampoco la ley, al referirse a estas limitaciones, las define. Es más, dado el texto del artículo 6, también aquí se produce una primera interpretación restrictiva que propugna la necesidad de la recepción legislativa de las buenas costumbres. Fuera de esa tendencia, podemos descubrir en la doctrina francesa dos direcciones extrapositivas, una de inclinación sociológica, la otra normativa. Exponemos, por tanto, las siguientes tendencias para delimitar la noción de buenas costumbres en la doctrina francesa:

- a) Dirección positivista (ley).
- b) Dirección extrapositiva sociológica (conciencia colectiva).
- c) Dirección extrapositiva normativa (moral).

2. a) Dirección positivista.—Esta orientación, análogamente a lo que ocurre respecto a la noción del orden público, va estrechamente ligada a la escuela exegetica. Dada la exaltación del valor de la ley

(17) *Etudes Capitant*, pág. 388.

(18) SIMON, *L'ordre public en droit privé*, pág. 336.

según los exégetas en el pasado siglo, resulta evidente que las buenas costumbres a que el Código alude, o han de ser una noción desvaída y de escasa importancia, o han de estar expresamente sancionadas en cada caso concreto por la ley misma. Y, en efecto, estas posiciones son las mantenidas por la escuela exegética frente a la noción de las buenas costumbres. Las grandes figuras de la escuela exegética o bien indican que lo que constituye un límite de libertad de contratación no son directamente las buenas costumbres, sino tan sólo las leyes que las sancionan, o apenas si formulan vagas referencias a dicha noción de las buenas costumbres (18 bis).

Encontramos, sin embargo, un ensayo más definido de precisar las buenas costumbres, ya en el declive de los exégetas, en HUC, quien cree consisten en los "hábitos adquiridos por el bien en tanto en cuanto están protegidos o determinados por la ley positiva" (19). Según este autor, la ley positiva entendería proteger, a través de sus disposiciones, los siguientes hábitos o costumbres:

1.º En relación con la concepción de la familia, el matrimonio, reprobando, por el contrario, el concubinato. Se deduciría este principio del trato inferior concedido por la ley al hijo natural frente al legítimo.

2.º En relación con la moral, el decoro público. Se deduce este principio de los textos que sancionan el ultraje al pudor.

3.º Respecto al empleo de la propia fortuna, se protegería su buen empleo, como hay que deducir de las disposiciones que incapacitan al pródigo, prohíben los juegos de azar, apuestas, etc.

4.º Los principios triunfantes en la Revolución francesa.

5.º Respecto a la contratación, los principios de la buena fe y de la libertad, como lo demostrarían los textos que reprimen el dolo y la violencia y aseguran la libertad de comercio e industria.

Esta enumeración de Huc sería cerrada, limitativa, como corresponde a las ideas exegéticas del jurista, con lo cual nos encontramos siempre en la órbita de la ley. Solamente lo que el legislador ha dado a entender que protegía, constituyen las buenas costumbres aludidas por la propia ley. Por tanto, aunque, aparentemente, el sistema de las cinco proposiciones de Huc representa una innovación, nada fundamental, sin embargo, aporta en relación con los anteriores comentaristas, pues si bien parece precisar más la noción de las buenas costumbres, sigue siendo vaga dentro de esos grandes principios que enumera. Y por otra parte, no se comprende que si el legislador quería referirse a esos principios concretamente no los hubiese enunciado directamente (20). Sin duda con buen criterio, el sistema de Huc apenas ha tenido resonancia en la doctrina.

(18 bis) V. más referencias a los exégetas en SAIGET, ob. cit., págs. 39 y s.

(19) Huc, *Comentaire théorique et pratique du Cod. civ.*, I, núm. 194.

(20) V. una detallada crítica a Huc, en la tesis de SIOUFI, *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites* (París 1925). Puede verse alguna referencia en el libro de SAIGET, pág. 46 y s.

Y si en vez del testimonio de uno de los comentaristas de la primera época buscamos otros más recientes, nos dirá BAUDRY LACANTINERIE, en su famoso Tratado, pleno de actualidad aún, que es necesaria la consagración legislativa de las reglas morales que integran las buenas costumbres, tanto porque así lo impone la letra de la ley como porque, en caso contrario, "la libertad de los ciudadanos estaría demasiado amenazada, si el juez, extendiendo excesivamente, con el pretexto de consideraciones morales, la esfera del Derecho, pudiese siempre invalidar sus actos, como contrarios a las buenas costumbres, sí no a las leyes" (21).

3. b) Dirección sociológica.—La concepción legalista de las limitaciones a la autonomía privada, predominante entre los juristas de la escuela exegética, tiende a ser abandonada, sustituyéndola otra más amplia, análogamente a como vimos sucede respecto al orden público, interpretando conjuntamente el artículo 6 del Código francés con aquellos otros que contienen una referencia a las buenas costumbres como limitación distinta a la ley. En este sentido, dice ESMEIN que "a veces se ha dicho que el artículo 6 solamente se contrae a los convenios contrarios a la ley escrita. Pero si comparamos con aquél el artículo 1.133, que declara ilícita la causa cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público, forzoso es aceptar que, en el lenguaje del Código, las leyes de orden público, así como las reglas morales, comprenden leyes no escritas" (22).

Pero si no es la ley la que aplica a los supuestos concretos la noción de las buenas costumbres, ¿quién tendrá a su cargo esa misión? Evidentemente, el juez es el que únicamente, fuera del legislador, podrá hacerlo, pero ¿conforme a qué criterio definir un acto como conforme o contrario a las buenas costumbres? Para la escuela sociológica la aplicación de las buenas costumbres como límite de la autonomía privada habrá de partir de una regla deducida de la propia observación de los hechos sociales. Veamos cómo se expresan algunos eminentes juristas de este campo.

Según DEMOGUE, "son inmorales los contratos que son contrarios a las buenas costumbres. Estas no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos y la opinión corriente. Esta opinión contribuye, pues, a constituir el Derecho sobre puntos importantes. Es creadora. Así el Derecho se constituye y se modifica lentamente según el pensamiento general del público. Y el acto será nulo si contraviene a las buenas costumbres, sin que haya de examinar si su autor ha visto que obraba en contra del sentimiento común. Serán, en cambio, válidos, actos en sí mismo reprobables, si la opinión pública no los condena" (23).

(21) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Personnes*, I, núm. 269 bis.

(22) ESMEIN, en el *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 225, nota 2 de la trad. esp. (Nota 1 de la pág. 278 de la 2.^a ed. francesa). Vid. también en el mismo sentido: JULIOT DE LA MORANDIERE, *Precis de droit civil*, II, núm. 102 (Petits Précis Dalloz, 9.^a ed. París 1950).

(23) DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, núm. 773 bis.

Sigue también esta dirección sociológica SAVATIER, según el cual "la cuestión de saber si una obligación o, lo que es igual, la convención que le da nacimiento, presenta un carácter inmoral, es una cuestión de hecho, que debe resolverse según el método indicado. No habiéndose adoptado universalmente ninguna filosofía, ni habiéndose reconocido universalmente ninguna fe religiosa, no es posible hoy hacer de la moral una determinación absoluta y racional que sea aceptada por todos, debiendo contentarnos, desgraciadamente, con una determinación relativa y experimental. La moral será lo que la conciencia media de la nación considere como tal. Sobre esta conciencia media contemporánea deberá guiarse el jurista para declarar que una convención es o no contraria a las buenas costumbres" (24).

También se inspira en una concepción sociológica RAYNAL, para quien las buenas costumbres no se confunden con la moral en el sentido del Código; para el Código las buenas costumbres "no consideran al hombre formando parte de una sociedad; por tanto, el respeto a la ley, a la organización social... no forman parte de las buenas costumbres. Las buenas costumbres consideran al hombre como individuo, como tal hombre; comprenden las reglas de vida que aseguran el respeto a su dignidad" (25). Ahora bien, afirma este autor, la apreciación de cuándo una convención es contraria a las buenas costumbres es discrecional del juez; la moral varía según los tiempos y lugares, pero en toda época se forma una conciencia general de donde nace una moral pública; en esta *vox populi* se inspirará el magistrado, pero "en los puntos en que la moral parezca en evolución podrá dirigirse en el sentido de esta evolución. El magistrado no es un creador de sistemas morales; puede, sin embargo, ser el auxiliar de las transformaciones de la conciencia humana" (26).

También SALEILLES se inclina hacia esta postura sociológica, creyendo que en la referencia del legislador a las buenas costumbres "el tipo de moralidad que el juez deberá tomar como medida de apreciación no es un ideal de moralidad filosófica; será, en cierta medida, lo que las costumbres, tomadas en su concepción de la honestidad, admitan como el mínimum de moralidad necesaria en las transacciones privadas. Todo lo que esté por debajo de este mínimum será un atentado a las buenas costumbres" (27). Y en otro lugar manifiesta también que "el juez no tiene el derecho de hacer aplicación concreta de las ideas de justicia absoluta que pueda sugerirle un ideal de derecho natural abstracto, más que si estas concepciones han encontrado ya una objetividad exterior a él y susceptible de imperativo jurídico; si por un método experimental análogo a los procedimientos de constatación legal, que es el primero de sus deberes, el juez encuentra, fuera de él,

(24) SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral* (th. París 1916, página 347 y s.).

(25) RAYNAL, *Etude sur les conventions immorales* (th. París 1900, pág. 90 s.).

(26) RAYNAL, *loc. cit.*, nota anterior, pág. 98.

(27) SALEILLES, *De la declaration de volonté*, nueva tirada, París 1929, página 262, artículo 138, núm. 27.

los elementos del imperativo jurídico, que él no tiene más que constatar y aplicar, para no salirse de su función, que es declarar el derecho, o sea, constatar el derecho y hacerlo respetar” (28).

