

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ANTONINO CATAUDELLA

Il giudice e le nullità



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

Il giudice e le nullità

Il saggio ravvisa nella rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, affermata dall'art. 1421 c.c., una caratteristica essenziale della nullità. Nega che a fondamento della stessa si debba porre, necessariamente, una finalità di tutela di interessi pubblici. Ravvisa la *ratio* costante della rilevabilità d'ufficio nell'esigenza di evitare che nel processo sia, in qualche modo, superata l'inidoneità del contratto nullo a produrre effetti, riconducendo allo stesso effetti propri del contratto valido.

La *ratio*, così individuata, della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto consente all'Autore di valutare da una punto di vista unitario i limiti che il giudice incontra. Tali limiti, costituendo la rilevabilità d'ufficio una caratteristica essenziale della nullità, non possono essere tratti da principi processuali, ad eccezione di quello che impone al giudice di pronunciarsi sulla base esclusiva delle acquisizioni processuali. Il metro da adottare per risolvere i problemi che al riguardo si sono posti e che hanno suscitato ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza è l'opzione, nelle alternative che si prospettano, a favore della conclusione che non comporti l'attribuzione di efficacia, diretta o indiretta, al contratto nullo.

L'evoluzione della giurisprudenza nell'impostare e risolvere le problematiche della rilevabilità d'ufficio della nullità merita un particolare apprezzamento non solo per le conclusioni alle quali è pervenuta ma anche per le motivazioni che le sostengono: frutto di un proficuo colloquio tra giurisprudenza e dottrina.

In the possibility of an ex-officio recognition of nullity regarding a contract, established by article 1421 of the Civil Code, this essay discerns a characteristic essential to nullity. It denies that a fundamental basis for invalidity must, indispensably, be the protection of public interests. The essay detects, as the constant ratio underlying a potential ex-officio assertion, the need to avoid the possibility that, through the proceedings, the inability of the invalid contract to produce effects may in some way be overcome, thus re-conferring on the foregoing the same effects attributed to a valid contract.

Thus identified, the ratio, inherent to the possible ex-officio assertion of the nullity of a contract allows the Author to evaluate, from a unitary viewpoint, the limitations encountered by the judge. Because the possibility of ex-officio assertion of nullity constitutes a feature essential to the nullity, these constraints cannot be drawn from procedural principles, save for the principle which obliges the judge to rule exclusively on the basis of the procedural evidence. The yardstick to be adopted, when resolving the relevant issues which have already been raised and have led to ample debate in legal doctrine and in judgements, is the option, among the potential alternatives, favouring the conclusion that does not entail the attribution of direct or indirect effectiveness to the invalid contract.

The evolution of judgements regarding the formulation and resolution of the issues inherent to the possibility of ex-officio assertion of nullity merits special appreciation, not only because of the conclusions reached, but also due to the motivations sustaining them: the outcome of a fruitful interchange between judges and jurists.

Sommario: 1. La nullità e le sue connotazioni. – 2. La rilevabilità d’ufficio e il suo fondamento. – 3. I limiti alla rilevabilità d’ufficio alla luce della *ratio* che ispira l’art. 1421 c.c. – 4. L’opinabile derivazione degli stessi dal principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. – 5. La pronuncia sulla nullità.

1. - La nullità e le sue connotazioni.

Due sono le note certe e costanti, e quindi caratterizzanti, della nullità.

L'una attiene al piano degli effetti giuridici, essendo propria del contratto nullo l'inidoneità originaria a produrne, l'altra al piano del processo, essendo propria dello stesso la rilevabilità d'ufficio ad opera del giudice. Si tratta di connotazioni tratte dalla disciplina della nullità della quale è d'uopo accontentarsi, visto che il ricorso a criteri sostanziali – quali il difetto di un elemento essenziale del contratto o l'ispirarsi della norma violata ad un interesse pubblico – non trova conforto nella disciplina codicistica¹ e incontra compiuta smentita nella normativa di origine comunitaria che, introducendo le c.d. «nullità di protezione»², tiene in conto l'interesse di una delle parti.

Nell'ambito dell'invalidità una fondamentale nota distintiva tra le due specie della stessa – nullità e annullabilità – è stata tradizionalmente individuata nella diversa incidenza sul piano degli effetti, rilevando che il contratto nullo è, dall'inizio, inefficace, mentre quello annullabile produce gli effetti propri di un contratto valido, salva l'eventualità che gli stessi siano successivamente e retroattivamente eliminati a seguito dell'annullamento³.

Tale criterio distintivo mantiene, ancora oggi, sostanziale tenuta.

È vero che, in taluni casi, anche alla stipula di un contratto nullo seguono gli effetti giuridici del contratto valido, ma in tutti i casi che vengono richiamati gli effetti non sono riconducibili al solo contratto nullo perché conseguono ad una fattispecie complessa della quale il contratto nullo è solo una componente⁴.

È vero anche, per chi ammette la configurabilità di nullità sopravvenute, che in questi rari casi⁵ il contratto produce all'inizio i suoi effetti, che vengono successivamente meno col sopravvenire della nullità. Ciò, peral-

Lo studio è destinato agli scritti in onore di Nicola Picardi.

