

Nullità del contratto

# Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto

di **Angelica Passarella**

Il Giudice di merito ha il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione del contratto stesso? Quali saranno i risvolti in tema di giudicato? Nel contributo che segue l'Autrice, inquadrata la questione dei limiti all'esercizio dei poteri officiosi ex art. 1421 c.c., da sempre al centro di burrascosi rapporti tra dottrina e giurisprudenza, risponde al quesito proposto sulla base delle linee-guida offerte dalle Sezioni Unite, le quali, con recente decisione, sembrano aver portato il "sereno", ponendo fine all'annosa *querelle*

## La fattispecie (\*)

Tizio stipula un contratto preliminare con cui si impegna a dare in permuta la proprietà di un terreno a Caio, il quale si obbliga a fargli avere la proprietà di uno dei fabbricati che dovrebbe successivamente costruire sul fondo.

Intervenuto, però, il fallimento dell'impresa di Caio, il curatore fallimentare comunica lo scioglimento del contratto preliminare a Tizio. Quest'ultimo agisce per la risoluzione del contratto e la restituzione del terreno. Il Fallimento resiste. Il Tribunale rigetta la domanda affermando che lo scioglimento del contratto avrebbe caducato la promessa di vendita e che le pretese del contraente *in bonis* andrebbero soddisfatte mediante insinuazione al passivo. In sede di appello Tizio chiede che sia pronunciata la nullità del contratto preliminare per indeterminatezza dell'oggetto (omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato). Il Fallimento resiste, eccependo l'inammissibilità della domanda, perché nuova, essendo stata richiesta inizialmente la risoluzione.

Il Giudice di merito ha il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione del contratto stesso? Se sì, pronuncerà con efficacia di giudicato sulla *quaestio nullitatis*?

## Rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. tra limiti processuali e sostanziali. La tradizionale tesi restrittiva sposata dalla Cassazione

Il quesito proposto riguarda il tema spinoso involgente i limiti ai poteri del giudice di rilevabilità offi-

cia della nullità contrattuale, secondo la regola scolpita nell'art. 1421 c.c.

Tale regola è tesa a garantire, anche nell'inerzia delle parti, la tutela di interessi generali, tra cui quello alla certezza dei traffici giuridici (1).

Per dirla con autorevole dottrina, nel sancire la nullità del contratto, l'ordinamento si pone «*in antagonismo con la scelta di autonomia privata*», laddove cancellare gli effetti del contratto corrisponde alla necessaria salvaguardia dell'interesse generale, di cui l'ordinamento è portatore (2).

Trattasi, però, di una regola che, lungi dal valere *tout court*, come dogma inderogabile nell'ambito del sistema, sembra in realtà soffrire di alcune eccezioni, date dall'esigenza di coordinamento tra diritto sostanziale e diritto processuale (3).

In primo luogo, la stessa incontra il limite dato dal principio di disponibilità delle prove di cui all'art. 115 c.p.c. (4), da cui discenderebbe che al giudice sarebbe preclusa la possibilità di rilevare la nullità

### Note:

(\*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) Cfr., Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 135 ss; Di Majo, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, 7, XIII, Torino, 2002, 153.

(2) Roppo, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, 1989, 47, ove l'Autore precisa che: «*L'essere il rimedio di nullità antagonista all'autonomia privata, e orientato all'interesse generale, giustifica i profili salienti del regime dei contratti nulli: così in punto di legittimazione attiva, imprescrittibilità dell'azione, rilevabilità di ufficio, insanabilità, retroattività e opponibilità ai terzi*».

(3) Cfr., Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 369 ss.

(4) Cfr., sull'argomento, Patti, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, suppl. n. 1, 75 ss.

del contratto se tale invalidità non risulti dagli atti e dai fatti allegati e provati dalle parti (5).

D'altra parte, però, è stato osservato che il comma 2 dello stesso art. 115 c.p.c. stabilisce che il giudice, senza bisogno di prova, può in ogni caso porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Tra queste, dovrebbe ad esempio annoverarsi quella secondo cui è nullo o, meglio, inesistente, appunto per comune esperienza, il contratto concluso *ioci o docendi causa*. Sicché il giudice avrebbe certamente il potere di rilevarne la nullità anche nell'inerzia probatoria delle parti (6). Secondo la Giurisprudenza assolutamente dominante (7), il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. deve essere altresì coordinato con il principio della domanda, di cui all'art. 99 c.p.c., e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.

