

Nullità del contratto

La recuperabilità del contratto nullo

di SALVATORE MONTICELLI

Le nullità cd. di protezione hanno riaperto il dibattito sul recupero del contratto nullo e sulla tenuta del divieto di convalida contenuto nell'art. 1423 c.c. Esse, poste prioritariamente in funzione di tutela della parte debole, sono meno distruttive delle nullità di diritto comune poiché il mantenimento del contratto, privato delle clausole vessatorie, è funzionale all'obiettivo di protezione. In quest'ottica e con questa consapevolezza vanno conformate le regole di comportamento degli operatori del diritto e riconsiderato, senza apriorismi, il regime delle responsabilità. (*)

I. Il recupero del contratto: il problema nel divenire del quadro normativo di riferimento

Il termine "recupero", come si sottolineava da Pietro Rescigno nella presentazione al libro di Alba Negri dal titolo "Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione" (1), evoca immagini di navi in pericolo e di vaganti relitti; se riferito al contratto nullo il termine, benché atecnico, generico e polisenso, senz'altro induce, sul piano descrittivo, l'idea del superamento di una condizione di negatività dell'atto di autonomia privata.

In altre parole, se si vuole rimanere nell'ambito della suggestiva metafora, il termine recupero suggerisce un approdo del contratto nullo nel sistema giuridico e, così, il superamento delle acque infide e delle nebbie dell'irrelevanza giuridica. Senonché la disciplina civilistica della nullità consegnataci dal codice civile esclude, in ragione dell'interesse pubblico da essa tutelato e, dunque, del diverso fondamento sostanziale rispetto all'annullabilità, la convalida del contratto nullo, benché, nella seconda parte dell'articolo 1423 c.c., introduce una clausola di salvezza: "se la legge non dispone diversamente". A tal riguardo è noto l'orientamento assolutamente prevalente che riduce l'inciso ad una mera formula di rinvio, priva di un reale contenuto normativo, pur non negando che una serie di norme e comportamenti della prassi aprono breccie significative verso il recupero del contratto nullo nel sistema giuridico. Con argomentazioni convincenti e condivisibili si afferma anche, però, che il recupero non necessariamente si traduce in una eccezione al divieto di convalida del contratto viziato da nullità, trovando piuttosto migliore collocazione tra le eccezioni alla regola non scritta della assoluta improduttività di effetti di esso (2). Le recenti profonde modifiche al nostro sistema giuridico e, tra esse, la progressiva destrutturazione della categoria della nullità realizzatasi negli ultimi quindici anni a seguito delle incursioni della legislazione di derivazione comunitaria, sono state innesco fecondo di un rinnovato interesse per lo studio della nullità del contratto: in particolare di quelle forme di nullità, relativa e parziale, che

non erano certo al centro dell'impianto codicistico, imperniato, piuttosto, sulla nullità assoluta. In tale contesto si è riaperto il dibattito sul recupero del contratto nullo e sulla tenuta del divieto di convalida contenuto nell'art. 1423 c.c. (3).

Significativamente si è rilevato che le nuove nullità di derivazione comunitaria se "si presentano più frequenti e pervasive delle invalidità di diritto comune, per altro verso risultano meno drammatiche ed irreversibili" (4), e può aggiungersi ulteriormente che le nuove nullità non sono più tanto del contratto, *quanto nel contratto*.

Le ragioni di tali affermazioni risiedono nella constatazione che nella legislazione di protezione, il legislatore comunitario prima, quello nazionale poi tendono a far sì che alla declaratoria di nullità del patto o della clausola pregiudizievole per il soggetto destinatario della normativa di protezione, non debba necessariamente fare seguito la invalidazione dell'intero contratto; il fine è quello di evitare che questi sia stretto tra due alternative comunque pregiudizievoli date o dall'esecuzione della fattispecie viziata, con abdicazione implicita, dunque, a fare valere la nullità pur di assicurarsi i beni od i servizi oggetto del contratto di cui ha necessità, o dalla rinuncia in toto al negozio, a seguito della declaratoria di nullità, con consequenziale rinuncia alla prestazione, al bene, al servizio oggetto dello scambio.