¹ Cfr. l'art. 1418 c.c. che, nell'individuare i casi di nullità del contratto, non si è ad essi, certamente, ispirato.

² Cfr. l'art. 36 cod. cons.

³ Cfr. per tutti: C.M. BIANCA, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 642.

⁴ Cfr. gli artt.: 799, 2126, comma 1, 2332, comma 5, 2652, n. 6, 2690, n. 3, c.c., l'art. 40, comma 3, della l. 28 febbraio 1985, n. 47 e l'art. 46, comma 4, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

⁵ Ritengo che possano considerarsi tali la nullità, per l'ipotesi di successivo annullamento del matrimonio, della donazione fatta in riguardo di matrimonio (art. 785, comma 2, c.c.) e quella per il diniego di sanatoria sopravvenuto alla conclusione del contratto (art. 35, comma 12, della l. 28 febbraio 1985, n. 47).

tro, è coerente con l'insussistenza della nullità al momento della conclusione del contratto e non appare in contrasto col principio che il contratto nullo non produce effetti: il contratto li produce all'inizio proprio perché, all'inizio, è valido.

Occorre, comunque, tener conto che, quando si fonda la distinzione tra contratto nullo e contratto annullabile sugli effetti, assumendo che il primo non produce effetti ed il secondo produce gli effetti propri del contratto valido, la si prospetta in termini troppo recisi. Ciò non solo con riguardo al contratto nullo che, come abbiamo visto, può, in certi casi, produrre effetti nel contesto di una fattispecie complessa, ma specialmente con riguardo al contratto annullabile, la cui efficacia è, a ben vedere, relativa per quanto riguarda gli effetti obbligatori, visto che la parte legittimata ad agire per l'annullamento del contratto può far valere l'annullabilità anche in via di eccezione ⁶ e anche dopo che l'azione di annullamento si sia prescritta (art. 1442, comma 4, c.c.), sino a quando la prestazione non sia stata attuata ⁷.

La segnalata diversa disciplina della nullità e dell'annullabilità sotto il profilo dell'efficacia si riflette sulla natura delle sentenze che sulle stesse decidano: quella che pronuncia la nullità è dichiarativa perché si limita a constatare una situazione in essere ⁸, quella che dispone l'annullamento è costitutiva perché, privando il contratto annullabile dell'efficacia (non piena) che gli è propria, crea una situazione nuova ⁹.

È consequenziale alla natura dichiarativa dell'azione di nullità l'imprescrittibilità della stessa (art. 1442 c.c.) e alla natura costitutiva dell'azione di annullamento il suo assoggettamento a prescrizione (art. 1442, comma 1, c.c.). Una deroga alla possibilità di far constatare la nullità senza limiti temporali è prevista per l'azione volta a far dichiarare la nullità di deliberazione di assemblee di società per azioni, ove l'introduzione di un termine di decadenza (art. 2379, comma 1, c.c.) risponde all'esigenza di acquisire sulla

⁶ Cfr.: A. CATAUDELLA, *Prescrizione, decadenza e "situazioni esaurite"*, in A. CATAUDELLA, *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 571; S. POLIDORI, *Disciplina della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 43.

⁷ Cfr. M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, 67 s.

⁸ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968, I, 382, 395.

⁹ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 394 s.

vincolatività di tali delibere certezze indispensabili all'operare delle società¹⁰.

La non convalidabilità è dato normale ma non imprescindibile del contratto nullo (v. l' art. 1423 c.c., che lascia peraltro aperta la possibilità di deroghe: «salvo diverse disposizioni di legge»).

L'ulteriore connotazione della nullità, basata sui soggetti legittimati a farla valere e ravvisata nell'assolutezza della stessa, cui si contrappone la relatività dell'annullabilità, muove nella logica, che abbiamo visto superata, del collegamento della previsione normativa della nullità ad un interesse pubblico, e non trova adeguata conferma nella normativa.

La nullità, infatti, non è assoluta, perché non può essere fatta valere da chiunque ma solo da chi abbia interesse a farla dichiarare (art. 1421 c.c.), mentre la stessa norma richiamata, facendo espressa salvezza di «diverse disposizioni di legge», non ha escluso, in linea di principio, l'ammissibilità di nullità relative, delle quali la normativa recente offre significativi riscontri¹¹. Trova, quindi, conferma l'affermazione iniziale che a connotare in maniera costante la nullità resta, accanto all'inidoneità originaria del contratto nullo a produrre effetti, la rilevabilità d'ufficio della stessa (art. 1421 c.c.).

2. - La rilevabilità d'ufficio e il suo fondamento.

La rilevabilità d'ufficio della nullità è tradizionalmente motivata con l'asserita destinazione della stessa alla salvaguardia di interessi pubblici¹².

¹⁰ Un'eccezione alla regola dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità potrebbe ravvisarsi nell'invalidità che sanziona le rinunzie e le transazioni che abbiano «per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge», e tale la considera V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, 2008, 86 ss. Questa qualificazione ha però a presupposto che l'invalidità della quale la norma parla sia intesa come nullità, ma la dottrina lavoristica consolidata, a fronte di una disciplina che diverge radicalmente da quella dettata per la nullità, ritiene che l'art. 2113 c.c. consideri e regoli un'ipotesi di annullabilità, cfr.: U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 2^a ed., rist. 1964, 57 ss.; G. PERA, *Diritto del lavoro*, 3^a ed., Padova, 1988, 584; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, 422; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, 450.