Ne discende che solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice sarà tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti; al contrario, qualora la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, la deduzione di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda (nella prima ipotesi) ovvero di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto diverso dall'inadempimento (nella seconda ipotesi), sarebbero inammissibili: né tali questioni potrebbero essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita* (8).

In altri termini, secondo tale orientamento, al giudice sarebbe consentito di rilevare d'ufficio la nullità solo nel caso in cui l'oggetto della domanda giudiziale presupponga l'esecuzione del contratto e non, invece, quando sia stato chiesto l'annullamento, la risoluzione o la rescissione del contratto. Diversamente, il giudice incorrerebbe nella violazione del principio dispositivo e in quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Nel dettaglio, si è affermato, con riguardo all'azione di risoluzione, che la stessa differirebbe dall'azione di nullità sia per il *petitum* che per la *causa pretendi*. Infatti, mentre il *petitum* dell'azione di nullità sarebbe costituito dall'accertamento dell'irrelevanza giuridica di un certo negozio e dei suoi effetti, quello dell'azione di risoluzione, rescissione o annullamento sarebbe invece costituito da una corrispondente pronuncia costitutiva. E ancora, si è asserito che mentre la *causa pretendi* dell'azione di nullità sarebbe costituita dalla mancanza di un titolo valido e

idoneo a produrre gli effetti del negozio, quella dell'azione di risoluzione, rescissione o annullamento sarebbe costituita dal diritto potestativo alla eliminazione degli effetti. Pertanto, il cambiamento dell'uno o dell'altra ad opera del giudice darebbe luogo all'attribuzione di un'utilità diversa da quella richiesta, con la conseguenza che la relativa pronuncia violerebbe il dogma di cui all'art. 112 c.p.c. (9).

Dunque, la domanda di parte si porrebbe come limite assoluto e invalicabile, oltre il quale il giudice

### Note:

(5) Cfr., *ex multis*, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1552, in *Arch. civ.*, 2004, 1319 ss; Cass., 6 agosto 2002, n. 11772, *ivi*, 2003, 668 ss; Cass., 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Studium Juris*, 1999, 326 ss.

(6) Nardi, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 2, 174.

(7) Cfr., Cass., 30 gennaio 2012, n. 1284, in *Guida dir.*, 2012, 12, 67; Cass., 27 aprile 2011, n. 9395, in *C.E.D. Cass.*, 2011; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Resp. civ.*, 2011, 10, 661, con nota di Abatangelo; Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Mass. Giur. It.*, 2009, 993; Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, in questa *Rivista*, 2009, 449 ss., con nota di Leone; Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. e contr.*, 2009, 318 ss., con nota di Benussi; Cass., 29 luglio 2008, n. 20560, *ibidem*, 696 ss., con nota di Gliotti; Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218, in *Guida dir.*, 2008, 14, 59; Cass., 28 maggio 2007, n. 89, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1; Cass., 17 maggio 2007, n. 11550, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in questa *Rivista*, 2007, 421 e in *Obbl. e contr.*, 2007, 494 ss., con nota di Benussi; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in questa *Rivista*, 2006, 480 e in *Foro It.*, 2006, I, 2107, con nota di Di Ciommo; Cass., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass., 8 settembre 2004, n. 18062, in *Arch. Civ.*, 2004, 1275; Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. It.*, 2005, 1609, con nota di Tommasi; Cass., 23 aprile 2004, n. 7780, in *Riv. Dir. comm.*, 2005, II, 27, con nota di Iacono; Cass., 6 agosto 2003, n. 11847, in questa *Rivista*, 2004, 357; Cass., 30 maggio 2003, n. 8810, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 20 marzo 2003, n. 4079, in questa *Rivista*, 2003, 785 e in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, 2768; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. Not.*, 2002, II, 184; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in questa *Rivista*, 2000, 6, 547, con nota di Carnevali, e in *Giur. It.*, 2000; Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in questa *Rivista*, 2000, 456; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *ivi*, 1999, 4, 359; Cass., 14 marzo 1998 n. 2772, in *Urb. e app.*, 1998, 10, 1074, con nota di Monaco; Cass., 10 ottobre 1997, n. 9877, in questa *Rivista*, 1998, 21 e in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass., 22 aprile 1995, n. 4607, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass., 7 aprile 1995, n. 4064, *ivi*, 1995 e in *Giust. civ.*, 1995, I, con nota di Nullo; Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611, con nota di Laghezza; Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348 ss.; Cass., Sez. Un., 25 marzo 1988, n. 2572, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1760, con nota di Di Letizia; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, *ibidem*, 1936, con nota di Massetani; Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.*, 1989, I, 1938 ss., con nota di Massetani; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Giur. It.*, 1971, I, 1, 444, con nota di Amato, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, con nota di Pro Pisani e in *Foro pad.*, 1971, I, 742, con nota di Irti; Cass., 28 maggio 1966, n. 1390, in *Mass. Giur. It.*, 1966; Cass., 4 marzo 1960, n. 40, in *Mass. Giur. It.*, 1960; Cass., 20 dicembre 1958, n. 3937, in *Giur. It.*, 1959, I, 1, 760.