Il legislatore, per sottrarre il soggetto protetto dalla rife-

Note:

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di talune integrazioni e delle note, la relazione tenuta al Convegno di Studi, tenutosi in Napoli nei giorni 24-25 ottobre 2008, sul tema: "Il notaio tra regole di comportamento e regole di validità".

(1) Monografia edita in Napoli, per i tipi della Jovene, nel 1981.

(2) Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, a cura di Aurelio Gentili, Milano, 2006, 139.

(3) In particolare si segnala la monografia di Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; ma vedi, anche, Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, 931 ss.

(4) Roppo, *Il contratto del 2000*, Torino, 2002.

rita rigida alternativa tra due scelte che, in ogni caso, si sarebbero rilevate negatorie dell'obiettivo di protezione, propende, dunque, per conformare la nullità, modificandone in due punti salienti la disciplina relativa: ciò avviene da un lato negando (anche se non sempre espressamente) l'applicazione alle nullità di protezione della regola dettata dall'art. 1419, comma 1, c.c., di modo che la sanzione civilistica non impedisca la conservazione del valore impegnativo dell'atto a prescindere dallo stralcio che debba farsi di una parte del suo contenuto (5), dall'altro circoscrivendo la legittimazione all'azione di nullità al solo contraente destinatario della normativa di protezione.

Quanto al primo profilo d'innovazione lo strumento utilizzato è l'introduzione nel nostro ordinamento della *nullità parziale cd. necessaria*: essa, nel sancire che il contratto rimane valido per il resto, diviene negatoria del potenziale distruttivo dell'intero contratto che potrebbe conseguire all'applicazione del comma 1 dell'art. 1419 c.c. e, nel contempo, appare estranea anche al comma 2 dell'articolo citato considerato che la esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una norma imperativa che disciplina positivamente la stessa materia presa in considerazione dalla clausola viziata.

Quanto al secondo profilo, coerentemente con la finalità conservativa del contratto e, dunque, con l'esigenza di dare prioritaria attuazione agli interessi di protezione sottesi alla prevista nullità, vi è la previsione della legittimazione relativa, circoscritta al solo destinatario della normativa di protezione, a far valere la sanzione civilistica. Si salda, così, un binomio che, per lo più (6), connota le nullità di protezione ove la nullità *parziale necessaria* si coniuga con la *legittimazione relativa* a farla valere, nell'obiettivo della conservazione del contratto perché la sua cancellazione non sarebbe funzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto.

In questo contesto, profondamente diverso rispetto a quello che connota le finalità e, di conseguenza, la disciplina della nullità tradizionale, anche la prevista rilevanza d'ufficio, pure contemplata per le nullità di protezione, deve, qualora si accompagni alla previsione della legittimazione relativa a fare valere la nullità, conformarsi agli obiettivi di tutela tenuti presenti prioritariamente dal legislatore, e, dunque, alle esigenze di diritto sostanziale desumibili dalla *ratio* delle nullità in questione.

Il giudicante dovrà, pertanto, limitare l'esercizio dei suoi poteri officiosi laddove la declaratoria di nullità della clausola appaia in concreto pregiudizievole per il destinatario della normativa in questione o, addirittura, sia da questi non voluta. In tali casi il giudice non dovrà rilevare d'ufficio la nullità perché altrimenti tradirebbe lo spirito della legge sacrificando i preminenti e concreti profili di protezione dell'interesse del consumatore all'astratta tutela dell'interesse pubblico, obiettivo quest'ultimo che, seppure è sotteso a qualsiasi previ-

sione di nullità (tradizionale od anomala), appare in quelle cd. di protezione in posizione subordinata rispetto alla finalità di tutela in concreto dell'interesse del soggetto destinatario della protezione (7).