La tesis sociológica ha sido censurada atacando los propios puntos de partida. En este sentido, SIOUFI resume el punto de vista sociológico sobre las buenas costumbres en las tres proposiciones siguientes: 1.^a, la primera encierra la afirmación de que todos los sistemas de moral son relativos; 2.^a, la segunda alega que todas las concepciones morales del pasado revisten un carácter empírico y que no eran ni son más que la expresión de aspiraciones místicas o sentimentales del ambiente; 3.^a, en fin, que sólo el método sociológico promete la elaboración de una moral racional que sabrá reivindicar exclusivamente el privilegio de ser científica, y como corolario, cree poder afirmar que en ciertas circunstancias la moral así elaborada podría estar o llegar a estar en oposición con lo que se llama el sentimiento general o las ideas recibidas (29).

Resumidas así las tres proposiciones en que se apoya la tesis sociológica de las buenas costumbres, el citado autor inicia su crítica afirmando que no es posible aceptar que la moral haya de seguir el ejemplo de las ciencias físicas emancipándose de toda consideración religiosa o metafísica (LEVY-BRUHL), ya que, dice SIOUFI, “sería temerario tratar de establecer un paralelismo entre las manifestaciones de la vida física y las de la vida moral. Para poder hacer tal comparación sería preciso establecer la analogía entre la naturaleza física y la naturaleza humana”. En cuanto a que no existe una sola moral, añale, esta afirmación no prueba más que en unos sitios o épocas la moral es más conocida, igual que ciertas verdades físicas se han ignorado a veces, como aconteció en tiempos de Galileo, y además hay que tener en cuenta los diversos grados de civilización. Por otra parte, dice SIOUFI, para la escuela sociológica, al ser relativa la moral, habría que precisar los datos por los cuales se encontraría la fuente de la moral en una determinada época y en cada país, ya que, según LEVY-BRUHL, la moral de una sociedad es el producto de las aspiraciones sociales que nacen en el seno de esta sociedad y de las circunstancias propias de la misma; pues bien, esta premisa sociológica no es admisible históricamente, según SIOUFI, pues, por ejemplo, el cristianismo no cabe concebirlo como producto del medio social, ya que “el medio social era totalmente hostil a los principios nuevos, habiendo tenido que hacerlo por sí mismos los que lo han propagado y al precio de su sangre”, añadiendo que “la moral en esta época, lejos de haber sido el producto de las aspiraciones del medio, fue su adversaria más irreductible...; así, la moral cristiana se revela, no como ex-

(28) SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, Rev. trim. 1902, pág. 105; véase también pág. 108 donde indica la manera de concebir la conciencia jurídica colectiva, a la que en defecto de ley, podrá acudir el juez.

(29) SIOUFI, *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites* (th. París 1925, pág. 263).

presión de la voluntad común, sino como un sistema coordinado y teórico destinado a imponerse a ella”.

Alega también SIOUFI que “la regla moral, según este sistema sociológico, se encontraría siempre a merced de la voluntad de la mayoría; por tanto, en vez de buscar el carácter moral de un acto según su misma esencia, no se tiene en cuenta más que la frecuencia de su aplicación; y así, un mismo hecho traspasa ese límite mágico y deja como por encanto el hábito del vicio para revestir la capa inmaculada de la virtud”; resultaría según esto, análogamente, que una enfermedad, mientras se da en casos aislados es peligrosa, pero si se transforma en epidemia pierde su virulencia para ser normal e inofensiva (30).

TCHAVDAROFF, en otra tesis doctoral, rechaza igualmente el sistema sociológico de determinación de las buenas costumbres, defendiendo, como después veremos, la tesis de la moral absoluta (31).

Los peligros que resultan de la concepción sociológica son bien evidentes y han sido puestos también de relieve por ESMEIN, que se pregunta: “Si el juez ha de atenerse a la opinión dominante en el país en que juzga, ¿cómo determinará esta opinión? ¿Habría una especie de referéndum por una observación de los hechos, que le será, desde luego, imposible practicar de modo completo? El resultado sería tal vez la consagración de prácticas inmorales, toleradas o, incluso, favorecidas por la gran mayoría. El juez no debe seguir a la masa, cuando manifiestamente se extravía, sino, por el contrario, dirigirla, no haciendo prevalecer concepciones personales aisladas, sino apoyándose en la opinión de los elementos sanos de la población, guardianes de una tradición ya probada” (32).

De las objeciones que se formulan en las anteriores palabras por ESMEIN, creemos tiene un valor más profundo la segunda. Ese referéndum a que se alude es, desde luego, impracticable, pero también es realmente innecesario para conocer la existencia de una determinada costumbre predominante en un país y época determinados, por parte del juez. Este puede conocer esa opinión común fácilmente, por lo mismo que se trata de una costumbre extendida y practicada por la mayoría. No creemos, pues, que se trate de una verdadera dificultad. Pero, en cambio, sí nos parece certera la otra objeción. Conocida una determinada costumbre muy difundida, ¿basta este hecho para convertirla en norma? Nos encontramos frente a un hondo problema, que trasciende en realidad los límites de este trabajo, para alcanzar al tema de la creación del Derecho y del método jurídico. Por otra parte, ya en otra ocasión, hace años, impugnábamos las posiciones sociológicas en ese problema de la originación e interpretación del Derecho,

(30) SIOUFI, *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites* (th. París 1925, págs. 69 a 88).

(31) TCHAVDAROFF, *De la notion des bonnes moeurs* (th. Toulouse 1927, página 138).

(32) ESMEIN, en el *Traité de Planiol y Ripert*, VI, núm. 229 (2.ª ed.).

criterio que ahora hemos de mantener (33). No cabe aceptar el imperio de los meros hechos sociales como normatividad jurídica.

Como dice, acertadamente, RIPERT, “el recurso a una concepción sociológica de las buenas costumbres testimonia simplemente el gran temor de los juristas de ver imponerse la regla moral en el mundo jurídico, y revelarse superior a la ley civil, puesto que jugaría un papel normativo y rompería los contratos que reuniesen todas las condiciones puestas por la ley civil” (34).

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha sabido resistir a la sugestión de la moda sociológica, sabiendo, como dice con frase certera el propio RIPERT, que los Tribunales “son censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga la justicia”; añadiendo que “maravilla ver en una sociedad en que la relajación, el juego, la corrupción, la especulación, el enriquecimiento injusto, son considerados con indulgencia por la opinión pública, que los Tribunales no toleren que tales móviles puedan inspirar convenciones válidas” (35).

4. *c*) Dirección normativa.—Frente a la concepción sociológica de las buenas costumbres, vemos alzarse esta otra concepción moral mantenida destacadamente por RIPERT en obras que han alcanzado una difusión bien merecida, como la titulada “La regla moral en las obligaciones civiles”. Pero aun dentro de esta dirección moral se plantean dudas sobre el contenido de la moral que deberá definir las buenas costumbres. Podemos considerar que hay dos corrientes dentro de esta dirección, según que se aluda a la llamada *moral social*, deducida de la opinión predominante en un país, o, por el contrario, se aluda a la *moral religiosa*.

Entre los partidarios de la moral social figura CAPITANT, quien afirma que la delimitación del dominio de las buenas costumbres “es una cuestión de apreciación que el juez resolverá inspirándose en lo que se ha llamado justamente la moral consuetudinaria, es decir, las reglas de conducta que acepta la conciencia general de un país” (36).

Igualmente, DE PAGE estima que las buenas costumbres no están identificadas con la moral religiosa, sino integradas por la llamada moral consuetudinaria, queriendo eliminar así toda incertidumbre sobre las diversas concepciones de la moral, así como la aplicación de cualquier moral confesional, como contraria a la libertad de conciencia (37). En esta dirección se encuentra también GORPHE, quien partiendo de una concepción extralegal del orden público y las buenas costumbres, por considerar que su papel “es precisamente completar lo que escapa a la ley, para dar criterios bastante comprensivos de lo

(33) V. nuestro Discurso de inauguración del año académico 1946-47, en el Centro de Estudios Universitarios: El Derecho natural y la moderna metodología, esp., pág. 21 (publicado por dicho Centro, Madrid 1946).

(34) RIPERT, *La regle morale cit.*, núm. 39, pág. 78, 3.^a ed.

(35) RIPERT, *La regle cit.*, núm. 39, pág. 78.

(36) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 33, pág. 65.

(37) DE PAGE, I, núm. 92.

que debe ser juzgado ilícito”, considera que “el carácter moral de este criterio impide definirlo en términos jurídicos. La jurisprudencia se contenta con determinarlo en relación con cada supuesto de aplicación. La doctrina se refiere bastante vagamente a las reglas de la moral corriente o comúnmente admitidas. La concepción de las buenas costumbres es esencialmente relativa a un país y a una época, por consecuencia variable con la evolución, de las costumbres y de las ideas; concluye que los Tribunales son, pues, árbitros en su apreciación, como cuestión de hecho, pero que en esa apreciación “deben inspirarse menos en la opinión de la masa que en las normas admitidas por un cierto nivel de ciudadanos como base de la vida social”. “Esta noción —añade— constituye un recurso a las reglas no escritas de la moral social para suplir a la insuficiencia de las reglas jurídicas y permitir a los Tribunales, juzgando en equidad, negar efectos a los convenios relativos a actos verdaderamente reprobables” (38).

Por el contrario, la otra tendencia quiere identificar las buenas costumbres a que el legislador se remite, no con una moral social variable en cada lugar y época, sino, más concretamente, con la moral religiosa cristiana. Hacia esta dirección se orienta RIPERT, que es la figura más representativa de esta tendencia en Francia, cuya crítica de la teoría sociológica ya hemos expuesto. Defiende el ideal moral como noción de las buenas costumbres por encima de las dificultades que en algún caso puedan existir, afirmando que “los Tribunales que se encontraban en presencia de hechos, y ante los que desfilaban seres movidos por motivos lamentablemente viles, tenían el deber de mantener la regla que largos siglos de moral cristiana han impuesto a la sociedad y que ellos están encargados de defender”, añadiendo más adelante que “la vieja ley moral nos da reglas que nadie puede negar ni transgredir sin ser culpable. Esta ley, los jueces la conocen y la practican ellos mismos. Cuanto más la hagan respetar, más progresará la idea del derecho (39). También en las últimas ediciones del Tratado elemental de PLANIOL, debidas al mismo RIPERT y BOULANGER, se lee lo siguiente: “En realidad, la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, como en los países de Europa y América, es el cristianismo el que ha impuesto una cierta moral. Las reglas de esta moral son seguidas por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez constata su existencia y no tiene que pronunciarse sobre su fundamento. Cuando constata que la convención de las partes quiere crear un vínculo jurídico que sería contrario a las reglas de la moral o permitiría infringir una de estas reglas, debe anular la convención como contraria a las buenas costumbres” (40).