(8) Cfr., fra tutte, Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, *cit.*, e Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, *cit.*

(9) Cfr., Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, *cit.*

non può pronunciarsi, anche in ossequio all'art. 111 Cost., che richiederebbe di evitare, al di là di precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa (10).

Ne consegue che qualora oggetto dell'azione sia la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto, l'eventuale dichiarazione d'ufficio della nullità violerebbe il divieto di pronunciare *ultra petita*. Il giudice, per contro, potrebbe rilevare d'ufficio la nullità ex art. 1421 c.c. quando questa contraddica la domanda impedendone l'accoglimento e, dunque, nel solo caso in cui la stessa sia volta all'applicazione del contratto o alla dichiarazione di nullità per causa diversa da quella dedotta (11).

### L'insegnamento della dottrina

La soluzione della Giurisprudenza appena riportata ha trovato sostegno solo in poche ed isolate voci dottrinali (12), essendo stato - al contrario - ripetutamente oggetto di critiche che ne hanno evidenziato l'infondatezza, sia dal punto di vista logico che giuridico (13).

Innanzitutto, si è fatto leva sul dato letterale, evidenziando come non vi sia traccia, nel testo dell'art. 1421 c.c., di qualsivoglia limitazione all'esercizio del potere officioso del giudice ai soli casi in cui sia dedotta in giudizio l'applicazione del negozio nullo (14).

In maniera molto più pregnante, poi, la dottrina pressoché unanime ha obiettato che anche le domande di annullamento, risoluzione e rescissione, in quanto volte all'eliminazione degli effetti contrattuali, presuppongono - così come la domanda di esecuzione/adempimento - l'accertamento della validità e dell'efficacia del contratto, che si pone quindi come imprescindibile passaggio logico e come questione pregiudiziale rispetto ad ogni azione esperita dai contraenti (15): se, infatti, il contratto è nullo, non potrà essere pronunciata una sentenza costitutiva di annullamento, volta ad eliminare *ex tunc* la sua efficacia, esclusa sin dall'origine a causa del vizio di nullità. Allo stesso modo, non potrà essere accolta una domanda di risoluzione, né si potrà parlare di inadempimento, se il contratto è nullo, ed i relativi obblighi non sono mai venuti ad esistenza (16).

#### Note:

(10) In termini, Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, cit.

(11) Cfr., Cass., 29 luglio 2008, n. 20560, cit.

(12) Cfr., Filanti, *op. cit.*, 135; Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1999, 1588, ove si dichiara che la tesi secondo cui il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità si spingerebbe anche al caso in cui questa non rientri nel *thema decidendum* «non solo è espressione di quell'approccio per cui domande

ed eccezioni (come la nullità) non sarebbero modi di assicurare una giusta composizione dei conflitti ma conseguenze di mitici fatti ed effetti giuridici che il giudice-scientista scoprirebbe, anche quando nessuno glielo chiede, ma è anche espressione di una visione petulante della funzione giurisdizionale». A sostegno di tale interpretazione restrittiva, cfr. anche Pilloni, *La Cassazione e il rilievo ex officio della nullità contrattuale tra oggetto del giudicato, principio dispositivo e corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1684, ove l'Autore afferma che: «I poteri officiosi esperibili, retaggio di un processo di stampo inquisitorio, sono sorretti da una precisa ratio che innerva l'intero giudizio civile, che non ammette estensioni indebite e che, soprattutto, mal sopporta contrasti o contraddizioni con altri principi cardini primariamente sanciti dal nostro ordinamento. Il monito dunque che qui si solleva è che il potere del magistrato non può spingersi al punto da sopperire ad una incompleta e mancante difesa, dal momento che la ratio a cui si ispira detto potere ne sottende anche i limiti, in base alla lettura dei combinati disposti degli artt. 99 e 112 c.p.c. e 1421 c.c.».