Il cambio di prospettiva rispetto alle nullità tradizionali del codice civile, congegnate anche sotto il profilo della relativa disciplina in modo tale da risultare neutrali rispetto agli interessi particolari dei contraenti, è, dunque, netto e radicale e sottende una chiara scelta di politica legislativa in funzione di una graduatoria degli interessi tutelati, ove l'interesse pubblico non si pone sempre e comunque al vertice di essa. Tale graduatoria

Note:

(5) Passagnoli, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 217 e 229.

(6) Il binomio cui si fa cenno nel testo trova, ad esempio, una rilevante eccezione, sotto il profilo della previsione della nullità totale del contratto, nella norma (art. 23, comma 1) contenuta nel T.U.F. secondo la quale l'inosservanza della forma scritta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori comporta la nullità dell'intero contratto, benché essa possa essere fatta valere dal solo cliente (art. 23, comma 3). Analogamente ai sensi dell'art. 30, comma 7, del T.U.F., l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti che può essere fatta valere solo dal cliente. La *ratio* della norma, com'è noto, è chiaramente volta alla tutela degli investitori nei loro rapporti con gli intermediari finanziari ed a garantire la trasparenza e correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati. Il termine collocamento utilizzato dall'art. 30 deve essere interpretato in senso ampio (vedi, tra le altre, Trib. Bologna 3 maggio 2007, in *Corr. merito*, 2007, 8-9, 998 ss.), riguardando ogni forma di vendita di titoli mobiliari, atteso che tale norma disciplina il collocamento presso il pubblico di servizi di investimento la cui nozione si desume dall'art. 1, comma 5, T.U.F. che comprende, fra l'altro, la negoziazione, il collocamento nonché la ricezione e la trasmissione di ordini (cfr. Trib. Parma 17 gennaio 2006, in *Nuovo dir.*, 2006, 823 s.s.). Giova evidenziare che, a differenza di quanto può accadere per i contratti di finanziamento, nelle ipotesi di cui innanzi facilmente la caducazione dell'intero contratto sarà funzionale all'interesse dell'adrente, il quale vedrà aumentate le possibilità di recupero (immediato) del capitale. Ulteriore ipotesi in cui la legittimazione relativa all'azione di nullità non si sposa con una nullità parziale, bensì con una nullità totale del contratto, si rinviene nell'art. 67 *septies decies* C.d.c., in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari. La norma così stabilisce: "Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto". Il richiamato binomio trova invece, sotto il diverso profilo della legittimazione assoluta a fare valere nullità parziali di protezione, eccezioni nella novellata disciplina del contratto usurario, ove la nullità parziale contemplata dall'art. 1815, comma 2, c.c., non esclude la legittimazione assoluta a fare valere detta nullità nonché la rilevanza d'ufficio di essa senza i limiti conformativi del potere del giudicante all'interesse del contraente debole. Analogamente, più di recente, gli artt. 7 e 8 del D.L. 31.01.2007, n. 7, convertito, con modificazioni, nella L. n. 40/2007, contemplano ipotesi di nullità parziale necessaria senza specificare se la legittimazione a fare valere tali nullità sia da riconoscersi al solo cliente della banca, come, invero, dovrebbe desumersi da un'interpretazione in chiave teleologica delle norme in oggetto.

(7) Sul punto, per maggiori approfondimenti, si rinvia a quanto dallo scrivente già esposto nei saggi dal titolo: *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, 685 ss.; *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 95 ss.

è, come si è detto, rispecchiata da una mutata disciplina ove, se da un lato il mantenimento del contratto emendato dalle clausole nulle è funzionale alla salvaguardia del preminente interesse tutelato dalle nullità di protezione, dall'altro la legittimazione relativa all'azione ed i limiti conseguenti alla rilevabilità d'ufficio, che tale circoscritta legittimazione impone, sembrerebbero aprire la via ad un pieno recupero dell'intero contratto nullo, quale atto di autonomia privata, nel sistema.