A conclusiones muy próximas llega ESMEIN, al decir que “es cierto

(38) GORPHE, *Bonnes moeurs*, en *Repertoire de droit civil Dalloz*, t. I, número 1, 2 y 6, pág. 491.

(39) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3.^a ed., París 1935, número 39, pág. 79 y núm. 206, pág. 430.

(40) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité cl.*, II, núm. 109.

que las reglas morales seguidas en las sociedades humanas no son inmutables. Sobre puntos fundamentales ha habido y hay entre las diversas sociedades divergencias considerables de opinión: por ejemplo, sobre las condiciones de las relaciones sexuales, sobre la honestidad en las ventas y relaciones comerciales, sobre el juego". "Pero hay —añade— en las sociedades de civilización europea un cuerpo común de doctrina moral, tomado de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas" (41).

STOUFI, después de criticar la tesis sociológica en los términos ya expuestos, defiende igualmente la teoría de la moral absoluta afirmando que "dada la invariabilidad de la naturaleza humana, según demuestra la experiencia y la historia, así como la existencia de una naturaleza espiritual, idéntica en todos los seres humanos, debe haber una moral absoluta, es decir, un conjunto de reglas de conducta, siempre las mismas en sus principios superiores, las cuales podrán sin duda descartarse, pero jamás sin inconvenientes"; como consecuencia de este sistema que propugna este autor, "quiere ver establecida la regla moral independientemente del capricho y de la voluntad adversa del medio ambiente", añadiendo que "el juez será el intérprete del ideal moral tal y como su fuero interno lo concibe, en lugar de interpretar maquinalmente un pretendido sentimiento general" (42).

Por su parte, TCHAVDAROFF afirma que "el problema de los límites del poder contractual reposa sobre consideraciones de orden ideal. Así propugnamos la necesidad de un idealismo jurídico en la apreciación de los actos en relación con las buenas costumbres...; el juez debe inspirarse en un ideal moral... escuchará la ley moral que reina en la sociedad... no dudamos en poner en primer plano, como medio de investigación, la propia conciencia moral, iluminada y perfeccionada por el ideal moral", añadiendo también "que no es la opinión pública la que revelará este ideal; no es que rechacemos que la opinión pública pueda revelar este ideal; no es que rechacemos que la opinión pública ejerza una cierta influencia sobre los jueces... pero lo esencial es que el juez no toma los elementos de su solución exclusivamente en el sentimiento general, en la opinión pública. Esta no puede guiarlo y él no debe buscarla para aplicarla como un principio absoluto"; deberá el juez, dice este autor, tener en cuenta el estado social para ver las posibilidades sociales, pero el juez no debe seguir ciega-gente el sentimiento popular "debe quedar siempre por encima de la opinión pública para guiarla y no para someterse a ella"; de este forma el derecho y la moral se penetran íntimamente (43).

SALGET también defiende con numerosos argumentos la teoría normativa moral afirmando que el criterio para descubrir el concepto de las buenas costumbres a que alude el Código no puede encontrarse en

(41) ESMEIN EN PLANTOL y RIPERT, *Traité pratique*, VI, núm. 229.

(42) STOUFI, *loc. cit.*, pág. 142 s.

(43) TCHAVDAROFF, *De la notion des bonnes moeurs* (th. Toulouse 1927, pág. 139 s.).

un catálogo que resultaría siempre incompleto o anticuado, sino que, por el contrario, "el criterio está solamente en la moral cristiana, aunque hay que tener en cuenta no confundir los preceptos morales consagrados por la Religión Católica con otras reglas, igualmente de la religión, pero procedentes de otro título, como, por ejemplo, las reglas de organización del matrimonio. Ni éstas ni otras análogas entran en la noción jurídica de las buenas costumbres, por una doble razón. De una parte, porque no son reglas de la moral. De otra, porque el Derecho francés posee a este respecto principios legislativos que se imponen al juez, como formando parte de otros compartimientos del orden público" (44).

VI. RELACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

Al hablar de la noción de orden público vimos cómo, según algunos juristas, comprende no solamente lo que afecta a los intereses generales del Estado, sino también a las bases morales, sobre las que reposa la sociedad. Y como las buenas costumbres se identifican, según una de las posiciones que hemos examinado, con la moral, podemos preguntarnos si, en realidad, se trata de dos nociones diferentes o, por el contrario, existe una relación estrecha entre ambas, hasta el punto de que una de ellas esté comprendida en la otra, y en este caso cuál de ellas, como de contenido más amplio, absorberá a la otra.

La doctrina francesa en este punto tampoco es unánime, pudiendo distinguirse una posición monista y otra dualista.

1. *a) Posición monista.*—Podemos considerar como opinión predominante la que estima que la noción de las buenas costumbres forma parte del principio de orden público, que, como más amplio, comprende también a aquélla. El orden público, según esta posición, expresa no sólo las bases generales del Estado, sino también las bases morales en que descansa la estructura social. En este sentido se expresan destacados autores, posición seguida también en bastantes tesis doctorales; citamos algunos de estos autores:

En el célebre "Tratado elemental de Derecho civil", de PLANIOL, en las reediciones hechas por RIPERT y BOULANGER, se escribe que "el respeto a la moral entra, a decir verdad, en el del orden público" (45). También el ilustre decano JULIOT DE LA MORANDIÈRE afirma que "entre las reglas de orden público hay que colocar las que interesan a las buenas costumbres, es decir, las reglas de la moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad" (46).

(44) SAIGET, *Le contrat immoral* (París 1939, pág. 392).

(45) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, II, núm. 109.

(46) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Precis cit.*, II, núm. 100, pág. 52.

En otro trabajo afirma también este autor que "la noción de las buenas costumbres es bastante vaga y se presta a controversias. Se la encuentra en Derecho penal con referencia a la moral sexual. En Derecho civil tiene un significado más general, sirve para combatir numerosas convenciones no conformes a

SIMON, al tratar del concepto del orden público, plantea su relación con el de buenas costumbres, examinando varias posiciones diferenciadoras y adoptando en definitiva su identificación por considerar que el orden público es el género y las buenas costumbres la especie. es decir, un aspecto parcial de aquél, estimando que si bien cabe pensar que estando comprendidas las buenas costumbres en el orden público, podía evitarse su referencia en los Códigos, se trata de una objeción puramente técnica (47).

También SAIGET considera las buenas costumbres como formando parte del orden público, y así, dice, "para comprender bien la función de la noción de las buenas costumbres es preciso representarla como compuesta de reglas de moral integradas en el Derecho, hasta el punto de formar una parte del orden público, distinta de las otras en cuanto a noción y de origen completamente diferente, pero que se encuentra, cuando se trata de su aplicación, en concurrencia continua con las otras reglas de organización social. Es por esto por lo que las variaciones de estas últimas son tomadas a veces como una transformación de las buenas costumbres" (48).

MALAUURIE, por su parte, si bien reconociendo que existen diferencias teóricas entre las dos nociones, ya que "el orden público es un principio abstracto, mientras que las buenas costumbres son una realidad puramente experimental", afirma que "no se puede establecer distinciones técnicas entre ellas"; considera que las buenas costumbres ejercen una función complementaria del orden público, que sirve para aclararlo: "son los faros que iluminan los valores representados por el orden público", pero concluyendo que "es necesario identificar el orden público y las buenas costumbres" (49).

En la reciente obra de MARTY y RAYNAUD, también se sigue esta posición unitaria, afirmándose que las buenas costumbres "es una noción difícilmente separable del orden público, del cual expresa en realidad una de sus exigencias, en particular en lo que concierne a las relaciones sexuales" (50).

Con esta posición monista no hay que confundir la postura de algunos Códigos y de un sector doctrinal que niegan la noción del orden público, aceptando, en cambio, la de las buenas costumbres, tal y como acontece en el Código alemán y entre los juristas franceses con SALEILLES.

la moral o a la honestidad tradicionales. No se distingue esencialmente, a nuestro juicio del orden público; nuestra organización social no reposa solamente sobre reglas morales, que no han sido expresamente integradas en las leyes, sino que impregnan nuestra civilización y forman parte del orden que la inspira" (*Etudes CAPITANT*, pág. 390, nota 6).

(47) SIMON, *L'ordre public en droit privé*, pág. 280 s.

(48) SAIGET, pág. 393; más ampliamente págs. 171 a 175.

(49) MALAUURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953, núms. 30, 34 y 35.

(50) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, núm. 99, pág. 163 y s. (París 1956).

Igual posición se sigue en la obra también reciente de los MAZEAUD, para quienes "la noción de las buenas costumbres es un aspecto particular del orden público" (MAZEAUD, Henri, Leon y Jean: *Leçons de droit civil*, pág. 2, núm. 118, pág. 93).

2. b) *Posición dualista*.—Dentro de la posición dualista que trata de diferenciar el orden público y las buenas costumbres, hay que distinguir a su vez, según la noción que previamente se haya adoptado en cuanto al orden público, pues aun coincidiendo en su diferenciación con las buenas costumbres, es distinto el sentido de la misma si se sigue la dirección legalista del orden público o si se acepta una dirección extrapositiva.