(13) Cfr., *ex plurimis*, Massetani, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, 1943; Irti, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I, 741 ss.; Mariconda, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 962 ss.; Vidiri, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, 10, 2459; Monticelli, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1990, I, 669; Sacco, *Il Contratto*, II, 2004, 493 ss., 557 ss.; Bianca, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, 2000, 628, ove l'Autore giudica alquanto discutibile l'orientamento restrittivo, perché «anche nel caso di risoluzione per inadempimento la pretesa ha titolo nel contratto, in quanto ciò che la parte lamenta è il mancato o inesatto adempimento del contratto, con la conseguente pretesa al risarcimento dell'interesse contrattuale positivo».

(14) Sul punto si veda Oriani, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. civ.*, VII, 1991, 277.

(15) Sul punto, cfr., Nardi, *op. cit.*, p. 178, ove l'Autore afferma che: «la nullità, quale causa di inefficacia del contratto, deve essere rilevata tutte le volte in cui da quel contratto si vuole che derivino degli effetti, siano essi relativi all'adempimento, ovvero alla risoluzione, rescissione e annullamento del medesimo». In giurisprudenza cfr., Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 4, 372, con nota di Dottore e in *Corr. giur.*, 2005, 957, con nota di Mariconda., ove si spiega che: «la questione di validità del negozio è implicata allo stesso modo tanto nella domanda di risoluzione quanto in quella di adempimento (o di esecuzione), in quanto sono risposte alternative che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento. Anche la prima di tali domande, infatti, essendo fondata sull'affermazione che un determinato obbligo è stato inadempito e che non ricorrono circostanze di esclusione della responsabilità, implica necessariamente che un obbligo sia sorto in conseguenza del negozio, e ciò a sua volta presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio stesso. Anche essa è dunque domanda di applicazione, poiché la parte postula che il negozio sia valido e abbia spiegato i propri effetti». Nello stesso senso, Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2459, con nota di Vidiri.

(16) A sostegno della tesi della dottrina sono intervenute alcune isolate pronunce che, superando l'orientamento restrittivo, hanno affermato la rilevanza d'ufficio della nullità del contratto anche laddove in giudizio ne vengano richiesti l'annullamento, la risoluzione o la rescissione, essendo i presupposti e gli elementi costitutivi di tali impugnative contrattuali i medesimi della domanda di adempimento. Cfr., Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, in questa *Rivista*, 2011, 677 ss., con nota di Pirovano; Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. e contr.*, 2009, 4, 318, con nota di Benussi e in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 3, 1, 197, con nota di Nar-

(segue)

Trattasi, come evidente, di un assunto, questo, difficilmente confutabile, tanto che lo stesso riceve ulteriore conferma, almeno per quel che riguarda la domanda di risoluzione per inadempimento, da quanto affermato dalla celebre pronuncia delle Sezioni Unite del 2001 in tema di ripartizione dell'onere probatorio (17), ove si legge che il creditore, tanto che agisca per ottenere l'adempimento quanto per sentir pronunciare la risoluzione del contratto, è assoggettato al medesimo onere probatorio, essendo sufficiente che provi la sola fonte del suo diritto, ossia il contratto stesso, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento. Ciò sul presupposto che tra le due domande vi è identità di fatto costitutivo: trattasi, infatti, di diversi rimedi approntati dall'ordinamento per rimuovere le conseguenze negative del fatto-inadempimento (18).

D'altronde, l'irragionevolezza del menzionato orientamento giurisprudenziale - espressione di un diritto *vivente* del tutto sordo alle istanze provenienti dal mondo della dottrina, nonché pericolosamente disinvolto nell'interpretare il dato normativo *praeter legem* - emerge con tutta evidenza se solo si considerino le conseguenze abnormi e paradossali cui l'applicazione dello stesso potrebbe dare luogo.