Quanto ciò consenta di affermare un progressivo tramonto del principio d'insanabilità del contratto nullo, caparbiamente sostenuto anche dal sottoscritto per le nullità codicistiche (8), in favore, piuttosto, di un approdo graduale verso un'inedita tendenziale convalidabilità del contratto e/o del patto negoziale nullo qualora la nullità possa ascrivere tra quelle di protezione, è questione che si svilupperà nelle prossime pagine. Parimenti si affronterà il diverso profilo problematico della recuperabilità nel sistema del contratto nullo laddove la nullità che lo connota rientri tra quelle cd. tradizionali, avendo fin d'ora cura di evidenziare che i termini recupero e convalida non solo non devono affatto considerarsi sinonimi, costituendo peraltro l'uno un termine polisensu ed atecnico l'altro un termine tecnico, ma indicano vicende relative al contratto nullo che nel primo caso ne consente sì un'utilizzazione nel sistema ma senza che ciò ne comporti una sanatoria, nel secondo caso, viceversa, realizza una piena funzione stabilizzatrice del programma negoziale voluto dalle parti.

Infine, si darà conto, sia pure solo con qualche esempio, del recupero da parte della giurisprudenza di taluni effetti del contratto nullo benché tale *favor contractus* mal si concilia con una lettura rigorosa delle norme.

II. I limiti al recupero del contratto viziato da nullità assoluta

Il cd. dogma dell'insanabilità del contratto nullo, pervicacemente sostenuto in dottrina quantomeno fino all'epifania dello scorso millennio, dunque prima della destrutturazione della categoria della nullità, traeva coerente fondamento, nonostante la citata apertura normativa contenuta nella riserva "se la legge non dispone diversamente" di cui all'art. 1423 c.c., nella circostanza che le nullità assolute costituiscono rimedi posti a presidio di interessi generali, meglio direi pubblici e, dunque, sottratti alla disponibilità delle parti.

Indisponibilità che trova riscontro nel legame forte tra la regola generale dell'inconvalidabilità del contratto nullo, della legittimazione diffusa a fare valere il rimedio e quella della rilevabilità di ufficio della nullità; è evidente, infatti, che se nella ricorrenza del contratto annullabile la titolarità del potere di consolidare l'efficacia dell'atto va di pari passo con la natura individuale dell'interesse protetto e, di conseguenza, con la legittimazione riservata che connota l'azione di annullamento, laddove, invece, si prospetti una causa di nullità assoluta del contratto la natura pubblica dell'interesse tu-

telato giustifica appieno il divieto di consolidamento dell'efficacia dell'atto pregiudizievole per l'ordinamento e, dunque, la legittimazione allargata a far valere la nullità a chiunque vi abbia interesse nonché l'attribuzione al giudice del potere officioso di rilevarla.

In questa prospettiva, riferibile a tutte le ipotesi di nullità assoluta, indipendentemente se codicistiche o contenute nelle leggi speciali anche se di protezione, si spiega come neppure l'esecuzione spontanea del contratto nullo importi convalida e parimenti sia esclusa l'ammissibilità di una rinuncia all'azione di nullità, altrimenti elusiva del divieto di convalida previsto nella prima parte dell'art. 1423 c.c. (9). La stessa previsione della transigibilità relativa ad un titolo nullo non può perciò leggersi in chiave di sanatoria di esso, ciò nella considerazione della natura necessariamente novativa della transazione contemplata dall'art. 1972 c.c. ove l'accordo transattivo si sostituisce appieno, accantonandolo, al contratto originario viziato da nullità relativamente al quale è sorta la controversia (10).