¹¹ Cfr.: l'art. 127, comma 2, del d.lgs. 1^o settembre 1993, n. 385 (t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia) e l'art. 36 del cod. cons.

¹² Cfr. per tutti: F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., rist. 1952, Milano, 439 s.; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, 8^a ed., Milano-Messina, 1952, I, 145; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 1952, 244.

Va premesso che, se si caratterizza la rilevabilità d'ufficio della nullità come strumento finalizzato alla tutela di interessi pubblici, non si può, nel contempo, non dare atto dell'inadeguatezza di questo mezzo al fine¹³.

La rilevabilità, infatti, ha modo di esercitarsi solo nel processo, sicché suppone la proposizione di un'azione volta a far dichiarare la nullità di un contratto o che abbia a presupposto un contratto nullo.

Ne consegue che le parti, in mancanza di un processo, possono tranquillamente dare corso al contratto, consapevoli o inconsapevoli che siano della nullità dello stesso.

Vi è di più, la parte che ha promosso un processo nel quale un contratto nullo viene in considerazione ai fini della decisione può precludere al giudice, rinunciando all'azione, l'esercizio del potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto o può condizionare negativamente l'esito del giudizio trascurando di fornire al giudice gli elementi probatori indispensabili per l'accertamento della nullità.

Depone comunque, fondamentale, contro l'assunto che finalizza la nullità alla tutela di interessi pubblici la considerazione della normativa che alla nullità ha riguardo.

672

Solo una parte delle nullità previste dalla legge appaiono, infatti, dettate a tal fine, e la genericità del riferimento che l'art. 1421 c.c. fa alla nullità quando ne prevede la rilevabilità d'ufficio («la nullità (...) può essere rilevata d'ufficio dal giudice»), nonché la precisazione che alla regola possono darsi solo eccezioni normativamente previste («salvo diverse disposizioni di legge (...)»), impone la conclusione che la rilevabilità d'ufficio trova applicazione anche nelle ipotesi di nullità che non siano poste a salvaguardia di interessi pubblici¹⁴.

Si prospetta, quindi, l'esigenza di dare alla regola un fondamento diverso. Le c.d. «nullità strutturali» non possono essere assimilate, con riguardo alla *ratio* che le ispira, alle nullità poste a tutela di interessi pubblici.

¹³ Lo rilevava già G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 130 s.

¹⁴ Contro il diffuso orientamento che collega la rilevabilità d'ufficio alla tutela di interessi pubblici cfr. le considerazioni di: G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessi*, Padova, 1973, 99 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, 2ª ed., Torino, 2006, II, 1585; R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Supplemento alla Riv. dir. civ.*, 2008, 101; S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 761 ss.

Un interesse pubblico ispira, certamente, il riconoscimento dell'autonomia privata, che è volto a prevenire l'insostenibile conflittualità sociale che la mancanza di strumenti atti a superare potenziali conflitti di interessi privati attraverso accordi tra gli interessati ineluttabilmente produrrebbe. L'osservanza delle regole che l'ordinamento detta per l'esercizio dell'autonomia privata è, quindi, di interesse pubblico, sicché l'inosservanza generalizzata delle stesse pregiudicherebbe questo interesse. Non è invece atto, in sé, a comprometterlo la violazione delle regole col singolo atto di esercizio di autonomia privata che presenti difformità di struttura rispetto al modello normativo. L'ordinamento giuridico, però, non può che sanzionarlo con la nullità se vuole evitare che si diffondano comportamenti lesivi dell'interesse generale al corretto, ordinato e ragionevole esercizio dell'autonomia privata ¹⁵.

Si distaccano, in maniera ancora più netta, da finalità di tutela di interessi pubblici le c.d. «nullità di protezione», che appaiono direttamente indirizzate alla tutela dell'interesse di una delle parti del contratto, che si trova in posizione di debolezza rispetto all'altra: «il lavoratore subordinato», «il conduttore», «il consumatore», «il cliente», «il subfornitore».

Riguardo ad esse si spiegano le deroghe introdotte al principio dell'assolutezza (la cui possibilità era prevista già dall'art. 1421 c.c.), limitando al contraente debole il potere di far valere la nullità, nonché, per quanto attiene alla rilevabilità d'ufficio della nullità ¹⁶, il limite, posto al giudice, di farla valere solo a vantaggio del contraente tutelato (art. 36 cod. cons.).

Nella introduzione di «nullità di protezione» è dato, peraltro, ravvisare, accanto alla tutela diretta di interessi individuali anche la tutela di interessi ulteriori (che potremmo qualificare – per distinguerli dagli interessi pubblici – interessi superindividuali o interessi generali).

La nullità dettata a salvaguardia del contraente debole, allorquando operi

¹⁵ A questo interesse fa richiamo F. CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 669. Lo considera interesse di rango superiore rispetto agli interessi privati ma non lo identifica come un valore fondamentale del sistema: G. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., 135 s.