In particolare, una restrizione dei margini di rilevanza d'ufficio della nullità potrebbe, in via teorica, comportare il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno a seguito di inadempimento di una clausola di un contratto nullo.

Allo stesso modo, potrebbe pervenirsi all'assurdo - in ipotesi di richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità pur in presenza di un contratto nullo - che il convenuto eviti la risoluzione del contratto «*offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, ultimo comma, c.c.)*» (19).

Ancora, si è fatto riferimento, a titolo esemplificativo, ad una domanda di risoluzione di un contratto concluso sulla scena, o di rescissione *ex art. 1447 c.c.* di una sottomissione a servitù della gleba, o di riduzione ad equità di un matrimonio atipico convenzionale, per affermare che: «*qualsiasi giudice trancerebbe la questione in venti righe di sentenza, proclamando innanzi tutto che siffatti patti sono improduttivi di ogni e qualsiasi effetto giuridico*». Se mai non provvedesse a tanto un giudice di merito troppo ligio alla lettera dell'insegnamento della Corte regolatrice, provvederebbero a ristabilire il buon senso gli ermellini, perché «*in quell'occasione tutti gli scrupoli dipendenti dal petitum e dall'oggetto originario del giudizio crollerebbero di colpo*» (20).

Infine, si è posto in luce il paradosso cui condurrebbe l'applicazione del summenzionato orientamento nel caso in cui si incrocino contrapposte domande

di adempimento e di risoluzione per inadempimento: in tale ipotesi il giudice non potrebbe che respingere entrambe le domande, essendo inimmaginabile che, in coerenza con il criticato indirizzo, rilevi d'ufficio la nullità solo in relazione alla domanda di adempimento e non anche in relazione alla domanda di risoluzione per inadempimento (21).

### **Il problema del giudicato sulla *quaestio nullitatis* rilevata d'ufficio e l'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio *ex art. 101 comma 2 c.p.c.***

Secondo un'autorevole dottrina (22), la norma di cui all'art. 1421 c.c. non sarebbe da iscriverne nella cornice dell'art. 112 c.p.c., bensì in quella dell'art. 2907 comma 1 c.c. che, come noto, in alcuni casi tassativi, consente al giudice di pronunciarsi anche a prescindere dalla domanda di parte, con piena efficacia di giudicato a tutti gli effetti.

Nell'ipotesi della nullità, vi è da dire che la stessa si pone come questione pregiudiziale inerente alla domanda di parte (23), nell'ambito di una lite avviata con riferimento al contratto.

Ne discende che l'accertamento officioso non sarebbe idoneo a formare il giudicato, non potendosi così apprezzare *erga omnes* l'inefficacia propria del contratto nullo.

Ciò comporterebbe effetti paradossali, laddove la parte che si sia vista respingere la domanda di risoluzione per rilevata nullità sia poi convenuta in giudizio per essere condannata all'adempimento; le resterebbe di certo la possibilità di difendersi eccependo la nullità, ma con il rischio che non venga ritenuta sussistente, laddove nel frattempo sulla risolu-

#### **Note:**

(continua nota 16)

di; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 10, 1418, con nota di Consolo; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit.; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, cit.; Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, in *ivi*, 1986; Cass., 6 marzo 1970, n. 578, *ivi*, 1970.

(17) Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in questa *Rivista*, I, 2002, 113.

(18) Nello stesso senso, Leone, *Potere di rilievo officioso della nullità e principio della domanda*, in questa *Rivista*, 2009, 453.

(19) Cfr., al riguardo, Monticelli, *op. cit.*, 683; Amato, *Risoluzione, rescissione, annullamento del contratto nullo?* In *Giur. It.*, 1971, I, 1, 444; Di Majo, *Il giudizio di nullità*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 2005, 153.

(20) Cfr., Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, 889.

(21) Mariconda, *op. cit.*, 965 e 966.

(22) Irti, *op. cit.*, 746. *Contra*, Oriani, *op. cit.*, 288.

(23) Così Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit.

zione si sia formato il giudicato. Trattasi, d'altronde, di rischi verificabili anche nel caso di azione di rescissione o di annullamento (24).

Proprio per evitare simili inconvenienti, si è precisato che la pronuncia incidentale di nullità non andrebbe iscritta nell'ambito operativo dell'art. 34 c.p.c. che, come noto, attribuisce l'efficacia di giudicato alle sole questioni pregiudiziali c.d. tecniche, previa domanda di parte o per volere della legge (25).