Dentro de la dirección legalista trata de establecer una clara separación entre las buenas costumbres y el orden público, HEMARD, quien dice que “el carácter ilícito de un acto puede depender bien de su ilegalidad (atentado al orden público), bien de su inmoralidad (atentado a las buenas costumbres). Todo acto ilegal o inmoral es ilícito; un acto ilícito no es necesariamente ilegal, puede ser inmoral. El interés de la distinción entre el orden público y las buenas costumbres aparece desde el punto de vista de sus fuentes y de su sanción por el Tribunal de Casación. En cuanto a sus *fuentes*, los casos en que el orden público es atacado resultan de la ley; aquellos en que las buenas costumbres son violadas, de la observación de la vida social, esto es, de los hechos”; estimando, en cuanto a la *sanción*, que mientras el orden público, derivado de la ley, está sometido, como cuestión de derecho, al control de la casación, en cambio las buenas costumbres, como cuestión de hecho, escapan a ese control (51).

Esta distinción, que pretende establecerse con toda nitidez, entre dichas nociones circunscribe el orden público a los textos legales y se basa en la tesis sociológica de las buenas costumbres. Otros establecen la distinción entre orden público y buenas costumbres partiendo de una concepción no sociológica de éstas. Así, en el Curso de Derecho civil de COLIN y CAPITANT se define el orden público por referencia al interés general del Estado y las buenas costumbres por referencia a la moral (52). Parece, pues, que dentro de esta posición quedan separados ambos conceptos por la respectiva órbita del derecho y la moral.

Esta posición dualista no resulta contradicha por la postura de la jurisprudencia que a veces tiende a aproximar ambas nociones de orden público y buenas costumbres, anulando muchas convenciones como contrarias a la vez a ambos principios, pues efectivamente una convención puede contrariar simultáneamente ambos límites de la autonomía

(51) HEMARD, *Precis cit.*, I, núm. 264.

(52) COLIN y CAPITANT, *Curso cit.*, I, págs. 171 y s. 3.^a ed. esp.; sin embargo obsérvese la variación introducida en el concepto de buenas costumbres en esta obra a partir de la 7.^a edición francesa, en que se sigue el concepto de la moral social. GENY también acepta esta posición dualista afirmando que la noción de las buenas costumbres “parece indispensable todavía para traducir ciertos aspectos esenciales e imperativos de la jurisprudencia positiva”; aplica las nociones morales, al contrario que la noción de orden público que evoca la idea de “consideraciones superiores, dominando la organización misma de la sociedad humana” (*Science et Technique*, III, pág. 481).

de la voluntad, sin que ello implique confusión o identificación entre los mismos (53).

S E G U N D A P A R T E

DELIMITACION DE LAS NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVES DE SU FUNCION

I. LA FUNCION DEL ORDEN PÚBLICO Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES

Las discrepancias doctrinales en torno a la fuente de determinación del orden público y de las buenas costumbres que hemos examinado anteriormente se reflejan también en la fijación de su función.

Exponemos a continuación algunos criterios que nos pueden suministrar una idea de la variedad de matices con que se explica la función de dichas nociones.

SIMON, al investigar el contenido del orden público, rechaza las teorías que le atribuyen un contenido material, como hacen MERLIN, DEMOLOMBE, LAROMBIÈRE y LAURENT, para quienes el orden público es la organización social, lo contrario a la anarquía, materializando así esta noción. SIMON rechaza esta concepción por falsa (pues a veces los Tribunales aplican la noción de orden público sin que esté comprometida la paz social) y por inútil (ya que esta función es de suyo la misión propia del Derecho) (p. 231).

Para SIMON, el orden público es "la noción de Derecho tal y como ha sido comprendida en una sociedad, o más exactamente, que el orden público está constituido por los caracteres específicos del Derecho en un grupo social dado" (p. 252). Rechaza este autor la posible objeción de que el orden público se confunda con el Derecho mismo, porque no se trata de éste, sino del Derecho, tal y como se comprende en un grupo social determinado (p. 253). "El orden público es un orden intelectual, moral que en Roma como en la época actual expresa los caracteres específicos de la noción de Derecho, los cuales forman por tanto su contenido. Partiendo de esta idea se ha podido concluir que la ley escrita no estaba llamada a juzgar ningún papel en la realización práctica de esta noción; la función del orden público en el dominio legislativo es inexistente" (p. 335). "El elemento legal ve decrecer su importancia, a pesar y puede que a causa de *inflación* legislativa, en la elaboración de reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas. Es, por tanto, al magistrado a quien incumbe la misión de determinar los caracteres específicos de la noción de Derecho y de asegurar su aplicación, bajo el nombre del orden público; la noción de orden público pertenece al dominio de la interpretación judicial; el juez, miembro de un grupo social determinado, tendrá, sin dejarse llevar por las oscilaciones de la opinión pública, conciencia de los ca-

(53) Sobre la posición de la jurisprudencia francesa en este punto SAIGET, páginas 171 y s.

racteres esenciales de la noción de Derecho, tal y como aparece en su grupo; puede decirse que tendrá el sentido imato del Derecho de su país y del espíritu de ese Derecho, del orden público" (p. 336) (1).

Para CLAPS-LIENHART, "el orden público es para las naciones lo que el orden natural es para el hombre: un instinto de conservación y de crecimiento" (p. 233). "El orden público es una tendencia hacia un equilibrio que, apenas se logra, se destruye: equilibrio entre las concepciones nacionales de lo Eterno y de lo Temporal" (p. 234). Sintetiza este autor su pensamiento definiendo el orden público como "ley de vida que se impone a las naciones y que impulsa a esas naciones hacia un máximo de vida, en lo material y espiritual, según las características de cada nación y según las circunstancias" (p. 230) (2).

Según PASCANU, el orden público equivale al orden jurídico, es la propia lucha por el Derecho que se libra tanto en el Parlamento como en los Tribunales. "Sociológicamente, la noción de orden público traduce la realización, el contenido, del orden jurídico, que no es más que la forma" (p. 9). "Hablar de orden público en Derecho civil significa sin duda hablar de un conflicto entre la ley y el individuo; pero hay que hablar también de la actividad continua que exige la realización de un plan. Hay que asignar un lugar a la resistencia de los hechos a la ley y también a los cambios del espíritu de la ley" (p. 10). "No se trata de una posición estática a fotografiar, sino de un movimiento que filmar" (p. 11). "La lucha por el Derecho ha sido realizada en nombre del orden público" (p. 170). "El juez es el árbitro de la lucha por el Derecho" (p. 197). "Como árbitro, el juez fija constantemente el contenido de esta noción" (p. 199) (3).

Según LOUIS-LUCAS, la función del orden público es "agrupar esta serie variable de exigencias de Derecho que cada época conoce y que son como la mentalidad de una civilización" (p. 156). En el orden público "debemos esperar encontrar una traducción de la moral en el Derecho; pero una traducción un poco lejana, que es también una adaptación porque es por un intermediario —la sociedad— como se obtiene esa reacción. Es la combinación de estas influencias —moralidad general e interés colectivo— lo que condiciona el orden público, el cual es una conveniencia y una conveniencia social. Es una conveniencia porque busca la justicia privada, aportando a ella la idea de licitud que moraliza la actividad de las partes. Es una conveniencia social porque esta moralización se extiende desde estos intereses privados a los intereses generales de los terceros y, en fin, a los intereses colectivos de la sociedad entera. Así el orden público puede ser descompuesto en una cierta licitud y en una cierta solidaridad. Pero no son dos ideas heterogéneas agrupadas bajo un mismo concepto: son dos

(1) SIMON, *L'ordre public*.

(2) CLAPS-LIENHART, *L'ordre public*.

(3) PASCANU, *La notion d'ordre public*, Paris 1937.

aspectos de un solo tema central: el poder del orden tal y como se deriva de la organización social legítima" (p. 158) (4).

En opinión de SAIGET, "de una manera general, se puede decir que el Derecho francés interno considera formado el orden público por un conjunto de reglas y de principios cuya violación implicaría atentado a la buena organización social. ¿Las buenas costumbres entran en esta categoría? A nuestro juicio, es así. He aquí la razón: el fin del Derecho es la armonía social, el fin de la moral, el perfeccionamiento individual. Pero hay ciertas reglas de moral que el derecho se apropia y se integra. ¿Por qué obra así? Porque considera que la observación de esas reglas es necesaria, indispensable a la armonía social. Su violación, por consecuencia, será de tal naturaleza que implicará un atentado al buen orden. Concluimos que cuando los Tribunales aplican una regla moral, la transforman así en una regla de Derecho, haciendo una máxima de orden público. Creemos deber afirmar, por consecuencia, que la noción de buenas costumbres no es y no puede ser más que uno de los compartimientos de la noción más vasta de orden público" (5).

En el tratado de COLIN y CAPITANT se definen las buenas costumbres por referencia a la moral, como ya dijimos, incluso fuera de toda disposición formal, y en cuanto al orden público, destacando su mayor dificultad de precisión, se afirma que "el orden público es el orden en el Estado, es decir, una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado. Todas las leyes de Derecho público son, por consiguiente, de orden público, incluso, naturalmente, las leyes de Derecho penal. Pero, además, en la misma legislación civil, aunque en principio no se refiera ésta más que a la reglamentación de intereses particulares, se encuentran numerosas disposiciones tocantes al orden público, porque las reglas que contienen parecen indispensables al mantenimiento de la seguridad, de la moral públicas, al de las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, a la comodidad de sus relaciones económicas. Estas disposiciones, referentes no sólo al interés de ciertos individuos, sino al interés general, deben permanecer intangibles. No puede depender de la voluntad de los particulares negarles su aplicación" (6).

Según RAYNAL, "el orden público es sinónimo de organización social. El mantenimiento del orden público que preocupa al legislador, no es más que el de las instituciones que según él forman las bases actualmente necesarias para la estructura de la sociedad". Por tanto, es fácil distinguir los contratos contrarios al orden público y buenas costumbres: "cuando la convención sea de tal naturaleza que implique un atentado a una institución que en nuestro estado social actual forme parte del edificio social, será contraria al orden público" (por ej., convención contra los derechos políticos, o la institución del matrimo-

(4) LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, Dijon 1918.