¹⁶ Si è di recente espressa in favore dell'operatività generalizzata della rilevabilità d'ufficio alle nullità di protezione, confutando esaustivamente il diverso orientamento di una parte della dottrina e della giurisprudenza: Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, I, c. 862 (per la motivazione al riguardo cfr. cc. 874-876).

in concreto, tutela l'interesse privato della parte debole, e perciò non difende un interesse pubblico. L'introduzione della norma che la sancisce è però motivata dall'interesse generale all'ordinato svolgimento dell'attività economica, che comporta, un esercizio per quanto possibile libero dell'autonomia privata e rispettoso della dignità della persona¹⁷.

Le nullità introdotte dalla normativa comunitaria a tutela dei consumatori sono state precipuamente ispirate dall'intento di garantire il corretto svolgimento della libertà di concorrenza, che sarebbe compromessa da comportamenti dall'altra parte che pregiudicassero la scelta consapevole e libera dei consumatori tra offerte in concorrenza.

È d'uopo, quindi, cercare un fondamento unico della regola, che possa attagliarsi a tutte le ipotesi di nullità.

Un'antica e autorevole dottrina, dopo aver sottolineato, come nota caratterizzante il negozio nullo, l'inidoneità dello stesso a produrre gli effetti di un negozio valido a prescindere da qualsivoglia declaratoria giudiziale in proposito¹⁸, manifestava l'avviso che il magistrato potesse, d'ufficio, dichiarare la nullità, qualora la stessa risultasse dagli atti di causa e non avesse bisogno di prova speciale¹⁹. In quel discorso il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità appariva una conseguenza, pur non conclamata, dell'inidoneità del negozio nullo a produrre effetti.

Tale collegamento, esplicitato in tempi meno lontani in un manuale sul quale si sono formate molte generazioni di studenti²⁰, coglie a mio avviso nel segno perché pone a fondamento della rilevabilità d'ufficio della nullità una caratteristica della stessa (l'inidoneità a produrre gli effetti propri del contratto valido) che è dato ravvisare nelle varie ipotesi di nullità, consentendo così di individuare una *ratio* unitaria del potere di intervento d'ufficio attribuito al giudice dall'art. 1421 c.c.

La *ratio* che col collegamento di tale potere all'inidoneità del contratto a

¹⁷ Cfr. D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 58 ss. (che fa richiamo ad un principio di ordine pubblico economico, costituzionale e comunitario); R. TOMMASINI-E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, Milano, 2009, 19 (che richiamano gli interessi generali al regolare andamento del mercato e alla tutela della dignità della persona).

¹⁸ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4° ed., a cura di L. COVIELLO, Milano, 1929, 331 s.

¹⁹ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 333.

²⁰ A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, 3ª ed., Milano, 1958, 209.

produrre effetti naturalmente emerge è di evitare che tale inidoneità sia, in concreto, negata in giudizio quando le parti non facciano valere nello stesso la nullità del contratto, e che si giunga a sanzionare con sentenza la riconduzione al contratto nullo degli effetti giuridici propri del contratto valido.

L'ordinamento giuridico riconosce ai privati una sfera di autonomia che consente agli stessi di dettare la regola ai propri interessi. Pone limiti all'esercizio dell'autonomia e detta regole ai modi del suo esercizio.

L'esercizio dell'autonomia privata oltre i limiti posti o senza le modalità richieste dall'ordinamento giuridico comporta reazioni negative dello stesso, diversamente graduate, che possono giungere – è il caso della nullità – a negare al negozio l'idoneità a produrre effetti. Il potere attribuito al giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto – che può essere esercitato dal giudice, ovviamente, solo nel processo e nei limiti imposti dai principi che regolano il processo – si inquadra nella logica di impedire che nel giudizio, ove il giudice opera, il processo diventi strumento per far conseguire al contratto nullo gli effetti che l'ordinamento giuridico, in linea di principio, gli nega ²¹.

3. - I limiti alla rilevabilità d'ufficio alla luce della ratio che ispira l'art. 1421 c.c.

La riconduzione della rilevabilità d'ufficio della nullità alla *ratio* della quale si è detto consente, se la si condivida, di valutare da un punto di vista unitario il dibattito che nella giurisprudenza e nella dottrina è sorto in ordine ai limiti del potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità.

Non vi è questione, in dottrina e giurisprudenza sul limite che il giudice incontra, nel dichiarare d'ufficio la nullità del contratto, nelle acquisizioni processuali: limite che gli preclude di disporre autonomamente indagini volte ad acquisire elementi ulteriori.

La giurisprudenza ha (o meglio aveva) altresì individuato come limite all'esercizio da parte del giudice del potere che gli è stato attribuito l'esi-

²¹ A questa *ratio* si è indirizzato F. CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale*, cit., 691.

genza che il suo intervento non violi il principio processuale della domanda (corrispondenza tra chiesto e pronunciato).

Da questa premessa aveva tratto due conclusioni che, intorno al 2010, potevano considerarsi consolidate: la limitazione del potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità ai casi in cui la domanda giudiziale proposta fosse indirizzata all'esecuzione del contratto²² e l'esclusione del potere del giudice di rilevare d'ufficio una causa di nullità diversa da quella fatta valere dall'attore o dedotta a difesa dal convenuto²³.