È ben vero, però, che se, dalla dottrina meno recente, tali considerazioni venivano spinte alle più estreme conseguenze per cui si affermava che la nullità relegava l'atto nullo al di fuori di ogni ambito giuridico, in ciò che è irrilevante per il diritto, *quid facti* privo di conseguenze giuridiche, sintesi di determinazioni tutte negative (11), nei più recenti contributi ci si discosta significativamente da conclusioni così radicali. Infatti, se è innegabile che il contratto nullo è rifiutato dalla norma che prescrive i requisiti per la validità dell'atto ciò non significa che esso non possa essere preso in considerazione da norme diverse (12), che gli attribuiscono una posizione nel sistema, altra certamente da quella dell'atto valido, idonea a determinare, sia pure con il concorso di ulteriori elementi, una serie di conseguenze giuridiche (13).

Note:

(8) Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, *passim*.

(9) Mantovani, *Il recupero del contratto nullo*, cit., 137-138.

(10) Sul punto sia dato ancora rinviare a Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., 108-109, ove si evidenzia che, relativamente al contratto nullo, non può che ipotizzarsi il sopravvenire di una transazione appieno innovativa altrimenti, nel caso di transazione non novativa, l'accordo transattivo finirebbe per fondersi con il contenuto dettato dalla fonte preesistente la cui invalidità renderebbe inutile la transazione, postasi, appunto, come fonte complementare.

(11) Cfr., tra gli altri, Fedele, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 31 ss.; Pugliatti, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 17; Ferrari, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, I, 514 ss., che, nell'impostare il ragionamento in termini di "validità - nullità" del contratto, non sfuggono all'alternativa "essere - non essere" dell'atto di autonomia, e, pertanto, negano anche la ragione d'essere di ogni distinzione tra inesistenza e nullità.

(12) Cfr. le interessanti riflessioni di Irti, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1055.

(13) Cfr. Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., 47 ss. e *passim*.

In questa diversa ottica si accredita la possibilità non della sanatoria del contratto nullo bensì del recupero di esso al sistema in una prospettiva di superamento non già della regola generale dell'insanabilità della nullità di cui all'art. 1423 c.c. quanto, piuttosto, della regola non scritta di una pretesa radicale ed assoluta inefficacia del contratto nullo che lo relegherebbe nell'ambito angusto dell'irrelevanza giuridica. A tal riguardo gli artt. 2126, 2652, n. 6 e 799 c.c., per limitarsi al contratto, sono norme emblematiche che contemplano il contratto nullo quale elemento essenziale di più complesse figure *juris*, come frammento necessario di fattispecie complesse, nelle quali svolge un ruolo precipuo per la produzione degli effetti da esse originati (14).

Non può essere questa la sede per dare conto, sia pure solo per punti salienti, delle approfondite e spesso tormentate riflessioni della dottrina circa la riconducibilità delle ipotesi in questione nel fenomeno della sanatoria del contratto nullo o, piuttosto, come non solo chi scrive ritiene, nell'ambito sostanzialmente diverso del recupero di taluni effetti del contratto nullo nell'ambito di una dinamica effettuale che trae origine da fattispecie complesse. Sembra piuttosto sufficiente rilevare che in nessuna delle ipotesi normative menzionate il contratto nullo appare da solo idoneo a produrre anche solo parte degli effetti programmatici voluti dai contraenti; perché ciò si verifichi è necessario che esso sia inserito in un ciclo formativo irregolare di cui diviene presupposto e pietra d'angolo.

D'altra parte se ci si sofferma sulla funzione della convalida riferita al contratto annullabile si dovrà convenire che essa, indipendentemente dalla forma espressa o tacita attraverso la quale viene attuata, è essenzialmente conservativa del vincolo: rende cioè il contratto inattaccabile, pienamente e stabilmente produttivo di tutti gli effetti che dalla sua stipulazione era già idoneo a produrre. In realtà più che sanare essa, riferendosi ad una fattispecie già produttiva di effetti (in realtà valida), ha funzione stabilizzatrice degli stessi e del programma negoziale voluto dalle parti. Se si vuole essa *sana l'instabilità*.

