

Enrico Minervini

La «meritevolezza» del contratto

Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli



Prefazione alla seconda edizione

Questa nuova edizione, riveduta, aggiornata ed ampliata, tiene conto dei suggerimenti e dei consigli non soltanto di taluni amici e colleghi, ma anche e soprattutto di molti studenti che hanno frequentato i miei corsi di Diritto Civile, svolti negli anni accademici 2019-2020, 2020-2021, 2021-2022 e 2022-2023 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II, ed in particolare di quegli studenti che quali miei tesisti hanno approfondito questo o quel profilo della meritevolezza del contratto.

Anche questa nuova edizione è priva di note, e dedica largo spazio alla giurisprudenza, riportata anche in appendice. Segnalo peraltro una rilevante innovazione che ho apportato a questo volume: mentre nella precedente edizione mi sforzavo di illustrare il quadro dottrinale e giurisprudenziale in forma «neutra», e cioè senza prendere espressamente posizione in merito alle varie tesi sostenute, in questa nuova edizione, invece, esprimo apertamente il mio pensiero sui principali profili della meritevolezza del contratto.

Napoli, 12 giugno 2023

Enrico Minervini

Prefazione alla prima edizione

Raccoglio in questo volume, con gli opportuni adattamenti, ampliamenti ed aggiornamenti, a beneficio soprattutto degli studenti, le lezioni, dedicate all'art. 1322, comma 2, c.c., da me tenute nell'ambito del corso di Diritto Civile svolto negli anni accademici 2017-2018 e 2018-2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli.

Ho conservato alle lezioni le loro caratteristiche, sicché questo volume è privo di note: mi sono limitato ad indicare nel testo, in genere tra parentesi tonde, i nominativi di quegli autori ai quali più specificamente intendo fare riferimento, e con i quali più intensamente dialogo, senza nessuna pretesa di completezza dei riferimenti bibliografici.

Largo spazio è dedicato alla giurisprudenza: da un lato, negli ultimi anni la materia è stata ripensata proprio per effetto di una serie di pronunzie, più o meno condivisibili (in ordine alla clausola *claims made*, ai contratti atipici di finanziamento a scopo si assume previdenziale denominati *For You e My way*, ecc.); dall'altro lato, intendo illustrare agli studenti le implicazioni concrete che ogni disquisizione teorica, anche quella all'apparenza più astratta, comporta, dato che il diritto è una scienza pratica. Per queste ragioni, nell'appendice sono riprodotte, ordinate cronologicamente, le massime ed ampi stralci delle motivazioni delle più rilevanti pronunzie in tema di controllo di meritevolezza degli atti di autonomia privata.

Se il giudizio dei lettori, ed *in primis* quello degli studenti, lo consiglierà, e le mie forze lo consentiranno, questo volume potrà essere in successive edizioni arricchito e completato, come peraltro già ho in animo di fare.

Sant'Agata sui due Golfi, 9 agosto 2019

Enrico Minervini

1. *La clausola generale della meritevolezza*

L'art. 1322, comma 2, c.c., ai sensi del quale le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, racchiude una clausola generale – il punto è sostanzialmente pacifico in dottrina (Attilio Guarneri; Vito Veluzzi; Adriano Zambon; Riccardo Fornasari; Giovanni D'Amico; nella manualistica, Alberto Trabucchi; dubbioso, peraltro, Fabrizio Piraino) –, e cioè quella della meritevolezza (termine peraltro non sempre registrato nei vocabolari della lingua italiana, sebbene sia formato da una base aggettivale – meritevole – cui si aggiunge un suffisso – ezza – mediante il quale si costituiscono sostantivi astratti, idonei ad esprimere la condizione caratterizzata dalle qualità designate dall'aggettivo: così, Augusto Chizzini), che ha conosciuto una singolare evoluzione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Palese, pertanto, l'intrinseca relatività della valutazione di meritevolezza (Carmine Donisi), sicché ciò che non era meritevole ieri potrebbe esserlo oggi, e viceversa (Giovanni B. Ferri) (di «volatilità» della meritevolezza parla Giuseppe Colombo; di meritevolezza che non ha un contenuto *sub specie aeternitatis* Giovanni Perlingieri; di meritevolezza come qualcosa di mutevole Adriano Zambon). La meritevolezza funge così da valvola di apertura, che fa comunicare il codice civile, necessariamente dotato di una certa fissità, ed il mondo della prassi, al contrario in grado di evolversi rapidamente, e con grande libertà (Alberto M. Benedetti e Luca Guerrini).