L'esclusione, invece, del potere di rilevare d'ufficio la nullità nei casi in cui fosse stata proposta domanda di risoluzione o di rescissione del contratto o domanda di annullamento dello stesso, non poteva considerarsi, all'epoca, consolidata perché all'orientamento, prevalente, che tale esclusione affermava²⁴, altro, di segno opposto, si contrapponeva²⁵.

All'orientamento giurisprudenziale si contrapponeva quello della dottrina, pressoché unanime nel criticarlo²⁶.

4. - L'opinabile derivazione degli stessi dal principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La valutazione di questi limiti giurisprudenziali alla stregua della *ratio* che ci è parso di potere attribuire alla disposizione che connota la nullità anche

²² Cfr.: Cass. 30 agosto 1977, n. 8258, in *Rep. Foro it.*, 1997, v. *Contratto in genere*, 807, n. 481; Cass. 10 ottobre 1997, n. 9877, n. 480, *ivi*; Cass. 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, c. 715; Cass. 9 gennaio 1999, n. 133, in *La settimana giuridica*, 1999, II, 562; Cass. 17 novembre 1999, n. 12769, in *Riv. not.*, 2000, II, 370; Cass. 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, 184; Cass. 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contratti*, 2009, 449, con nota di P. LEONE.

²³ Cfr.: Cass. n. 9877 del 1977, *cit.*; Cass. n. 2772 del 1998; Cass. n. 10498 del 2001, *cit.*; Cass. 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2768, con nota di M. SILVETTI; Cass. 8 settembre 2004, n. 18062, in *Arch. civ.*, 2004, 1275; Cass. 8 gennaio 2007, n. 89, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2829; Cass. n. 28424 del 2008, *cit.* Si è ritenuto però che non si incida su tale potere di azione quando la nullità sia dedotta come difesa (così Cass. n. 2772 del 1998, in motivazione).

²⁴ Cfr.: Cass. 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro pad.*, 1971, I, 741 con nota di N. IRTI; Cass. 9 gennaio 1999, n. 117, in *La settimana giuridica*, 1999, II, 559; Cass. 14 dicembre 2004, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. *Contratto in genere*, 936, n. 521; Cass. civ. 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2107, con nota di F. DI CIOMMO; Cass. 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Foro it.*, 2007, I, c. 430; Cass. 17 maggio 2007, n. 11550, in *Rep. Foro it.*, 2007, v. *Contratto in genere*, n. 522.

²⁵ Cfr.: Cass. 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2459, con nota di G. VIDIRI; Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2108, con nota di S. NARDI.

²⁶ Cfr., per tutti: S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 237 ss.

con la sua rilevabilità d'ufficio nel processo, induce a negare fondamento agli stessi.

Se l'osservanza dell'art. 1421 c.c. comporta, come si è sostenuto, che al contratto nullo, naturalmente inidoneo a produrre effetti nel diritto sostanziale, debba essere negata l'idoneità a produrne nel processo, il metro da adottare per risolvere i problemi che si possono porre in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità è l'opzione, nelle alternative che in astratto si pongano, a favore della conclusione che non comporti l'efficacia, diretta o indiretta, del contratto nullo.

Su questa linea, l'orientamento che nega la rilevabilità d'ufficio della nullità quando l'attore abbia promosso il giudizio per ottenere la risoluzione o la rescissione o l'annullamento del contratto non sembra meritare adesione, perché si tratta di azioni che hanno a necessario presupposto un contratto efficace, sicché il loro accoglimento, o il loro rigetto porta ad attribuire al contratto quella idoneità a produrre effetti (sia pure temporanei) che la nullità preclude²⁷.

Pure l'orientamento che vorrebbe negare al giudice il potere di rilevare e dichiarare la nullità del contratto per una ragione diversa da quella sulla quale l'attore l'aveva argomentata, finisce con l'attribuire efficacia, nel

²⁷ Alla cit. sentenza Cass. n. 1127 del 1970, tra le prime a pronunciarsi in tal senso sul tema (con riguardo ad un'azione di risoluzione per inadempimento), ha mosso immediate critiche la dottrina, cfr.: A. PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1907; F. AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 443; N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, cit., 8 dell'estr. (che sulla necessaria implicazione logica della validità del contratto nell'azione di risoluzione fonda la critica alla sentenza annotata).

Appare invece, di recente, orientato nello stesso senso di questa giurisprudenza A. DI MAJO (*La nullità*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002, 160), quando sostiene che «ove si persegua l'annientamento del contratto per altre ragioni la regola sul rilievo *ex officio* della nullità diventa improponibile», e quando aggiunge che «la rilevabilità di ufficio della nullità non arriva a tal punto da privare le parti di un proprio autonomo potere di chiedere l'annullamento del contratto (per nullità, risoluzione, rescissione)».

La motivazione che adduce a sostegno [«Il giudice non potrebbe sovrapporre al progetto di annientamento delle parti un progetto suo proprio (di annientamento)»] non mi sembra però ben centrata perché non è nel caso, in questione un concorso tra possibilità di negare efficacia al contratto per ragioni che stiano sulla stessa linea, ma si tratta di tener conto, di fronte ad azioni che tendono ad eliminare l'efficacia del contratto, che il contratto (poiché è nullo) è inidoneo, *ab origine*, a produrre effetti. D'altro lato, proprio con riguardo alla risoluzione, in altro passo dello scritto, l'A. ritiene che la regola posta debba trovare eccezione: «perché, in tal caso, la regola sulla nullità si metterebbe di traverso agli effetti risarcitori della risoluzione» (p. 160).

processo, ad un contratto che, in quanto nullo, è strutturalmente inidoneo a produrre effetti.