(5) SAIGET, 172.

(6) COLIN y CAPITANT, I, 162, 2.^a ed. trad. esp.

nio, etc.). "Por el contrario, la convención no será contraria a las buenas costumbres más que si, abstracción hecha de la organización social actual, puede parecer todavía como censurable" (por ej., contratos sobre concubinato si no existiese el matrimonio, sino la unión libre; el pacto por el que una mujer se obligase a entregarse por un precio no iría contra el orden público, pero sí contra las buenas costumbres) (7).

Para CAPITANT, según vimos, las leyes imperativas no son necesariamente leyes de orden público, pues comprenden también leyes de protección de intereses privados. Ahora bien, las leyes de orden público, que son desde luego inderogables, las delimita por referencia al propio concepto de éste. Según este ilustre autor "se puede definir el orden público como el orden del Estado, es decir, la armonía de las instituciones que son indispensables al ejercicio y al funcionamiento del Estado. La palabra orden público indica, en efecto, la idea de una disposición lógica, de una subordinación que da al conjunto la unidad y la vida" (8). En cuanto a las buenas costumbres, afirma que esta noción se une estrechamente a la de orden público; "todo atentado a las buenas costumbres compromete al orden social por el desorden que causa, por el peligro de la imitación y debe ser cuidadosamente reprimido" (9).

En la reciente obra de MAZEAUD, al tratar de las atenuaciones al principio de la autonomía de la voluntad, inspiradas en la defensa social, se dice que "si hay que afirmar en principio que la voluntad es libre de obrar en el dominio jurídico, no debe, sin embargo, ir contra una ley imperativa, una disposición de orden público. Hay una barrera que los redactores del Código civil habían ya opuesto a la voluntad autónoma: artículo 6"; indicando que "con la socialización del derecho las leyes imperativas se han multiplicado", citando diversos ejemplos; "en todas estas materias —añade— es el orden social el que el legislador entiende proteger contra la autonomía de la voluntad" (10).

Y en la misma obra, expresando más concretamente estas nociones, se dice que "los redactores del Código civil han opuesto a la libertad de las partes el orden público y las buenas costumbres, guardándose de definir estas nociones. Incluían en el orden público las cuestiones referentes a la organización del Estado y a la forma de gobierno, las que interesan a la familia, la libertad y el estado de las personas. Lo que quisieron, ante todo, prevenir era un retorno a las concepciones del antiguo régimen, a la división de la nación en clases, al sistema feudal, a la desigualdad entre los herederos"; en cuanto a "la noción de las buenas costumbres es un aspecto particular del orden público". Y al estudiar el objeto del contrato se expresa que "la evolución social

(7) RAYNAL, 87.

(8) CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, 5.^a ed., París 1927, número 27, pág. 61.

(9) CAPITANT, *Introduction cit.*, núm. 33, pág. 65.

(10) MAZEAUD (Henri, León y Jean), *Leçons de droit civil*, I, núm. 265, página 289.

tiende a multiplicar las disposiciones de orden público; el legislador dicta reglas imperativas cada vez más numerosas, y más tribunales revelan la existencia de reglas de orden público incluso en ausencia de un texto especial" (11).

En otra obra reciente de MARTY y RAYNAUD, afirman que "todas las leyes imperativas no son necesariamente leyes que interesen al orden público y las buenas costumbres", aunque éstas constituyen una parte muy importante de las leyes imperativas, y que hay que evitar confundir estas nociones de orden público y buenas costumbres con nociones mucho más amplias, como el orden, la justicia y el bien común en la sociedad; y a modo de definición indican que "el orden público no es más que lo que es considerado como indispensable al mantenimiento de la organización social. Y en cuanto a las buenas costumbres, es una noción que en derecho expresa un mínimo de moralidad igualmente considerado como exigible en la vida social. Es una noción difícilmente separable del orden público, del cual expresa en realidad una de sus exigencias, en particular en lo que concierne a las relaciones sexuales" (12).

II. SISTEMATIZACIÓN DOCTRINAL

En las opiniones doctrinales expuestas, representativas de las más variadas tendencias sobre la función del orden público y buenas costumbres, podemos encontrar la base para una sistemática de teorías, si bien sea difícil a veces la clasificación de algunas opiniones.

A nuestro juicio, podemos agrupar tres tendencias en cuanto a la función que se asigna al orden público, que pudiéramos calificar, una como jurídico-general; otra, como social-material, y otra, finalmente, como jurídico-fundamental, advirtiendo, desde luego, lo convencional de estas denominaciones.

Entendemos por sistema jurídico-general aquel que asigna a las nociones de orden público y buenas costumbres una función tan genérica en el mundo del Derecho que fácilmente se confunde con la propia función de éste, sin que, por tanto, estas nociones aporten ningún nuevo criterio ni utilidad en el estudio de los problemas del Derecho.

La teoría que hemos denominado social-material asigna, por el contrario, una función específica a las referidas nociones de orden público y buenas costumbres, consistente en garantizar el orden material en la vida social, esto es, de servir de salvaguardia a la paz social. Este modo de entender la función de dichos conceptos los materializa excesivamente, pues aunque la primaria función del orden jurídico sea ese mínimo de estabilidad social sin el cual no cabe la vida jurídica, el orden jurídico persigue metas más elevadas, sin que dicho mantenimiento del equilibrio social, así entendido y materializado, pueda representar el papel tan amplio e importante que las nociones que estu-

(11) MAZEAUD (Henri, León y Jean), *Leçons de droit civil*, t. II, núm. 118, siguiente, pág. 93 y núm. 245, pág. 196.

(12) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, núm. 99, págs. 163 y s. (París 1956).

diamos representan en el mundo jurídico. Resulta, pues, esta tendencia insuficiente para caracterizar la función de dichas nociones.

Finalmente, el criterio que llamamos jurídico-fundamental se orienta hacia los fines más elevados del orden jurídico, sin confundirse con éste porque tan sólo mira a preservar las instituciones fundamentales del Estado. Se asigna así, pues, al orden público y a las buenas costumbres la función de servir de guardianes de esas instituciones básicas que no pueden quedar al arbitrio de la voluntad privada ni ser desconocidas sin menoscabo de lo más importante del orden jurídico.

Indudablemente que la doctrina francesa contemporánea se orienta, como puede verse en el elenco de opiniones doctrinales transcritas, hacia esta última postura, acertadamente, siendo excepcional la defensa de alguna de las otras opiniones o teorías que acabamos de indicar.

TERCERA PARTE

DELIMITACIONES DE LAS NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES A TRAVÉS DE SU SANCION

I. NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LAS NORMAS IMPERATIVAS AL ORDEN PÚBLICO Y A LAS BUENAS COSTUMBRES

El carácter más acusado de las normas imperativas es el de su inderogabilidad, esencial a su propia naturaleza y, por consecuencia, la sanción correspondiente a las mismas debe ser la nulidad de los actos que las infrinjan, nulidad de carácter absoluto, insanable.

En cuanto a los principios de orden público y buenas costumbres, están elevados por el legislador al propio rango de la ley imperativa y, por tanto, deben tener igual sanción los actos que impliquen su violación.

En el Derecho francés la nulidad absoluta, radical, tiene lugar, entre otros casos, por la infracción de normas de orden público y buenas costumbres, según resulta de diversos preceptos, ante todo el artículo 6.º, que ya fué estudiado, así como el artículo 1.108, que exige para la validez de la obligación, entre otros requisitos, una causa lícita. La misma exigencia de una causa lícita se reitera en el artículo 1.131, a cuyo tenor "la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o en una causa ilícita, no puede producir ningún efecto".

Con dichos preceptos hay que poner en relación el fundamental artículo 1.133, que nos revela las diversas fuentes de ilicitud de la causa al disponer que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público".

Así, pues, los actos cuya causa sea contraria al orden público y a las buenas costumbres no pueden crear obligaciones válidas (art. 1.108) ni producir, por tanto, ningún efecto (art. 1.131), en virtud de la ilicitud de su causa (art. 1.133).

No es objeto de este estudio analizar la nulidad resultante de la infracción de las normas de orden público y buenas costumbres, tema

que requiere un estudio independiente; hemos de señalar solamente que el efecto de tal nulidad afecta no sólo al futuro del acto anulado, sino también al pasado, procediendo la recíproca restitución de lo ejecutado por consecuencia del acto. Sin embargo, en esta materia de la restitución de lo ya recibido para la completa y retroactiva anulación del acto contrario al orden público o buenas costumbres, tiene lugar una importante restricción que rige respecto a las obligaciones inmorales en virtud de una máxima de gran abolengo jurídico: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

II. LA REGLA "NEMO AUDITUR"

La máxima expresa la imposibilidad de repetir aquello que se entregó voluntariamente en cumplimiento de una obligación inmoral, significando, por tanto, una profunda excepción a la acción de repetición procedente en las obligaciones sin causa o con causa ilícita para evitar el enriquecimiento injusto.

Tiene, pues, una importancia práctica grande la aplicación de la regla *nemo auditur*, ya que impide el ejercicio de la acción restitutoria de lo entregado sin justa causa. Pero es el caso que esta máxima, que procede de la tradición del Derecho romano y del antiguo Derecho francés, no ha sido expresamente consagrada en el Código civil francés, habiéndose originado en la doctrina francesa, a lo largo del pasado siglo, una amplia controversia sobre su vigencia, controversia que todavía continúa en el momento presente. Hemos de examinar, pues, las razones aducidas en este debate a favor y en contra de la vigencia en el Derecho francés de la referida máxima, así como también los razonamientos en torno al propio fundamento de la misma.

III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MÁXIMA "NEMO AUDITUR"

1. Argumentos positivos y extrapositivos.—En una primera fase se trató de defender la procedencia de la máxima *nemo auditur* basándose en algunos textos legales; y también la impugnación de su procedencia giró sobre dichos textos, de suerte que el debate estuvo centrado en torno a los mismos.