Infatti, a fronte di una norma che presenta notevoli profili di incertezza, ma che è rimasta invariata nel tempo, si sono susseguite le più diverse interpretazioni, che la hanno ora minimizzata e svuotata di portata precettiva, ora qualificata come centrale nella materia contrattuale (Andrea M. Garofalo), interpretazioni che rappresentano in qualche modo il riflesso delle varie epoche susseguitesisi, dal '42 ad oggi, con conseguenti aspri contrasti in dottrina. L'art. 1322, comma 2, c.c., apparentemente lineare e semplice (Loris Lonardo), ma in realtà alquanto indeterminato (Giovanni B. Ferri) (in quanto la norma è incentrata sull'interesse, e non su di un elemento giuridico-formale quali la causa, l'oggetto o il contenuto: ma la

«contiguità» tra interessi meritevoli e profilo causale appare evidente, anche a prima lettura), rappresenta una evidente espressione dell'ideologia (peraltro vaga, e talora incerta) del regime fascista, ed ha sollevato una infinità di problemi, sia in merito all'opportunità del suo inserimento nel corpo del codice civile, sia in ordine alla sua «compatibilità» con altre disposizioni, e specialmente con l'art. 1343 c.c., tant'è che si è sostenuto che il giudizio di meritevolezza è portato da una norma «infelice» ed è «tanto determinante quanto difficile da determinare» (Aurelio Gentili), rappresentando uno dei nodi più intricati del diritto contrattuale (Fabrizio Piraino).

L'art. 1322, comma 2, c.c. è stato oggetto di ampio ed approfondito esame in dottrina (anche se le monografie specificamente dedicate al tema della clausola generale della meritevolezza non sono molte: piace ricordare quelle di Isabella Martone e di Riccardo Fornasari), rappresentando una norma cardine del sistema (Lucilla Gatt), l'asse portante della libertà e della creatività contrattuale (Serena Meucci), uno snodo della disciplina generale del contratto (Fabrizio Piraino), nonché il punto di incontro di tematiche complesse e centrali nella teoria del contratto, quali i limiti dell'autonomia privata, la causa, l'ordine pubblico, l'utilità sociale, il ruolo delle norme imperative, ecc. (Massimo Gazzara), com'è testimoniato dalla collocazione logica di assoluta centralità della norma stessa nel codice civile (Alberto Maria Benedetti e Luca Guerrini), con la consapevolezza che la meritevolezza è «il problema dei problemi» (Attilio Guarneri), e cioè il problema centrale del concetto di autonomia privata (Giovanni B. Ferri), in quanto ha ad oggetto il rapporto tra libertà dei privati e valori dell'ordinamento giuridico, e la dinamica di produzione degli effetti giuridici (Enrico Gabrielli).

La giurisprudenza, invece, soltanto di recente ha mostrato interesse (e che interesse!) per il tema della meritevolezza, che è giunto anche, più volte, all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Sono stati così smentiti gli assunti di chi parlava: di un sovradimensionamento del profilo teorico della meritevolezza, a fronte di una modesta ricaduta pratica della stessa; delle parole grosse impiegate dalla dottrina, a fronte di un modesto riferimento a fattispecie nate dalla prassi; o addirittura della montagna dell'ideologia fascista, che ha partorito il topolino della meritevolezza (Francesco Gazzoni). Anzi, da ultimo la giurisprudenza in materia ha assunto un carattere alluvionale, in quanto la meritevolezza sembra diventare una sorta di *passepertout*, ovvero di grimaldello, ovve-

ro di scorciatoia, adoperato dalle Corti per risolvere le più diverse problematiche (Giovanni D'Amico), ovvero di mezzo prediletto per assicurare una sempre più spinta giustizia contrattuale (Fabio Russo). Si è parlato, così, di «nuova stagione di rinnovato interesse» per la meritevolezza, di «riscoperta» e di «odierna centralità» della stessa (Giorgio Lener), di «rivalutazione» del ruolo della stessa (Paolo Gallo), di protagonismo della stessa sulla scena del diritto assiologico, o più cautamente di uscita dell'art. 1322, comma 2, c.c. (norma per molto tempo quiescente: Andrea M. Garofalo) da «un lungo letargo» (Maria Costanza). Insomma, la meritevolezza si è trasformata, come Cenerentola, da una piccola sguattera in una splendida principessa, ed ha celebrato il suo spettacolare trionfo (Marco Sabbioneti, che avvicina la meritevolezza anche alla bella addormentata nel bosco).