Analoga obbiezione può farsi valere contro l'orientamento che esclude la rilevabilità d'ufficio della nullità nei casi in cui la domanda non sia indirizzata all'attuazione del contratto. È vero che, in questi casi, diversamente dagli altri, non si realizza per via giudiziale l'esecuzione di contratti nulli, che la giurisprudenza vuole in via prioritaria impedire²⁸, ma ciò non toglie che, quando la questione della nullità emerge nel processo, il rifiuto del giudice di rilevarla finisce col rafforzare la possibilità che il contratto sia considerato valido.

L'art. 1421 c.c., quando detta che la nullità del contratto può essere dichiarata d'ufficio dal giudice, fissa una connotazione sostanziale della nullità che non dovrebbe essere incisa da principi processuali, quale quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che si ispirano alla natura dispositiva del processo civile e ai quali non sembra si possa riconoscere valenza tale da giungere ad attribuire efficacia, almeno a certi fini, a contratti inidonei, *ab origine*, a produrre effetti.

678

L'evoluzione della giurisprudenza è valsa a confermare i dubbi che la dottrina aveva avanzato in merito alla fondatezza del richiamo al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Pure in mancanza dell'art. 1421 c.c. il giudice avrebbe dovuto accertare l'esistenza dei presupposti sui quali poggiava la domanda.

Da qui il riconoscimento, da parte della giurisprudenza, del potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto del quale l'attore chiedeva l'esecuzione.

A questa stregua, era viziato da un errore di prospettiva l'orientamento volto a negare la rilevabilità d'ufficio della nullità nel caso che fosse stata proposta azione volta alla risoluzione o alla rescissione e all'annullamento del contratto.

La stessa logica che aveva portato ad ammettere la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nel caso di azioni rivolte all'esecuzione dello stesso avrebbe dovuto portare a riconoscerla anche in questi casi perché, anche se le azioni sono di segno inverso, in quanto non mirano ad eseguire

²⁸ Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 160.

il contratto bensì a renderlo inefficace, suppongono necessariamente un contratto, allo stato, efficace.

È questa la logica fatta valere nella sentenza che meglio aveva argomentato l'orientamento giurisprudenziale, all'epoca minoritario ²⁹, ma destinato ben presto a prevalere ³⁰.

Non era neppure, a ben vedere, corretto il richiamo al principio della domanda a sostegno del rifiuto di far valere d'ufficio una ragione di nullità diversa da quella posta a base della domanda introduttiva del giudizio o avanzata come eccezione, dovendosi considerare oggetto della domanda la dichiarazione di nullità del contratto a prescindere dalla ragione addotta dall'attore per sostenerla ³¹.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con due sentenze pubblicate alla fine del 2014 ³², hanno concluso l'evoluzione giurisprudenziale giungendo alle conclusioni sostenute dalla prevalente dottrina.

Si tratta di decisioni che, per l'autorevolezza dell'organo che le ha pronunciate e per la persuasività della motivazione, approfondita ed esaustiva, che le sostiene, dovrebbero segnare un punto fermo su queste questioni.

Mi piace qui sottolineare l'attenzione che nelle motivazioni di queste sentenze, come, in misura minore, di qualcuna di quelle che si sono precedentemente pronunciate ³³, è stata riservata alla dottrina. Ad essa corrisponde l'attenzione che alla giurisprudenza sulla rilevabilità d'ufficio della nullità ha sempre riservato la dottrina.

Il colloquio tra dottrina e giurisprudenza arricchisce l'una e l'altra, ma spesso manca.

²⁹ Cass. n. 6170 del 2005, cit.

³⁰ Nello stesso senso, successivamente: Cass. n. 23674 del 2008, cit.; Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2403; Cass., sez. un., 4 aprile 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 874, con nota di S. PAGLIANTINI (quest'ultima – decidendo un caso nel quale era stata proposta domanda di risoluzione del contratto – ha lasciato impregiudicata l'estensibilità della soluzione accolta al caso nel quale sia stata proposta domanda di annullamento che, in quanto tale, «non presuppone la validità del contratto»).

³¹ L'avvio al cambiamento dell'orientamento consolidato (pur di recente ribadito da Cass. 20 settembre 2013, n. 21600) è stato dato da Cass. 12 luglio 2013, n. 17257, in *Contratti*, 2014, 15, con nota di S. PAGLIANTINI, ed ha trovato l'autorevole suggello delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., n. 26242 del 2014, cit.).

³² A Cass., sez. un., n. 26242 del 2014, prima cit., si aggiunge Cass., sez. un., n. 26243 del 2014, che ha avuto lo stesso estensore ed è stata depositata lo stesso giorno.

³³ Cfr. Cass. n. 6170 del 2005, cit.

Il tema in esame, per gli approfondimenti che ha consentito e per i frutti che ha dato, è prova di quanto possa riuscire proficuo.

5. - La pronuncia sulla nullità.