Al contrario, la *quaestio nullitatis* sarebbe qualificabile come una pregiudiziale in senso logico, rappresentando il fatto costitutivo del diritto che si fa valere dinanzi al giudice (26).

Pertanto l'efficacia del giudicato coprirebbe non solo la pronuncia finale, ma anche e soprattutto l'accertamento che si presenta come presupposto logico-giuridico della pronuncia stessa, cosicché per le medesime parti processuali la dichiarazione di nullità del contratto avrà forza di giudicato negli eventuali successivi giudizi che avessero ad oggetto lo stesso contratto (27).

D'altronde, l'adesione alla tesi della dottrina non comporterebbe alcuna lesione del principio del contraddittorio. Ciò in quanto l'art. 1421 c.c. consegna nelle mani del giudice il potere di provocare il contraddittorio sulla questione rilevata *ex officio*, ai sensi dell'attuale comma 4 dell'art. 183 c.p.c. (28).

A seguito di tale sollecitazione, infatti, è assai verosimile che l'attore chieda espressamente la nullità del contratto (29), così da consentire al giudice di pronunciare sulla questione con efficacia di giudicato.

Ove ci si limitasse ad ammettere la rilevanza d'ufficio della nullità al solo scopo di respingere la domanda principale, si costringerebbe l'attore ad intraprendere un nuovo giudizio per far dichiarare la nullità medesima (30), con l'evidente pregiudizio per l'economia processuale, che dovrebbe governare l'intero sistema.

In forza di tale principio, dovrebbe peraltro ammettersi che la nullità negoziale possa essere rilevata dal giudice anche dopo la prima udienza di trattazione (31).

A corroborare tale assunto interviene il disposto di cui all'art. 101 comma 2 c.p.c. (così come recentemente riformato dall'art. 45 comma 13 l. 18 giugno 2009, n. 69), che colpisce con la nullità la sentenza c.d. della terza via, o a sorpresa, e cioè fondata su una questione rilevata d'ufficio e non segnalata alle parti. Ciò significa che tale articolo, nel prevedere un obbligo in capo al giudice, e non una mera facoltà come previsto invece dall'art. 183 comma 4 c.p.c., non fa altro che confermare che il rilievo officioso della nullità consiste nella segnalazione della nullità stes-

sa alle parti, le quali avranno l'onere di provvedere al deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione medesima (32).

Alla luce, dunque, del nuovo art. 101 c.p.c., sembrerebbe del tutto superato il problema del giudicato sulla questione della nullità rilevata *ex officio*, proprio perché l'obbligo di provocare il contraddittorio su detta questione pregiudiziale comporterebbe in ogni caso che anche sulla stessa scenda il giudicato (33).

### “La quiete dopo la tempesta”

Qualcuno (34) ha argomentato efficacemente sostenendo che: «la sentenza è il mezzo offerto al giudice per applicare la legge nel caso concreto: or se per legge un atto è nullo, anche nel silenzio delle parti il magistrato adito deve provvedere *secundum ius* pronunciando la nullità, perché altrimenti violerebbe doppiamente la legge, applicando ad un atto nullo una norma che postula invece l'esistenza di un atto valido, e però venendo meno al primo ed essenziale dei suoi doveri, di giudicare alla stregua del diritto positivo quale esso è e non quale gli interessati o per ignoranza o per negligenza immaginano che sia».

Giudicare alla stregua del diritto positivo è, dunque, il primo dei doveri del giudice, nell'ambito di un sistema-diritto di tipo garantistico, che non può e non deve tollerare l'adozione di soluzioni interpretative che si discostino in primis dal dato letterale normativo, e, *in secundis*, dallo spirito e dalla *ratio* della legge. Ora, nel caso della rilevanza d'ufficio della nullità, appare evidente come l'interpretazione restrittiva sposata dalla Cassazione non solo non trovi alcun fondamento nel dato letterale normativo, ma, soprattutto, si ponga in insanabile contrasto con l'intima *ratio* sottesa all'art. 1421 c.c., che è quella di tu-

#### Note:

(24) In tal senso, Massetani, *op. cit.*, 1936.

(25) Ancora Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit.

(26) Sulla distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica, cfr., per tutti, Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

(27) Massetani, *op. cit.*, 1940.