A fronte dell'attenzione manifestata prima in dottrina, e poi anche in giurisprudenza, per il tema della meritevolezza, il legislatore ha mostrato di riporre fiducia in siffatta clausola generale, che ha impiegato in anni non lontani nell'art. 2645-ter c.c., che fa esplicito riferimento alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. (e non vi è dubbio che l'art. 2645-ter c.c. abbia avuto il pregio di ravvivare il dibattito sulla clausola generale della meritevolezza, e di evidenziare il ruolo autonomo che l'art. 1322, comma 2, c.c. svolge nel sistema, quale clausola generale sulla quale si «misura» l'autonomia privata). È appena il caso di aggiungere che di interesse (qualificato non come meritevole, bensì come) apprezzabile parlano l'art. 1379 c.c., in tema di divieto di alienazione, e l'art. 1464 c.c., in tema di impossibilità parziale: ma non si può nascondere che non sembra metodologicamente corretto leggere unitariamente tutte le norme in parola (alle quali potrebbero aggiungersene altre: si pensi ad esempio all'art. 1411 c.c., in tema di contratto a favore di terzi), che sembrano ispirate a logiche non coincidenti (o almeno non del tutto coincidenti).

Pertanto, sussistono valide ragioni per indagare il tema della meritevolezza con riguardo al solo contratto (e non ad atti di autonomia privata diversi dal contratto, quali ad esempio i negozi unilaterali, le promesse unilaterali, gli atti di disposizione del proprio corpo, il testamento, che presentano peculiarità tali da sconsigliare una trattazione unitaria: diversamente, Stefano Polidori): la clausola generale della meritevolezza assume un significato che dipende non soltanto dal sistema giuridico nel quale opera, ma anche dalla *ratio* della disposizione nella quale è inserita

(Giovanni Perlingieri; *contra*, per una «nozione unica» della meritevolezza, Lucilla Gatt). L'identità del termine meritevolezza non deve portare ad una confusione in merito alle *rationes* dei vari giudizi, che restano autonome ed indipendenti (Riccardo Fornasari).

E così, si procederà a ricostruire, sia pure per sommi capi, l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in materia, e poi ad analizzare le complesse problematiche che l'art. 1322, comma 2, c.c. pone all'attenzione dell'interprete: nella convinzione che una corretta impostazione dei problemi renda più agevole l'individuazione delle soluzioni.

2. *L'ideologia fascista*

La clausola generale della meritevolezza, che non trova riscontri neanche in ordinamenti di nazioni di civiltà giuridica affine all'Italia, quali ad esempio la Francia e la Germania (costatazione diffusa: per tutti, Fabrizio Piraino; Riccardo Fornasari; diversamente, Andrea M. Garofalo), era sconosciuta al codice civile del 1865, e viene introdotta dal codice civile del 1942 all'art. 1322, comma 2. Tale clausola, dotata di forte carica politica ed ideologica (Attilio Guarneri; Isabella Martone), sembra finalizzata (come altre: ordine corporativo, solidarietà corporativa, ecc.) a trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi etico-politici, di stampo metagiudirico, elaborati dal regime fascista, in un'ottica dirigistica dell'economia, nel quadro dell'ordinamento corporativo (Attilio Guarneri): queste, almeno, le intenzioni e le aspirazioni, piuttosto vaghe, incerte e confuse, e certamente anche enfatiche e retoriche, del legislatore, sicché i compilatori del codice civile – nella gran parte, giuristi di formazione liberale – erano «assillati», «angosciati» ed «ossessionati» dall'esigenza e dalla direttiva di far penetrare i principi del corporativismo nel codice civile (Luigi Ferri; Fabrizio Di Marzio).

La Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile illustra, con dovizia di argomentazioni, le ragioni dell'introduzione dell'art. 1322, comma 2, c.c. Precisamente, la Relazione, al n. 603, così dispone:

“se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. L'au-

tonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa (art. 1322, comma primo). Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma 2): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte. Un controllo della corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati: in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto e resta allora da indagare (...) se per avventura la causa considerata non esista in concreto o sia venuta meno. Quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa invece necessaria la valutazione del rapporto da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico".

Evidente la disinvolta commistione tra criteri legali, quali l'ordine pubblico ed il buon costume, e criteri extralegali, quali la coscienza civile e politica, e l'economia nazionale (Aurelio Gentili).

Insomma, il legislatore non tollera il capriccio del singolo, e valuta l'utilità sul piano collettivo: si potrebbe dire, individuale contro sociale, in una scelta che trova nella prassi e nello spirito del tempo il suo criterio giustificativo (Mauro Orlandi).

Ed ancora, la Relazione del Ministro Guardasigilli, al n. 613, statuisce quanto segue:

“non ostante gli equivoci e le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo, si è stimato necessario conservarlo e anzi conferirgli massima efficienza, non solo e non tanto in omaggio alla secolare tradizione del nostro diritto comune (che ha pure il suo peso), quanto, e soprattutto, perché un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto. Bisogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (ché allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica (...)”.