È problema processuale quello della natura e degli effetti della rilevazione di una nullità operata d'ufficio dal giudice.

L'art. 1421 c.c. detta che la nullità *«può essere rilevata d'ufficio del giudice»*, non che dallo stesso *«può essere dichiarata»*. Sulla terminologia adoperata dal legislatore è dato far leva, come ha fatto la giurisprudenza ³⁴, per sostenere che, mentre la dichiarazione della nullità, previo accertamento della stessa, equivale a pronuncia giudiziale della nullità, la stessa cosa non può dirsi della rilevazione della stessa.

In effetti il giudice, rilevando una nullità, non fa che constatare, in maniera provvisoria e con possibilità di ripensamento, che si prospetta un'ipotesi di nullità: quindi, non solo non la dichiara ma neppure l'accerta. Ne è conferma il novellato art. 101 c.p.c. che, nel comma 2, impone al giudice, quando questi ritenga *«di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio»*, di riservare la decisione e di dare notizia della questione alle parti, assegnando alle stesse termine per il deposito di memorie sul tema. È evidente che la norma è volta a garantire il contraddittorio al riguardo e che lo svolgimento dello stesso può portare a ripensamenti del giudice.

Quando rileva una nullità il giudice, quindi, non la rileva solo a se stesso ma deve rilevarla anche alle parti e, fino alla sentenza, non può dirsi che abbia compiuto l'accertamento che è propedeutico alla dichiarazione della nullità.

Non ravviserei ragioni persuasive per negare che, oltre a rilevare d'ufficio la nullità del contratto anche quando questa non sia stata chiesta dall'attore o eccepita dal convenuto, nonché a fondare la nullità su una ragione diversa da quella prospettata dall'attore, sia dato al giudice rilevare d'ufficio la nullità totale del contratto a fronte di una domanda che si limiti a chiedere una dichiarazione di nullità parziale.

³⁴ Cfr. Cass., sez. un., n. 26242 del 2014, cit., c. 876.

L'atteggiamento negativo che si è manifestato in giurisprudenza muove da una non condivisibile lettura dell'art. 1419, comma 1, c.c., che, vedendo nella norma un'espressione del principio di conservazione del contratto, assume che lo stesso si concreti nell'attribuzione di peso determinante, nell'estendere o meno la nullità parziale del contratto all'intero contratto, alla volontà delle parti³⁵. Si può concordare nel ravvisare nella norma un'espressione del principio di conservazione del contratto³⁶, ma ciò solo sotto il profilo dell'imposizione dell'onere della prova a carico del contraente che miri a far conseguire alla nullità parziale la nullità dell'intero contratto, non nel senso, più penetrante, di far dipendere l'estensione della nullità dalla volontà dei contraenti, negando al giudice il potere di rilevarla d'ufficio. La norma, quando afferma che l'estensione della nullità opera solo se «risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità», ha riguardo non alla volontà effettiva dei contraenti ma ad una volontà ipotetica degli stessi³⁷, e va intesa come mero indirizzo all'interprete di tener conto del concreto assetto di interessi perseguito dai contraenti al fine di accertare se un'efficacia parziale del contratto realizzi o no un assetto di interessi congruente con quello programmato.

Quando chiede che il presupposto per l'estensione della nullità risulti dal processo la norma non pone alla rilevabilità della nullità un limite più penetrante di quello che, in generale, opera per la rilevabilità d'ufficio della nullità, che è sempre subordinata alla circostanza che la nullità emerga da elementi acquisiti al processo,

La conclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità totale del contratto anche quando l'attore avesse richiesto la dichiarazione di una nullità

³⁵ Cfr.: Cass. 27 gennaio 2003, n. 1189, in *Rep. Foro it.*, 2003, v. *Contratto in genere*, 894, n. 513; Cass. 20 maggio 2005, n. 27732, in *Rep. Foro it.*, 2005, v. *Contratto in genere*, 998, n. 557; Cass. 13 giugno 2008, n. 16017, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3137.

³⁶ Al principio fanno richiamo: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, 103 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 55 ss.

³⁷ Si indirizza invece alla ricerca della volontà delle parti G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 62 s., 166 ss., 203 ss., e in questa prospettiva si chiede se la salvezza del contratto debba essere voluta o meno da entrambi i contraenti (p. 118 s.).

Critica all'approccio volontaristico al problema muove E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 700 ss.

parziale è coerente con la *ratio* che si è posta a fondamento della rilevanza d'ufficio: una dichiarazione di nullità parziale del contratto implicherebbe, infatti, il riconoscimento della validità della parte di contratto non colpita da nullità³⁸. Nell'ipotesi, speculare, nella quale sia chiesta dall'attore la nullità integrale del contratto ed il giudice constati la configurabilità di una nullità solo parziale, riterrei che lo stesso possa o accogliere la domanda, quando ravvisi – *ex art. 1419, comma 1, c.c.* – i presupposti per estendere la nullità parziale all'intero contratto, o dichiarare d'ufficio la nullità parziale, considerando questa ricompresa nella domanda volta alla dichiarazione della nullità totale³⁹.