Sin embargo, más tarde los defensores de la máxima han alegado razones de más amplia base que las estrictamente legales, invocándose en su apoyo la moral, la equidad, la sanción preventiva de la contratación inmoral, etc. Y por su parte, los impugnadores de la máxima han buscado también en este terreno sus argumentos, por lo que la controversia ha girado en tiempos más recientes sobre estos fundamentos más amplios de carácter extrapositivo.

2. El debate en torno a los textos legales.—Si bien el artículo 1.131 del Código civil francés sanciona la carencia de efectos de las obligaciones cuya causa sea ilícita, se pensó que la repetición de la prestación inmoral realizada voluntariamente implicaría admitir algún

efecto de dicha convención ilícita y, por tanto, que dicho texto legal podría invocarse en favor de la denegación de la repetición (1).

Sin embargo, en contra de la máxima se alega más corrientemente el referido artículo 1.131, estimando que la repetición es absolutamente necesaria para que la obligación ilícita no produzca ningún efecto, pues si, por el contrario, se rechazase la repetición, se mantendrían las prestaciones verificadas voluntariamente en cumplimiento de un contrato inmoral y éste produciría efecto contra lo dispuesto en dicho precepto (2).

En contra igualmente de la máxima se alegan los artículos 1.376 y 1.235 del Código civil francés, que consagran en este cuerpo legal la prohibición de enriquecimiento injusto mediante la correspondiente acción de repetición del pago de lo indebido.

Pero los partidarios de la máxima observan, a su vez, que en los citados textos la acción de repetición se concede solamente al que ha pagado por error, mientras que el que cumple una obligación inmoral no paga por error, sino que conoce la inmoralidad, o bien incurre en un simple error de derecho, que no es suficiente para fundar la repetición (3).

Asimismo, se pone de relieve que dichos preceptos legales se refieren a la *condictio indebiti*, mientras que la repetición que prohíbe la máxima concierne a la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Se trata así de establecer, en favor de la máxima, la siguiente distinción: mientras procede la restitución de lo indebidamente pagado, no procede, en cambio, cuando se trata de una obligación inmoral (4).

También este argumento trata de invalidarse por los que impugnan la máxima, negando la aplicación al Derecho francés de dicha distinción, pues al abandonar el sistema romano de la promesa abstracta, la *condictio ob turpem causam* ha pasado a ser un caso particular de la *condictio indebiti*; por tanto, procederá la restitución de lo entregado en cumplimiento de una obligación inmoral por aplicación de los artículos 1.235 y 1.376 y ss. (5). En cuanto al argumento deducido en favor de la máxima, de la necesidad de pago por error para que proceda la restitución, se alega por los impugnadores de la misma que este argumento no es válido en Derecho francés, en que nunca se admite el enriquecimiento injusto, exigiéndose el error tan sólo en un caso especial (art. 1.377), por lo que no cabe extenderlo fuera del mismo (6).

(1) DELAMARRE y LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, París 1861, t. 1, pág. 111.

(2) DEMOLOMBE, t. 24, núm. 382; WAGNER, págs. 45 y s. y otros muchos.

(3) TZARANO, 38; LAROMBIERE, *Ob.* art. 1.133, núms. 10 y 11, alega el simple error de derecho.

(4) AUBRY y RAU, 4.^a ed. 1871, t. IV, pág. 742, núm. 8; TZARANO, pág. 38; SAIGET, 326.

(5) WAGNER, pág. 62; GUIRAUDET, págs. 918 y s.; ARBUS, 143 y s.; SIOUFI, página 184; RAYNAL, pág. 144.

(6) En contra de la necesidad del error para la acción de repetición: ARBUS, páginas 143 y s.; GUIRAUDET, 112; DEMOLOMBE, reconoce que la repetición no

Pretendiendo excluir la repetición se ha invocado también la doctrina de la obligación natural expresamente recibida por el Código francés al permitir la *soluti retentio* de lo pagado en cumplimiento de la misma (art. 1.235, 2.º). Según esta opinión, si el deudor pagó conociendo el carácter inmoral de la obligación, el acreedor puede rechazar la acción de restitución; el artículo 1.235, 2.º, vendría a contrarrestar al 1.131, originando una excepción al mismo, porque el deudor de una obligación ilícita está obligado naturalmente (7).

Sin embargo, la aplicación de la doctrina de la obligación natural a la obligación inmoral ha sido impugnada, con razón, por los autores contrarios a la máxima, ya que su aplicación "desconoce de modo flagrante la verdadera naturaleza de la obligación natural", pues ésta se basa en deberes morales (GUIRAUDET).

En efecto, la idea de la obligación natural no es aplicable a los negocios inmorales, al menos para los que parten de un concepto de la obligación natural impregnado de la idea del deber moral, puesto que sería contradictorio e inadmisibile que se negase la repetición del negocio inmoral por la idea de que era inmoral dicha repetición en sí. Mientras que en la obligación natural lo que se estima inmoral es la repetición de lo que se cumple impulsado por un deber moral, en el negocio inmoral la inmoralidad estriba en la propia convención y no en la repetición, que en sí misma no aparece como inmoral.

Y aun fuera de esta tesis de la obligación natural basada en el deber moral, se estima igualmente rechazable su aplicación a la obligación inmoral, pues si la obligación natural es una obligación civil sin acción, en las obligaciones inmorales no existe obligación alguna porque son nulas a tenor del artículo 1.131 (8).

3. La denegación de repetición por el carácter aleatorio del contrato inmoral.—SALEILLES ha expuesto la teoría de que el fundamento de la regla *nemo auditur* proviene de que conociendo los que celebran una convención inmoral la imposibilidad que tienen de encontrar el apoyo de los Tribunales, quieren celebrar un contrato aleatorio, puesto que cada uno corre el riesgo de que la otra parte no quiera voluntariamente cumplir su obligación. Dice, en efecto, este autor, que el que celebra un contrato inmoral, "como debía prever desde el principio esta imposibilidad de obtener por la vía judicial lo que esperaba del *accipiens*, se reputa que ha hecho una especie de contrato aleatorio en

puede fundarse en los arts. 1.376 y s. que por referirse a la *condictio indebiti* propiamente dicha, exigen el error en el pago, pero en cambio estima que podría basarse en el art. 1.235, 1.º, que sanciona con la misma todo pago de deuda no existente, siendo uno de sus posibles supuestos de aplicación el pago hecho por causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (t. XXXVI, página 369, núm. 435 y pág. 200, núm. 232).

(7) BOZERIAN, *Rev. pratique de droit française*, t. IV, pág. 15.

(8) En contra de la existencia de una obligación natural: GUIRAUDET, página 106; ARBUS, 1.143 y s.; WAGNER, pág. 59.

el cual se encuentra la verdadera causa que justifica el mantenimiento de la prestación en las manos del que la ha recibido" (9).

Sin embargo, este pretendido fundamento de la citada regla no ha encontrado mucho eco en la doctrina, ni siquiera entre los que defienden su aplicación. Así, SAIGET dice que este fundamento alegado por SALEILLES se remite a la propia voluntad de las partes, que habrían aceptado un contrato aleatorio, lo que es completamente distinto del fundamento histórico de la máxima, derivada de la propia indignidad del que reclama la repetición (10).

Atacando más fuertemente la teoría de SALEILLES, se alega por AUBERT que no cabe considerar como un contrato aleatorio una obligación nula; y, asimismo, que no puede concebirse una regla derivada de la moral que se base sobre un principio que le es completamente extraño (11).

4. El argumento en torno a la derogación de la máxima por el Código.—Ante la dificultad de encontrar apoyo legal expreso en favor de la máxima *nemo auditur*, sus defensores invocan la tradición, representada por el Derecho romano y antiguo Derecho francés, especialmente POTHIER, en el cual se inspiró el vigente Código en materia de obligaciones, no creyendo, además, que la falta de una consagración legal pueda ser un argumento válido en contra de la máxima, porque ésta tampoco estaba expresamente sancionada por la ley en el anterior Derecho francés ni en el Derecho romano.

Sin embargo, la falta de una consagración expresa de la regla en el Código francés ha sido considerada por los impugnadores de la máxima como un argumento demostrativo de la derogación tácita de dicha regla anteriormente vigente, e incluso se considera que el artículo 1.131 ya citado implica una expresa derogación de la regla que estudiamos. Se añade también por algunos que cuando el Código ha querido prohibir la acción de repetición, lo ha ordenado expresamente, como acontece en los artículos 1.235-2.º para el pago de la obligación natural, y 1.967 para el pago de las deudas de juego (12). Es más, según RAYNAL, la expresa declaración, en este último precepto, de la *soluti retentio* de lo pagado voluntariamente en deudas de juego, sería innecesaria si la no repetición fuese la regla general en los contratos ilícitos; se deduce de esta consideración el carácter excepcional del artículo 1.967 frente al 1.131 (13).

5. El argumento en torno a la dignidad de la Magistratura.—Fuera de los textos legales, uno de los argumentos que tradicionalmente se han venido esgrimiendo en favor de la máxima es el que

(9) SALEILLES, *Etude d'une théorie general de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand.*, págs. 465 y s. Téngase en cuenta, sin embargo, que esta doctrina no fue aplicada por su autor al Derecho francés, sino referida al enriquecimiento sin causa en el primer proyecto de Código civil alemán.

(10) SAIGET, 329.

(11) AUBERT, 28.

(12) DEMOLOMBE, t. XXX, pág. 370, núm. 435.

(13) RAYNAL, págs. 148 y s.

resulta de la dignidad de la Magistratura, por estimar que sería ofensivo para la misma el escuchar no sólo la existencia de transacciones inmorales, sino, lo que es peor, las alegaciones de aquel que habiendo realizado un acto inmoral invoca su propia inmoralidad para pedir la restitución de lo voluntariamente entregado (14).