Siffatte considerazioni sono chiaramente ispirate al pensiero di Emilio Betti – che, com'è noto, aveva aderito al fascismo, ed era fautore di una concezione «socializzante» del diritto privato (Paolo Gallo), ma con una chiara matrice autoritaria, statalista e dirigista (Aurelio Gentili) – sul ruolo da assegnare all'autonomia privata. Per Emilio Betti, l'illiceità non è l'unica ipotesi di invalidità del contratto: la causa non soltanto deve essere lecita, ma anche idonea a realizzare una funzione utile sul piano sociale, in modo da giustificare l'intervento dell'ordinamento. Pertanto, vi sono limiti negativi dell'autonomia privata, il cui superamento comporta l'illiceità del contratto (contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume); vi sono del pari limiti positivi all'autonomia privata, e cioè occorre la corrispondenza del contratto agli interessi generali della società, a standard sociali di carattere politico. In altre parole, vi è una valutazione in negativo, di legittimità, ed una valutazione in positivo, di meritevolezza: la valutazione di legittimità è un controllo sanzionatorio, la valutazione di meritevolezza un controllo programmatico, con conseguente diversità dei valori posti a base degli stessi (nel primo, norme imperative, ordine pubblico, e buon costume; nel secondo, le esigenze

della collettività, impersonata dallo Stato fascista) (Giorgio Meo; Aurelio Gentili; Riccardo Fornasari).

Sempre ad avviso di Emilio Betti, il controllo di legittimità ed il controllo di meritevolezza hanno ad oggetto tutti i contratti: ma il controllo di meritevolezza per i contratti tipici è svolto dal legislatore, allorché li inserisce nel codice civile, sicché l'inserimento attesta che il contratto è conforme agli interessi dello Stato. La differenza tra contratti tipici e contratti atipici si rinviene allora nelle modalità del controllo di meritevolezza: ad opera del legislatore, per i contratti tipici, e ad opera del giudice, per i contratti atipici. Al giudice compete di valutare la meritevolezza del contratto atipico, e quindi l'utilità sociale dello stesso: spetta al giudice di esprimersi sui vantaggi che la collettività viene a conseguire per effetto dell'attribuzione del carattere giuridicamente vincolante ad un contratto atipico. Il giudice svolge quindi, per i contratti atipici, la stessa attività che compie il legislatore nel momento in cui valuta se e come recepire un modello negoziale emerso dalla prassi, e cioè nel momento in cui tipizza (Maria Costanza).

La coincidenza tra la Relazione del Ministro Guardasigilli ed il pensiero di Emilio Betti è palese sia a livello per così dire declamatorio, sia a livello della casistica che accompagna le declamazioni stesse (Attilio Guarneri): si pensi al riferimento ai contratti capricciosi, bizzarri, futili, che non possono interessare la collettività. Del resto, un regime, quale quello fascista, che intendeva potenziare le iniziative individuali nell'ottica di incrementare la produzione nazionale, non poteva che considerare immeritevoli contratti che simili finalità capricciose, bizzarre, futili fossero funzionalmente diretti a realizzare.

Non priva di significato appare d'altronde la circostanza che lo stesso Emilio Betti si ponesse il problema della estensione della regola portata dall'art. 1322, comma 2, c.c. ai contratti tipici, in modo da consentire il controllo di meritevolezza anche con riguardo a questi ultimi, ovemai sviassero dalla funzione tipica, e realizzassero interessi frivoli o soddisfacessero la vanità delle parti, o di una parte (Fabrizio Piraino). Del resto, chi si prefigga seriamente la funzionalizzazione sociale del contratto deve necessariamente preoccuparsi di estendere il controllo di meritevolezza ai contratti tipici, in quanto la tipizzazione non può assicurare il rispetto degli obiettivi imposti dal corporativismo fascista (Fabrizio Di Marzio).

In conclusione, l'art. 1322, comma 2, c.c., nell'ottica del legislatore

fascista, ha uno scopo conservatore e restrittivo: sono contratti soltanto gli accordi socialmente utili dal punto di vista dello Stato, ed il giudice agisce quale portatore degli interessi dello Stato, in modo da bloccare la contrattazione privata che si ponga in contrasto con le esigenze socio-economiche dello Stato, e da costituire un filtro che impedisca la giuridificazione di contratti leciti, ma non in linea con i principi dell'ordinamento fascista (ad esempio, perché irrilevanti per la vita economica dello Stato) (Maria Costanza). Il contratto atipico è e deve essere funzionalmente destinato a finalità di produttività economica, in un'ottica dirigistica ed autarchica (Pietro Perlingieri). Lo Stato fascista, come ogni regime totalitario ed antidemocratico (tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato: così, Benito Mussolini), rinviene nell'autonomia privata un potenziale nemico, e cerca di restringerne il campo di azione, e di alterarne la natura, imponendo alla stessa le proprie finalità (Luigi Ferri); e ciò in un'ottica del sospetto, istintivamente volta a sovrapporre all'originalità del singolo contratto i fini del regime, e cioè i principi dell'ordinamento corporativo fascista, in modo da garantire la stabilità del sistema, andando oltre un controllo di mera legalità (Giorgio Meo).