(28) Proto-Pisani, *Nota a Cass. 18 aprile 1970, n. 1127*, in *Foro it.*, 1970, I, 1908.

(29) Corsini, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 686.

(30) Ancora Corsini, *op. cit.*, 689-690.

(31) Chiarloni, in AA.VV., *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 176 ss.

(32) Cfr., Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss.

(33) Nardi, *op. cit.*, 183.

(34) Stolfi, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 151 ss.

telare interessi generali, al di là di qualsivoglia richiesta avanzata dalle parti in giudizio.

Tali rilievi sono stati fatti propri, da ultimo, dalle Sezioni Unite (35), le quali, premesso che tale linea interpretativa non sia più sostenibile perché «in primo luogo svislisce la categoria della nullità, l'essenza della quale (...) risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo» ed «in secondo luogo viene depotenziato il ruolo che l'ordinamento affida all'istituto della nullità, per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale», hanno espresso il principio di diritto secondo cui: «Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni».

Ciò sul presupposto che il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati, non possa sottrarsi all'obbligo del rilievo, e ciò - si badi bene - non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra. Soltanto «fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali, ma con cui viene qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso, senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio».

Le conclusioni a cui addivengono le Sezioni Unite sono corroborate dagli «esiti processuali» che pure, come visto, la dottrina aveva intuito da molto tempo. Posto, infatti, che l'art. 183 comma 4 c.p.c., nel prevedere il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, è espressione del manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, «e non un innaturale esercizio dei poteri processuali, a seguito del rilievo officioso le parti avranno possibilità di formulare domanda che ne sia conseguenza, e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in azione di nullità» (36).

Allo stesso modo, il nuovo comma secondo dell'art. 101 c.p.c., come sopra visto, impone anche al giudice che sia in fase di riserva della decisione, se ritenga di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione, laddove l'art. 153 c.p.c. ha ampliato la facoltà di essere ri-

messa in termini della parte che sia incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile, come accade quando il rilievo officioso giunga tardivamente (37).

Tale ricostruzione del sistema ha conseguenze intuitibili quanto al giudicato, ben illustrate dalle Sezioni Unite.

Qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato.

Nel caso in cui sia omissivo il rilievo officioso della nullità, e l'omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante, con l'indicazione delle attività processuali che lo stesso avrebbe potuto porre in essere (38). Ove, invece, non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità farà pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

## Conclusioni

Alla luce delle suesposte considerazioni, si dovrà concludere che il Giudice di merito, chiamato a pronunciarsi sull'ipotetica fattispecie disegnata nella primissima parte del presente contributo, dovrà rilevare d'ufficio la nullità del contratto anche se in primo grado Tizio aveva proposto domanda di risoluzione. Al contempo dovrà anche disporre la restituzione del fondo, in quanto espressamente richiesta dalla parte. La statuizione sulla *quaestio nullitatis*, se non impugnata, avrà efficacia di giudicato.

### Note:

(35) Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in questa Rivista, 2012, 869 ss., con nota di Pagliantini, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*.

(36) In senso critico si veda Pagliantini, *op. cit.*, 881, ove l'Autore afferma che: «una rilevabilità officiosa, se è davvero tale, ben poco si apparenta, come invece sembrano credere le Sezioni Unite, col successivo promuoversi di un'azione di nullità: ma poi, ed è forse l'obiezione più stringente, immaginare che l'attore, per effetto dell'indicazione seppur dovuta di cui all'art. 183 comma 4, sia autorizzato a convertire quella che era la sua prima diversa domanda, sembra davvero stridere con quel principio di terzietà del giudice».

(37) Logico corollario del rilievo d'ufficio della nullità e del relativo accertamento è l'accoglimento di ogni richiesta formulata unitamente alla domanda di risoluzione e compatibile con la diversa ragione rappresentata dalla nullità, come avviene nel caso di domanda restitutoria. Questa conseguenza - hanno spiegato le Sezioni Unite - si verifica senz'altro in ipotesi di modifica della domanda con richiesta di declaratoria della nullità. Altrettanto avverrà in ipotesi di rigetto - fondato sulla nullità contrattuale rilevata d'ufficio - della domanda di risoluzione, alla quale sia associata, anche originariamente, la richiesta di condanna alle restituzioni.

(38) Nello stesso senso cfr. Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Giur. It.*, 2006, 7, 1456.