Pero este argumento ha sido desvirtuado por los contrarios a la máxima considerando, o bien que la acción de repetición no se opone a la dignidad de la Magistratura, o bien que el mantenimiento de la prestación inmoral ya efectuada añadiría una nueva inmoralidad a la primera, o en última instancia la imposibilidad de denegar la justicia a nadie (15). Se añade también que el demandado que siendo también *turpis* alega la máxima, invoca hechos inmorales que el juez, sin embargo, escuchará, puesto que le dará la razón al rechazar la acción (16). Y que el rechazar la repetición por indignidad del que la reclama es contradictorio con la posibilidad de alegar la inmoralidad, por excepción, conforme al artículo 1.131 frente al que reclama el cumplimiento de la convención (17). A este último argumento se responde en favor de la máxima que si los Tribunales rechazan la reclamación de cumplimiento de una obligación inmoral, no es por la alegación del demandado, sino por la propia indignidad del demandante (18). En las precedentes argumentaciones aparecen involucrados dos fundamentos bien distintos, uno referente a la propia dignidad de la Magistratura, que le impediría oír alegaciones basadas en un contrato inmoral, y otro fundado en la indignidad del que reclama la restitución, que le impediría ser oído por la Magistratura por la indignidad resultante de basar su propia alegación en una obligación inmoral. Si bien el primer argumento es fácilmente rebatible, ya que la Magistratura tiene que oír con frecuencia alegaciones de hechos criminosos e inmorales, no es tan fácilmente rebatible el segundo argumento. Si la Magistratura ha de oír a diario toda suerte de inmoralidades, no es precisamente para servir de fundamento a las pretensiones del que las alega, sino, por el contrario, para castigarlas y penarlas deduciendo consecuencias contrarias al que ha realizado tales actos.

6. El debate en torno a la función preventiva de la sanción a la inmoralidad.—Uno de los argumentos más fuertemente esgrimidos

(14) AUBRY y RAU, t. IV, parágrafo 442 bis, nota 8.

(15) DEMOLOMBE, VIII, 384: "La protección a la justicia es la justicia misma. Esta es debida a todos y siempre". Otros autores se preguntan qué textos autorizan a denegar la repetición por indignidad, así ARBUS (143 s.) estima que rechazar la repetición equivaldría a consagrar una incapacidad sin texto alguno que la establezca; PIEDELIEVRE, hace suya la argumentación de MEYNAL según la cual es un absurdo pretender que la Magistratura "sólo oye discursos de gentes honestas" (pág. 267).

(16) GUIRAUDET, 70.

(17) PIEDELIEVRE, 267. Según MEYNAL, la denegación de justicia conduce a hacer al contrato "inexistente antes de su ejecución, irrevocable después" (Dalloz 1904, 2, 449).

(18) DUBOIS, *Nota a SIREY*, 1874, II, 449.

en la doctrina contemporánea se basa, no ya en los fundamentos subjetivos de la indignidad del que pide la restitución, ni de la dignidad de la Magistratura, sino en el carácter de sanción preventiva que pueda desempeñar bien la repetición, bien la denegación de la misma, pues efectivamente este argumento ha sido esgrimido tanto en contra como en favor de la máxima.

En favor de la máxima se alega que el privar de la acción de repetición al que cumple un contrato inmoral lleva consigo el privar de toda seguridad a esta contratación al quedar cada parte en manos de la contraria; la máxima veudría así, por otro camino, a desempeñar la misma función que el artículo 1.131, a saber, el desanimar a la celebración de obligaciones inmorales, ya que de éstas no surgirían ni acciones para exigir el cumplimiento, ni tampoco la repetición de lo voluntariamente ejecutado (19).

Pero se impugna la regla alegando también la función preventiva de la repetición, ya que cuando se cumple voluntariamente una obligación inmoral, después de su ejecución no hay inseguridad alguna para el que recibe la prestación; bastaría a ambas partes contratar al contado, para evitarse recíprocamente correr el más mínimo riesgo de inseguridad. Por el contrario, la posibilidad de repetir las prestaciones efectuadas es un arma más eficaz como función preventiva contra la contratación inmoral, ya que quita toda seguridad a lo recibido, al menos mientras no se cumpla la prescripción treintenal. "Sólo una institución general, la prescripción, privará al deudor de su derecho a la repetición cuando hayan pasado treinta años desde el pago" (WAGNER) (20).

7. La cuestión de la injusticia de los efectos de la máxima.— En contra de la privación de la repetición que la máxima origina, se invoca también la injusticia de sus consecuencias, porque permite el enriquecimiento sin causa del demandado que por su parte no ha cumplido (21).

Para evitar este enriquecimiento injusto, se quiere descartar el efecto de la regla *nemo auditur* por otro camino, el de la *actio in rem verso*; si la restitución no puede basarse en el propio contrato inmoral, puede acudir a la acción extracontractual de *in rem verso* para pedir, al que ha recibido una cosa sin causa, su devolución.

Algunos autores defensores de la máxima reconocen que esta acción será posible, pero sólo en algunos casos. RIPERT afirma que "si el demandante intenta una acción que no supone ningún conocimiento para el juez del contrato inmoral, esta acción debe ser admitida... Pero en la mayor parte de los casos no se puede separar... el pago efectuado, del contrato que ha dado nacimiento a este pago; porque

(19) SAIGET, 327; TZARANO, 39 y 109; DUBOIS, en SIREY, 1874, 1.241.

(20) En contra de la máxima, por considerar de interés social la repetición como sanción preventiva: WAGNER, 44, 73, 91; PIEDELIEVRE, 226; STOUFI, página 184 y 266; MEYNIAL, SIREY, 90, 2, 97; ARBUS, 147 y s.

(21) Contra la máxima por el enriquecimiento injusto que ocasiona: PIEDELIEVRE, 267.

hace falta para que haya acción de *in rem verso*, que el pago sea sin causa, y aquí hay una causa, si bien inmoral. Si fuera posible la acción de *in rem verso*, su ejercicio tropezaría con el mismo obstáculo: el demandante obligado a indicar por qué ha pagado debería prevalecerse del acto inmoral realizado y el juez rehusaría escucharle" (22).

Resultaría, por tanto, en definitiva un enriquecimiento injusto del demandado que se ve favorecido por la ventaja que le procura la posesión. Pero todavía en favor de la máxima se alega que el juez o el legislador no pueden castigar a todos los culpables, sino tan sólo a los que recurren a ellos, ignorando a los otros; en el caso de inmoralidad común, el que necesita recurrir a la justicia sale perjudicado, pero esto le sirve de sanción (23).

Desde el punto de vista de la justicia contractual se alega en favor de la máxima que el admitir la repetición conduce a una situación muy desigual al acreedor y al deudor, cuando ambos son partícipes en la inmoralidad, pues el primero resultaría en situación desventajosa.

En efecto, si el acreedor "acciona para reclamar la prestación que le es debida, será rechazado; pero si ha obtenido tal vez del deudor un pago voluntario, no está jamás seguro de conservarlo; el deudor no tiene más que repetir lo que ha entregado y resultará, por tanto, ganancioso... El deudor está verdaderamente en una situación muy ventajosa; puede rechazar la ejecución, y si ha pagado tiene treinta años para apreciar los efectos del pacto inmoral y hacerlo revocar si no le resulta beneficioso. Esta disparidad de trato es ciertamente injusta. El sistema tradicional pugna menos con la moral, dejando a las dos partes, la una a merced de la otra, privándoles del recurso a la ley que han infringido abiertamente" (24).

Pero en contra de la máxima se alega que mientras la obligación se ejecuta, el deudor resulta favorecido porque puede rechazar la demanda; después del pago, en cambio, sería el acreedor, porque al alegar dicha máxima rechaza la restitución, considerándose imposible que esta alteración de situación favorable pueda producirse. Se dice, en efecto, que "el solo hecho de la ejecución no parece que pueda modificar su respectiva situación y su parte de responsabilidad en la inmoralidad de la convención" (25).

Al anterior argumento se contraobjeta por los partidarios de la máxima que en el caso de inmoralidad común es la situación de hecho la favorecida, haciendo así intervenir en esta materia un criterio de índole posesoria.

A pesar del anterior argumento, los impugnadores de la máxima alegan que si dicha situación era comprensible en Derecho romano,

(22) RIPERT, pág. 205 y s., núm. 109; MAURY, II, págs. 16 y s.; TZARANO, página 110 y s.

(23) RIPERT, pág. 207, núm. 110.

(24) Citado por GUIRAUDET, 72.

(25) GUIRAUDET, 102.

porque el acreedor era propietario según el derecho quirritario, aunque la causa fuese inmoral o ilícita (por lo que sólo frente a un deudor exento de inmoralidad el juez derogaba los principios y concedía la restitución), en Derecho francés el contrato ilícito es nulo y, por tanto, también la transmisión de propiedad, el deudor que entregó la cosa sigue siendo propietario de ella y, por tanto, la posesión del acreedor (*accipiens*) está contrapesada por la propiedad del deudor (*tradens*) (26).

Según este punto de vista, se alega en contra de la máxima que el deudor *turpis* que pide la restitución no se basa en el contrato inmoral, sino que, por el contrario, reclama como propietario, siendo, en cambio, el acreedor demandado el que alega la *turpitud* común (27).

C O N C L U S I O N

Del triple examen realizado respecto a las nociones del orden público y las buenas costumbres en torno a sus respectivas fuentes, función y sanción, podemos extraer algunas conclusiones respecto a la posición adoptada en este problema por la doctrina francesa contemporánea.

A) Desde el punto de vista de la fuente, en las nociones de orden público y buenas costumbres creemos puede apreciarse en primer término una grave dificultad con que ha tropezado en el pasado siglo la doctrina francesa para ver con lucidez la fuente de origen del orden público, consistente dicha dificultad en el precepto contenido en el artículo 6.º del Código civil francés, que involucra esta noción del orden público con las leyes que afectan al orden público. Nos detuvimos detenidamente en esta materia, y bastará ahora indicar que, a nuestro juicio, esta confusión ha perturbado el normal desarrollo de la doctrina sobre esta materia. Ha sido preciso una labor persistente de la doctrina reciente, así como de la jurisprudencia francesa para poder independizar la noción del orden público del origen legal que parece asignarle el referido precepto.