Si viene così a realizzare un singolare compromesso tra la tradizione liberale, di cui un'intera generazione di giuristi era portatrice, e l'ideologia statalista fascista (Donato Carusi): l'autonomia privata viene salvata, ma funzionalizzata al perseguimento di interessi pubblici, generali, collettivi, in modo che gli interessi dei privati contraenti vengano a coincidere con le finalità alle quali tendono politica ed economia nazionale, in un'ottica di convergenza, e non di conflitto, tra pubblico e privato (che è l'ottica propria del corporativismo fascista) (Maria Costanza). Il contratto è meritevole se è funzionale al benessere nella nazione, se è strumentale ad attuare la politica dello Stato (Roberto Calvo).

3. *L'ordinamento democratico*

La caduta del fascismo aveva luogo a ridosso della codificazione del '42: non si può pertanto stabilire come dottrina e giurisprudenza avrebbero potuto recepire il controllo di meritevolezza, delineato nella Relazione del Ministro Guardasigilli (Attilio Guarneri; Giorgio Meo).

Certamente, alla caduta del fascismo, e alla conseguente abrogazione

dell'ordinamento corporativo, non può che conseguire il tramonto della teorica sopra illustrata.

Si procede qui di seguito ad illustrare l'evoluzione storica della dottrina e della giurisprudenza in tema di meritevolezza del contratto, senza accogliere la suggestiva proposta (ambiziosa ma di difficile realizzazione, anche perché comporta il rischio di un'eccessiva semplificazione che cancella le sfumature di pensiero) di chi propone di ordinare il panorama in materia in quattro indirizzi generali, cui dà il nome di indirizzo liberal-individuale, indirizzo bettiano, indirizzo che mira a conciliare individualismo e solidarietà, ed infine indirizzo marcatamente funzionale su base giudiziale (Fabrizio Piraino).

Orbene, nel nuovo ordinamento democratico, si provvede da un lato in via legislativa all'abrogazione delle clausole generali più politicizzate; e dall'altro in via interpretativa ad una rilettura delle clausole generali superstiti, talora svuotate di rilevanza autonoma e ridotte al rango di mere sintesi verbali di precetti altrove formulati, talaltra riempite di nuovi contenuti (Attilio Guarneri).

Per buona parte degli anni '50 e '60 si procede così ad una rilettura dell'art. 1322, comma 2, c.c. in una logica di riduzione dello stesso al ruolo di sintesi di precetti altrove rinvenibili. Si perviene così ad una lettura sostanzialmente abrogativa della regola portata da tale norma, che la riduce ad una sorta di doppione o di duplicato o di sinonimo del precetto di cui all'art. 1343 c.c., in una prospettiva fedele alle idee liberali e liberiste del tempo (Attilio Guarneri; Riccardo Fornasari). Si teorizza così che l'ordinamento giuridico, di cui è parola nell'art. 1322, comma 2, c.c., considerato nella sua totalità e completezza, non può che essere un criterio di valutazione di mera legittimità, e cioè di conformità a norme giuridiche, laddove l'ordinamento corporativo si prestava invece ad un sindacato di opportunità economica, e rispondeva a finalità politiche (Luigi Ferri). In altre parole, il richiamo all'ordinamento giuridico, contenuto nell'art. 1322, comma 2, c.c., va inteso nel senso che il contratto atipico deve essere stipulato nel rispetto dei limiti imposti, per i contratti tipici, dall'art. 1322, comma 1, c.c. (Francesco Messineo). Andare al di là della liceità, per adottare il criterio della meritevolezza, significherebbe esporre il contratto ad un potere discrezionale del giudice che finirebbe per distruggere il contratto stesso nella sua essenziale funzione, contro le esigenze di certezza e di stabilità che ne rappresentano la base (Gino Gorla). L'art. 1322, comma 2, c.c. viene considerato

infatti espressione di autoritarismo dello Stato nei confronti dell'autonomia privata, e ne viene censurata la compromissione con l'ideologia fascista (così Fabrizio Piraino spiega la rilettura della norma effettuata negli anni '50 e '60).

Del resto, anche chi ha consapevolezza della distinzione tra liceità e meritevolezza – in quanto per determinare la prima occorre confrontare l'atto con la disciplina del tipo e del contenuto, laddove per valutare la seconda è necessario porre in relazione l'atto con il sistema degli interessi tutelati dall'ordinamento – finisce per concludere nel senso dell'identità della disciplina e dei criteri per giudicare tanto della liceità quanto della meritevolezza (Pietro Barcellona).