A questa regola si sottraggono le c.d. «nullità di protezione» che, nella disciplina dettata dall'art. 36 cod. cons. per le clausole vessatorie ma ragionevolmente estensibile a tutte le ipotesi di nullità di protezione, possono essere rilevate d'ufficio solo a vantaggio del consumatore. Tale finalizzazione dell'intervento del giudice comporta infatti che il giudice non possa procedere d'ufficio all'estensione della nullità parziale all'intero contratto contro la volontà del consumatore che la previsione di nullità è volta a proteggere.

Quanto sin qui detto ha portato a togliere rilievo, ai fini del contenimento del potere giudiziale di rilevare d'ufficio le nullità, al principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (principio della domanda).

A questo principio mostra, per vero, di voler continuare ad attribuire un

³⁸ Da questa esigenza, pur condividendola, la più volte cit. Cass. civ., sez. un., n. 26242 del 2014 trae la conseguenza – nel caso che le parti, dopo che il giudice ha rilevato la nullità totale, non ne chiedano l'accertamento – che il giudice debba respingere la domanda volta all'accertamento della nullità parziale (c. 904).

Non mi pare però che, se al rigetto della domanda di accertamento della nullità parziale non si accompagni la dichiarazione d'ufficio della nullità totale del contratto, tale esigenza possa dirsi soddisfatta.

³⁹ Così la considera Cass. civ. n. 16017 del 2008, cit., c. 314 s.

È di avviso contrario Cass. civ., sez. un., n. 26242 del 2014, cit., c. 903, che fa leva della diversità della tutela richiesta con la domanda di nullità parziale rispetto ad una domanda di nullità totale assumendo che, mentre la nullità totale è rivolta alla «caducazione del rapporto negoziale e dei suoi effetti» la domanda di nullità parziale «mira ad un effetto conservativo di parte del negozio». L'argomento è suggestivo, ma la contrapposizione tra caducazione e conservazione consegue al modo nel quale la distinzione è formulata, perché nulla impedisce di vedere nella domanda di nullità parziale l'intento di caducare una parte del contratto, prospettando in entrambi i casi una finalità di caducazione (in un caso totale e nell'altro parziale).

certo peso la giurisprudenza più recente quando distingue tra rilevazione di nullità e dichiarazione di nullità, allargando l'ambito di operatività della prima ⁴⁰ ma condizionando la possibilità di statuire nel dispositivo la nullità del contratto all'atteggiamento assunto dalle parti dopo che il giudice, rilevata la nullità, le abbia invitate a prendere posizione sulla stessa *ex art. 101, comma 2, e 183, comma 4, c.p.c.*: in mancanza di richiesta delle parti, si ritiene, la nullità potrebbe essere dichiarata solo in motivazione e assunta nella stessa come *ratio decidendi*, ma non potrebbe entrare a far parte del dispositivo della sentenza ⁴¹.

Mi lascia, infine, perplesso la proposta di porre un limite alla rilevabilità d'ufficio della nullità dando peso a un principio di economicità processuale che, nel caso in esame, dovrebbe valere a precludere la rilevazione d'ufficio della nullità quando la causa possa essere decisa facendo capo ad una ragione di decisione «più liquida» ⁴².

Non vi è dubbio che la sollecitudine della decisione costituisce una componente della giustizia del processo, ma all'esigenza di pervenire rapidamente alla decisione non è dato attribuire preminenza su altre esigenze fondamentali, tra le quali quella di non consentire che il processo costituisca strumento per attribuire rilevanza a un contratto nullo.

D'altra parte, una decisione che, in base al principio di economicità del processo, avesse a rigettare domande che necessariamente presuppongono un contratto valido, ricorrendo ad una ragione di decisione «più

⁴⁰ Cass. n. 26242 del 2014, cit., c. 904. Su questa linea, in dottrina: R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., Torino, II, 2004, 558 s.

⁴¹ Cass. n. 26242 del 2014, cit.

La differenza tra le due situazioni è nella sentenza attenuata dal riconoscimento che la dichiarazione in motivazione della nullità come *ratio decidendi* «ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale» (Cass. n. 26242 del 2014, cit.) ma C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Studi senesi*, Siena, 2014, 150 ss., hanno ben chiarito che la dichiarazione solo in motivazione della nullità non dà luogo ad un vero e proprio giudicato ma crea un vincolo al motivo portante, limitato alle parti e da intendere come preclusione extra processuale fondata sul dovere di correttezza e buona fede *ex art. 1175 c.c.*

⁴² Ciò comporterebbe, secondo Cass., sez. un., n. 26242 del 2014, cit., nell'ipotesi di rigetto della domanda, l'attribuzione della priorità, rispetto alla dichiarazione di nullità, «alla ragione più evidente, più pronta, più piana» (c. 892 s.), con conseguente rigetto della «domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento senza rilevare – né dichiarare – l'eventuale nullità, se fonda la decisione sulla base dell'individuata ragione più liquida» (c. 904).

liquida» della dichiarazione di nullità del contratto, lascerebbe praticamente alla discrezione del giudice, quando lo stesso si fosse reso conto dell'esistenza di un problema di nullità del contratto, la scelta tra il farla valere e il prescindere dalla stessa, pronunciando sentenza che comunque lascia supporre la validità del contratto ⁴³.

⁴³ Alla soluzione prospettata dalla sentenza muove critica, annotandola, F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 927 s.