Es evidente la trascendencia que, como ya señalamos, tiene esta diversa concepción del origen del orden público, según haya de estar monopolizado por el legislador o se trate más bien de una noción mucho más amplia y de carácter complementario a la ley.

Por consecuencia de la anterior confusión ha resultado también dificultosa a veces en la doctrina francesa la tarea de determinar la clásica noción de ley imperativa como ley inderogable, originando la controversia que hemos referido sobre la identificación entre ley imperativa y ley de orden público, o, por el contrario, el reconocimiento de un mayor campo de aplicación a la primera que comprendería, junto

(26) GUIRAUDET, 102.

(27) GUIRAUDET, 102; DUVERGIER, Rev. étrangère et française 1840, página 582.

a las leyes que tienden a salvaguardar un interés general, también aquellas otras que miran a proteger intereses privados como las protectoras de los incapaces.

De toda suerte, en la hora presente parece reconocerse cada vez más un papel definidor de la noción del orden público a los Tribunales aun fuera de todo texto positivo.

Respecto a la noción de las buenas costumbres, es innegable la tendencia de la doctrina francesa actual hacia su unificación con la noción más vasta del orden público, en el cual representaría uno de los sectores, factores o ingredientes que lo componen.

Con independencia de si la noción de las buenas costumbres integran un sector de la del orden público, o tiene, por el contrario, independencia de la misma, el problema de su fuente definidora también tropezó en la doctrina francesa con la dificultad resultante del texto indicado del artículo 6.º del Código civil, que refiere también, literalmente, la limitación que impone, a las leyes que afectan a las buenas costumbres. Paralelamente, también la doctrina francesa, así como la jurisprudencia, se han ido independizando de este tutelaje legal para reconocer un más amplio dominio a las buenas costumbres como norma limitadora de la voluntad privada.

Pero todavía en esta materia, y aun reconocido el carácter extra-positivo que pueden alcanzar las normas representativas de las buenas costumbres, la doctrina francesa no asigna de modo unánime una fuente delimitadora a esta noción, sino que, por el contrario, muestra una división fundamental según trate de referir el contenido moral de esas buenas costumbres a la norma resultante de los hechos sociales o, por el contrario, a una norma religiosa basada en la moral cristiana tradicional. Sin embargo es obligado reconocer que la tendencia predominante en el momento presente no se orienta hacia ninguno de esos dos puntos extremos que rechaza por diversos motivos, sino más bien a una tercera posición que define la moral como la moral social, no en el sentido sociológico, sino en el de tener en cuenta las opiniones de la parte más sana de la población en torno a lo que deba entenderse por moral.

B) Desde el punto de vista de la función, encontramos también grandes discrepancias en la doctrina francesa derivadas ahora de una diversa magnitud atribuidas a las nociones de orden público y buenas costumbres, magnitud que podemos considerar como desorbitada respecto a quienes hacen de esta noción una repetición de la del Derecho y contrariamente disminuida para quienes le asignan un papel de mero mantenedor del orden en la calle.

Entre ambas posiciones, sin embargo, la posición predominante en la doctrina francesa tiende a asignar a esta noción de orden público, incluida en la misma la de las buenas costumbres, un papel complementario al de la ley imperativa, en el sentido de salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Será, pues, respecto a éste una li-

mitación de gran envergadura desde el momento en que la tradición individualista del Derecho privado le asignaba un campo de libre juego de la autonomía individual, que la noción del orden público va a cercenar y disminuir en buena medida.

C) Desde el punto de vista de la sanción se afirma en primer término la importancia y el imperio de esta noción del orden público y de las buenas costumbres, al negar efecto alguno a las contravenciones a dichas normas. Pero una fuerte restricción se opera en este punto al querer mantener en el Derecho vigente francés por los partidarios de la máxima *nemo auditur*, la imposibilidad de repetición de las prestaciones libremente efectuadas en cumplimiento de una obligación in-moral.

Resucita así, desde el punto de vista de la sanción, el problema de la unidad o dualismo de las nociones de orden público y buenas costumbres, ya que un sector doctrinal pretende mantener la vigencia de la referida máxima que sería, por tanto, en el Derecho francés actual una restricción a la total ineficacia de los actos contrarios a la moral, es decir, a las normas de las buenas costumbres, resultando así una diferencia entre éstas y las normas expresivas del orden público, respecto a las cuales la ineficacia total y absoluta sería su enérgica sanción sin aplicación de la máxima *nemo auditur* para aquellos casos de contravención a las normas citadas, cuando voluntariamente se hubiera procedido al cumplimiento de lo pactado en contravención al orden público.

D) Tal vez, como resumen final de este estudio que no puede concluir en un resultado que refleje una posición firme, por lo que respecta al Derecho francés vigente, dadas las fluctuaciones a que se encuentra sometida su doctrina a la hora presente, podamos afirmar la actualidad del tema que no solamente tiene una frecuente aplicación práctica a través de la vida jurídica que los Tribunales franceses han de sancionar continuamente, sino que ha despertado en la doctrina francesa en lo que va de siglo y en estos últimos años un extraordinario interés por parte de las más eminentes figuras representativas del Derecho privado en dicho país, en torno a las cuales se han elaborado también numerosos estudios monográficos generalmente constituyendo tesis doctorales, todo lo cual evidencia que el problema, precisamente porque no tiene aún una cabal solución, se encuentra pendiente de planteamiento.

E) Finalmente, hemos de destacar que esta actualidad del tema objeto de nuestro estudio no es más que un síntoma de una acusada tendencia del Derecho privado actual hacia su fundamentación intrínseca con un sentido de aproximación del Derecho a la moral.

Tal vez el mayor interés del tema sea el destacar esta orientación; el amplio desarrollo que la doctrina y jurisprudencia francesas han dado a las nociones del orden público y buenas costumbres no es más,

a nuestro juicio, que un jalón en la lucha actual por el Derecho, bien alejada del tono positivista predominante en el pasado siglo, antes, al contrario, orientada hacia la moralización del Derecho.

En este sentido nos ha parecido importante desbrozar el panorama del Derecho francés en este punto antes de dirigir la mirada hacia nuestro propio Derecho para realizar en el mismo un estudio de análogas finalidades, sobre todo habida cuenta del mayor desarrollo de estos estudios entre los juristas franceses que entre los nuestros. Si en el camino del conocimiento de nuestro propio Derecho en esta materia aporta alguna utilidad este trabajo, sería fruto compensatorio de nuestro esfuerzo (28).

B I B L I O G R A F I A

A) *Monografías sobre las nociones de orden público y buenas costumbres*

- ALGLAVE, *Définition de l'ordre public en matière civile* (Revue pratique de droit, 1868, págs. 444 y s.).
- BONNECASE, *La notion de bonnes moeurs* (Études Capitant, Paris, 1939).
- CLAPS-LIENHARD, *L'ordre public* (Lyon, 1934).
- DABIN, *Autonomie de la volonté et Lois impératives: ordre public et bonnes moeurs* (Annales de Droit et de Science Politique, Louvain 1940, págs. 190 s.).
- DE VAREILLES-SOMMIERRE, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (Paris 1899).
- GORPHE, *Bonnes moeurs* (Encyclopédie Dalloz, repertoire de Droit civil, t. I, París 1951, págs. 490-493).
- HARVEN, *Contribution à l'étude de la notion d'ordre public* (Rev. crit. de droit belge, 1954, pág. 251).
- HEMARD, *L'économie dirigée et les contrats commerciaux* (Études Ripert, II, página 341).
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, *L'ordre public en droit civil interne* (Études Capitant, París 1939).
- KOSHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Conventions contra bonas mores. Mélanges Cornil* (París 1926).
- LARGUIER, *L'acte immoral devant la loi et la jurisprudence civile* (Journées juridiques et économiques franco-suisses, Montpellier 1951, pág. 151).
- MALAUURIE, *L'ordre public et le contrat* (Reims 1953).
- MALLET, *De la relativité de la notion d'ordre public* (Annales des loyers, 1955, página 97).
- MARMION, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne* (París 1924).
- PASCANU, *L'ordre public par rapport aux transformations du droit civil* (París 1937).
- PILON, *Variabilité de l'ordre public* (Rev. trim. droit civil, 1903, pág. 668).
- RIPERT, *L'ordre public économique* (Mélanges Gény, París 1935, t. II, 325).

(28) Ya dedicamos nuestra atención al tema, con anterioridad: ESPÍN, *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*. (Anales de la Universidad de Murcia, curso 1954-55, 1 y ed. sep.)

- SAIGET, *Le contrat immoral* (Paris 1939).
- SENN, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs* (Recueil Gény I. Paris 1934).
- SIMON, *L'ordre public* (Rennes 1941).
- SIOUFI, *Essai sur le critérium des obligations immorales et illicites* (Thèse Paris 1925).
- SOLUS, *La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public* (Études Capitant, 769).
- VARIOS, *La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé* Travaux de l'association Henri Capitant, t. VII, 1952, Montreal-Paris 1956, páginas 627 y s.).

B) *Estudios especiales sobre la regla "nemo auditur"*

- ARBUS, *De la cause illicite* (Montpellier 1903).
- AUBERT, *La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge* (Genebra 1955).
- GROSPIRON, *L'exécution des conventions immorales* (Thèse, Paris 1938).
- GUTRAUDET, *Essai sur la règle nemo auditur* (Dijón 1913).
- LAMASSOURE, *La règle "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* (Thèse Bordeaux 1936).
- OLIVIER, *De la sanction des obligations illicites et immorales* (Paris 1904).
- PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls* (Paris 1911).
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.^a ed. (Paris 1949).
- RAYNAL, *Étude sur les conventions immorales* (Paris 1900).
- SAVATIER, *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence* (Poitiers 1916).
- SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité. Étude sur la maxime "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* (Lyon 1930).
- TZARANO, *Étude sur la règle nemo-auditur* (Paris 1926).
- WAGNER, *La nullité de la cause illicite* (Paris 1900).