Qualche caso tratto dalla scarsa casistica giurisprudenziale dell'epoca concorre ad illustrare efficacemente quanto si è detto. Si ritiene immeritevole di tutela il contratto con il quale il marito, durante un processo di annullamento del matrimonio da lui promosso innanzi al tribunale ecclesiastico, prometta alla moglie un assegno alimentare a decorrere dall'annullamento, e la moglie prometta in cambio di sottoporsi, ai fini di tale annullamento, ad ispezioni corporali della sua sfera sessuale, da disporsi da parte di detto tribunale, allo scopo di accertare vi è da credere la verginità della stessa moglie, e quindi l'inconsumazione del matrimonio: e ciò in quanto ripugna alla comune coscienza, ed è in contrasto con i fini dell'ordinamento giuridico, che la comprensibile riluttanza femminile ad ispezioni giudiziarie della propria sfera sessuale, e l'insussistenza di un obbligo giuridico a sottoporvisi, possano costituire materia di mercanteggiamento, sicché è da escludere che sia lecito farsi corrispondere o promettere un corrispettivo per compiere un'attività processuale in veste di parte, come è da escludere che sia lecita la corresponsione al detto fine di una somma di denaro o altra prestazione (Cass., 6 luglio 1961, n. 1623). Palesemente, si confonde l'immeritevolezza con l'illiceità per contrarietà al buon costume (Attilio Guarneri; Rodolfo Sacco; Giorgio Meo), ovvero all'ordine pubblico (Umberto Breccia, che parla di un'area contesa tra buon costume ed ordine pubblico).

Ancora, si afferma che il patto di c.d. buona entrata, in forza del quale il portiere di uno stabile è assunto contro corresponsione al datore di lavoro di una somma di denaro, contrasta con il principio di incommerciabilità del posto di lavoro: e ciò vale a rivelare l'insanabile contrasto del patto in parola con i fini che l'ordinamento si propone in tema di protezione del lavoro subordinato, sì da farlo ritenere immeri-

tevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. (Cass., 5 luglio 1971, n. 2091). Qui è evidente la confusione tra immeritevolezza ed illiceità per contrarietà all'ordine pubblico, o ad una norma imperativa (Attilio Guarneri).

All'opposto, si afferma che il prestito c.d. a tutto rischio, per cui il mutuante si pone volontariamente nell'alternativa di riavere la somma mutuata con diritto ad un interesse elevato e ad un premio in conseguenza della realizzazione molto probabile di un affare vantaggioso (costruzione di un aeroporto e permuta di quest'ultimo con terreni), ovvero di perdere la somma in caso di sfavorevole congiuntura, è espressione lecita dell'autonomia contrattuale delle parti, a norma dell'art. 1322, comma 2, c.c., non urtando contro alcuna norma imperativa (Cass., 6 giugno 1967, n. 1248). La confusione tra meritevolezza e liceità per non contrarietà ad una norma imperativa è evidente (il prestito c.d. a tutto rischio era espressamente ammesso sia dall'art. 1102 c.c. del 1865 sia dagli artt. 590 ss. c. commercio del 1882, come ricordano Paoloefisio Corrias e Daniele Maffeis).

Parimenti, si sostiene che è lecito, essendo diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e non essendo vietato da alcuna disposizione di legge, il contratto tra due proprietari di beni distinti di venderli o concederli in affitto congiuntamente e di stabilire un unico prezzo o un unico canone di affitto di entrambi i beni, riservandosi poi di regolare tra loro, senza l'intervento del compratore o dell'affittuario, il riparto dei corrispettivi percepiti (Cass., 17 aprile 1963, n. 945). Palesemente, si confonde meritevolezza e liceità per non contrarietà a norma imperativa.

Non manca chi (Giuseppe Stolfi; *contra*, Maria Costanza; più caute le posizioni di altri autori quali Pietro Rescigno, Giovanni B. Ferri, Francesco Gazzoni e Attilio Guarneri) ipotizza l'incostituzionalità dell'art. 1322, comma 2, c.c., per violazione del principio di parità di trattamento tra italiani e stranieri (in quanto i contratti stipulati da italiani con stranieri, a differenza dei contratti stipulati da italiani tra loro, sarebbero esonerati dalla necessità di rispettare il canone della meritevolezza, alla luce dell'art. 31 delle preleggi all'epoca vigente, ai sensi del quale in nessun caso le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrarie all'ordine pubblico o al buon costume), e parla del cittadino italiano «in balia del giudice».

La tesi non ha successo, almeno in giurisprudenza: laddove si debba

applicare una legge straniera, non può farsi questione dell'applicabilità di una norma della legge italiana, e cioè dell'art. 1322, comma 2, c.c.; se invece si applichi, secondo le norme di diritto internazionale privato, la legge italiana, l'art. 1322, comma 2, c.c. si applica non solo ai cittadini italiani ma anche agli stranieri; non si può quindi parlare di disparità di trattamento; la differenza di regolamentazione del contratto dipende dall'applicabilità della legge italiana o della legge straniera secondo le disposizioni di diritto internazionale privato contenute nelle preleggi all'epoca vigenti, le quali trovano precise giustificazioni nella diversità delle singole situazioni (Cass., 2 luglio 1975, n. 2578, che pertanto reputa la questione di illegittimità costituzionale manifestamente infondata).