Ebbene, è di tutta evidenza che l'anzidetta funzione, propria della convalida, non è riferibile al contratto viziato da *nullità assoluta*, neppure se esso sia inserito come frammento di una fattispecie complessa.

Ad esempio, per rimanere alle ipotesi normative sopra citate, è agevole osservare che nella fattispecie disciplinata dall'art. 2126 c.c., cui di recente è stata avvicinata l'ipotesi contemplata dall'art. 2, comma 2, L. n. 192/98, il recupero della giuridicità del rapporto di lavoro, malgrado la nullità del relativo contratto, è circoscritto al periodo in cui detto rapporto abbia avuto esecuzione; il che significa che il contratto, in quanto nullo, resta inidoneo a fondare obbligazioni a carico delle parti per il futuro (15); dunque, non v'è alcuna convalida e, neppure, una sanatoria, al più un recupero parziale degli effetti del contratto nullo.

Pari considerazioni valgono per la citata norma in mate-

ria di subfornitura che, anzi, ha portata ancora più circoscritta; essa dispone che, in caso di nullità per carenza di forma scritta del contratto, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate ed al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. Com'è evidente la disposizione, nel salvaguardare esclusivamente il diritto del subfornitore al pagamento delle prestazioni già effettuate, non determina, a differenza dell'art. 2126 c.c., un più ampio recupero anche degli altri effetti negoziali relativi al rapporto comunque eseguito (16). È appena da sottolineare che, anche in tal caso, il contratto di subfornitura, carente di forma scritta, rimane nullo ed è, perciò, inidoneo a costituire obbligazioni tra le parti per il futuro. Pure in detta ipotesi, dunque, non può ravvisarsi un'eccezione al divieto di convalida di cui all'art. 1423 c.c.

Ad analoghe conclusioni si perviene a proposito di un'altra disposizione in tema di nullità di protezione: ci si riferisce all'art. 67 *septies decies* C.d.c., in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. La norma prevede che la nullità del contratto non escluda, qualora esso sia un contratto di assicurazione, l'obbligo per la Compagnia, benché tenuta alla restituzione dei premi pagati, "di adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione" nonché l'irripetibilità degli indennizzi e delle somme "eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative". Anche in tale ipotesi il recupero di taluni effetti del contratto di assicurazione nullo, per il periodo in cui esso abbia comunque avuto esecuzione, non ne determina certo la sanatoria né, tantomeno, la convalida.

Quanto alla fattispecie contemplata dall'art. 2652, n. 6, c.c., nonostante comunemente ma impropriamente si discorra al riguardo di pubblicità sanante, non può sfuggire che tale previsione, con la finalità di tutelare la sicurezza del traffico giuridico nonché l'acquisto in buona fede del terzo, si limita a fare salvi alcuni atti derivati dal contratto nullo purché ricorrano determinate condizioni (17); resta però comunque escluso che il con-

Note:

(14) A. ed *op. ult. cit.*, 51.

(15) Sul punto, per maggiori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche, si rinvia a Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., 152 ss.

(16) L'art. 2, comma 2, L. n. 192/1998 circoscrive al diritto al pagamento delle prestazioni effettuate dal subfornitore gli effetti fatti salvi dall'esecuzione del contratto nullo perché carente di forma scritta; verranno, pertanto, travolte dalla nullità le pattuizioni accessorie al contratto, quali, ad esempio, quelle relative agli obblighi di esclusiva od a licenze di diritti di proprietà industriale.