Non a caso, si ipotizza in dottrina che la norma sia sfuggita alle forbici del legislatore democratico, impegnato nella «potatura» delle disposizioni più collegate all'ideologia fascista, proprio in quanto in essa non emerge espressamente l'aggettivo «corporativo»: insomma, l'art. 1322, comma 2, c.c., pur di indiscutibile matrice fascista, non ha però «marcata in fronte» l'ideologia corporativa che lo ha ispirato (Luigi Ferri; Francesco Gazzoni; diversamente, Stefano Rodotà; Fabrizio Piraino).

Comunque, la norma è sopravvissuta, e di ciò non è restato e non resta che prendere realisticamente atto, con la consapevolezza che la caduta del regime fascista, e l'abrogazione dell'ordinamento corporativo, non hanno determinato una carenza di contenuto valoriale della norma, che va riletta alla luce della Costituzione, il cui art. 41, con il riferimento all'utilità sociale, pare legittimare una valutazione funzionale degli atti di autonomia privata (Stefano Rodotà). Pertanto, non sembra consentito liquidare l'art. 1322, comma 2, c.c. quale «residuo bellico», e mero «retaggio ingombrante dell'ideologia fascista» (Massimo Gazzara).

4. *La riscoperta della meritevolezza*

Successivamente, alla fine degli anni '60, il vento comincia a cambiare. Si avvia un processo di rilettura del diritto contrattuale che valorizza i principi costituzionali, di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di diritto privato, e quindi di costituzionalizzazione dello stesso (Riccardo Fornasari). Si procede così, sia pure lentamente e tra mille dif-

ficoltà, ad una rilettura della norma che la riempia di nuovi contenuti: la sua funzione non può restare invariata, stante il mutato assetto istituzionale; i giuristi debbono immettervi nuovi contenuti, e pensano istintivamente alla Costituzione, ed in particolare all'utilità sociale, ivi contemplata nell'art. 41, comma 2 (esemplare al riguardo l'indagine di Mario Nuzzo), ed alla solidarietà economica e sociale, di cui all'art. 2, consapevoli che il tenore dell'art. 1322, comma 2, c.c. è così lato e, se si vuole, indeterminato, da legittimare letture non necessariamente collegate all'ideologia fascista (Francesco Gazzoni). Insomma, è proprio la genericità della norma che la rende idonea a recepire nuovi contenuti alla luce della disciplina costituzionale: i giuristi possono continuare a guardare al controllo di meritevolezza (come avvenuto sotto il regime fascista: e nel ventennio alcuni di questi giuristi ebbero a formarsi) in termini di apprezzamento delle finalità perseguite dalle parti alla stregua dei valori sociali (Andrea M. Garofalo). Si compie così il singolare destino dell'art. 1322, comma 2, c.c.: una delle norme più «politicizzate» del codice civile può essere riletta alla luce dei valori costituzionali, mancando in essa ogni esplicito riferimento all'ordinamento corporativo (sostituito dal più cauto richiamo all'ordinamento giuridico).

All'inizio degli anni '70, in particolare, si registra un ritorno di interesse da parte della dottrina per le clausole generali, e tra queste anche per la meritevolezza del contratto (Riccardo Fornasari), in un'ottica di funzionalizzazione delle situazioni giuridiche soggettive quali la proprietà, l'impresa, ed appunto l'autonomia privata: si parla così apertamente del controllo sociale dell'autonomia privata, della socializzazione del contratto, della sua funzione economico-sociale. La meritevolezza consente di subordinare la legittimità del contratto all'accertamento della rispondenza dello stesso a finalità di carattere pubblico, generale, collettivo, o almeno superindividuale, quali sul versante economico l'impegno responsabile alla creazione di valori produttivi, la realizzazione delle linee di politica economica generale, l'impiego non sterile della ricchezza, la gestione economica dei beni, l'efficienza del sistema delle imprese, e sul versante non economico il pieno sviluppo della persona umana, e la tutela dell'ambiente: il contratto deve contribuire alla realizzazione dei principi e dei valori costituzionali (Attilio Guarneri; Maria Costanza).

Una sentenza di un giudice di merito, che per molto tempo ha rappresentato il *leading case* in materia di giudizio di meritevolezza, quale

primo serio esempio di teorizzazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli atti di autonomia privata (Giorgio Meo), ben rappresenta questo nuovo clima culturale. Si tratta di un contratto, qualificato come sinallagmatico atipico, con il quale un socio di una s.p.a. promette al mandatario della stessa s.p.a. un indennizzo ed un trattamento di quiescenza in caso di estinzione del mandato, per compensarlo dell'abbandono della libera professione, attuato al fine di un migliore espletamento della sua attività di mandatario. Il contratto è ritenuto non meritevole di tutela perché contrario ai fini economico-sociali immanenti nel sistema: accordi di tal fatta, eludendo le legislativamente ben individuate e delimitate vie attraverso cui il socio può formalmente svolgere le proprie iniziative dirette ad influire nella gestione degli affari sociali, appaiono realizzare, a prescindere dalla buona fede dei contraenti, un'intollerabile manipolazione di interessi facenti capo ad una più vasta cerchia di soggetti, e si prestano in quanto extraformali ad un «inquinamento» degli «ingredienti» conosciuti della vita della società e dei rapporti di lavoro, comportando il rischio di un'incontrollabile «adulterazione» dei risultati dell'impresa (App. Milano, 29 dicembre 1970; la sentenza veniva criticata da Giovanni B. Ferri, Francesco Gazzoni, e Gilda Ferrando, e cassata da Cass., 2 luglio 1975, n. 2578). La sentenza ha rappresentato, per un lungo periodo di tempo, una voce unica nel deserto della giurisprudenza: lo ha sottolineato, oltre trent'anni dopo, un'altra sentenza di un giudice di merito (Trib. Torino, 27 gennaio 2005).

In una prospettiva differente si collocano quegli scrittori che suggeriscono di utilizzare la meritevolezza degli interessi, che il contratto è chiamato a realizzare, quale strumento di controllo delle condizioni generali di contratto, di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., in modo da evitare il perseguimento da parte del predisponente di risultati ostruzionistici e vessatori in danno dell'aderente: ciò alla luce di principi fondamentali quali l'utilità sociale e la libertà di mercato (in quest'ottica, assumono particolare rilievo gli atti del convegno di Catania del 17-18 maggio 1969 sulle condizioni generali di contratto e la tutela del contraente debole; e vedi anche gli atti del convegno di Macerata del 22-24 maggio 1970 sugli aspetti privatistici della programmazione economica).

5. La meritevolezza e la liceità: la tesi dell'identificazione

In anni più recenti, il quadro della dottrina si fa forse meno nitido.

Vi sono coloro che finiscono per identificare controllo di meritevolezza e controllo di liceità, in quanto assimilano o parificano il primo al secondo, riducendolo ad una sorta di doppione o di duplicato (o, se si preferisce, di sinonimo), considerate la fumosità e l'indeterminatezza dei criteri che il giudice dovrebbe impiegare per vagliare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti (Massimo Gazzara): ma una norma inutile perché ripetitiva e vuota di significato è preferibile ad una norma con significati ripugnanti al sistema (Vincenzo Roppo; Aurelio Gentili). Infatti, l'art. 41 Cost., dopo aver sancito la libertà dell'iniziativa economica privata, e quindi dell'autonomia contrattuale che ne è strumento, dispone che l'iniziativa stessa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale: il controllo consentito in sede giudiziale, ai sensi di tale norma, è meramente negativo, sicché il contratto non deve essere socialmente dannoso, laddove non è dato di verificare se il contratto possa considerarsi meritevole, in quanto socialmente utile (Giovanni Gabrielli).

Pertanto, i contratti atipici non diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela sono quelli contrari a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume (Giovanni B. Ferri; Vincenzo Roppo), sicché meritevolezza dell'interesse significa liceità dell'interesse stesso (Giovanni B. Ferri). Il rischio di un autonomo e separato giudizio di meritevolezza è infatti di consentire al personale convincimento del giudice di spaziare senza limiti, facendo valere le sue ideologie ed i suoi gusti e preferenze personali, in un'ottica di assoluta arbitrarietà (Giovanni B. Ferri; Umberto Breccia). L'art. 1322, comma 2, c.c. diventa così una norma, con ogni probabilità, inutile, meramente autorizzatoria, che cioè legittima i privati a dar vita a schemi contrattuali non tipizzati (Francesco Gazzoni). Del resto, la severità dell'esame richiesto dall'art. 1343 c.c. può essere irrigidita tanto quanto lo richiedono la cultura e la moralità dell'interprete, senza richiedere un ulteriore vaglio di merito quale il controllo di meritevolezza (Rodolfo Sacco): la valutazione di liceità consente di verificare, specie in applicazione della clausola generale dell'ordine pubblico, che l'autonomia contrattuale non si espliciti in contrasto con i valori tutelati dalle norme costituzionali (Giovanni Gabrielli). Si conclude così per una lettura abrogativa della regola della meritevolezza o, a tutto voler concedere,