(17) Si privilegia la posizione del terzo che, in buona fede, ha fatto affidamento sulla validità dell'atto da cui deriva il suo ulteriore acquisto; affidamento pienamente giustificato sia dal titolo viziato o difettoso trascritto sia dall'inerzia che si protrae nel tempo del titolare delle azioni volte ad invalidare il contratto.

tratto nullo acquisti validità ed efficacia tra le parti (ad esempio non obbliga al pagamento del prezzo) o nei confronti di terzi diversi dall'avente causa in buona fede di colui che abbia acquistato diritti reali sui beni immobili in base ad un contratto nullo. D'altra parte, benché non possa essere questa la sede neppure per riferire i termini dell'articolato dibattuto, è quantomeno dubitabile che l'acquisto del diritto da parte del terzo in buona fede costituisca un effetto prodotto dall'atto negoziale compiuto dal *non dominus* con la conseguenza che la vicenda traslativa relativa al bene debba ritenersi realizzata al momento in cui il negozio dispositivo si è perfezionato, potendosi, invece, diversamente ritenere che il *titulus adquirendi* rilevi solo quale elemento (18) di una fattispecie complessa al cui completamento (trascorsi, dunque, cinque anni senza che sia stata trascritta la domanda di nullità) è subordinato l'effetto traslativo.

Considerazioni analoghe a quelle fin qui svolte circa l'insussistenza di eccezioni al divieto di convalida del contratto viziato da nullità assoluta si traggono anche dalla disciplina dettata dall'art. 799 c.c., in tema di conferma di donazioni nulle. Basterà al riguardo evidenziare che la conferma effettuata da uno dei legittimati all'azione di nullità potrebbe essere del tutto vanificata dalla successiva impugnativa dell'atto effettuata da un altro soggetto comunque interessato alla caducazione dell'attribuzione liberale (19). Detto pericolo non sussiste in ipotesi di convalida del contratto annullabile per l'evidente coincidenza tra l'unico soggetto titolare del potere di impugnativa dell'atto ed il soggetto che realizza la convalida.

In definitiva tali ipotesi, nel sancire il recupero del contratto nullo al sistema, più che costituire un'eccezione alla regola generale dell'art. 1423 c.c., sotto il profilo della convalidabilità dell'atto, rappresentano il superamento delle regole non scritte dell'irrelevanza per il diritto del contratto nullo e dell'assoluta inidoneità dello stesso a produrre effetti.

In altri termini il recupero al sistema del contratto viziato da nullità assoluta, laddove possibile, non realizza affatto la convalida di esso.

III. Il recupero del contratto nullo nella prassi giurisprudenziale: limiti e conseguenze

Se si scorre la casistica giurisprudenziale ci si accorge che nella prassi si accreditano, con l'avallo delle Corti, ipotesi recuperatorie del contratto nullo, conseguenti al comportamento tenuto dalle parti in sede processuale, benché sia quantomeno dubbio il fondamento normativo posto a sostegno del preteso recupero dell'efficacia del contratto viziato.

Ovviamente le ragioni di perplessità si amplificano laddove da tali vicende si volesse far conseguire, addirittura, una sorta di sanatoria della nullità, come, invero, inducono a credere talune decisioni in materia.

Il pensiero immediatamente corre alla vasta casistica in

tema di formazione giudiziale del documento relativo ad un contratto per il quale il legislatore prescriva la forma scritta *ad substantiam*.

Secondo un diffuso, e pressoché consolidato, orientamento giurisprudenziale "con riferimento ai contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, o manifestando a questi con un proprio atto scritto la volontà di avvalersi del contratto. In tal caso, la domanda giudiziale o il successivo scritto assumono valore equipollente della firma mancante, sempreché, *medio tempore*, l'altra parte non abbia revocato il proprio assenso o non sia decaduta, con la conseguente impossibilità della formazione del consenso nella forma richiesta dalla legge" (20).

La massima induce subito il rilievo che in realtà, nell'ipotesi de qua, non vi è alcun recupero del contratto nullo né, tampoco, una sanatoria di esso in quanto la formazione del contratto si realizzerebbe nel giudizio, sede in cui si incontrano i consensi delle parti, sempre che la conferma del contraente non sottoscrittore non sopraggiunga successivamente alla revoca del consenso dell'altra parte. Ciò chiuderebbe il discorso, per quel che interessa il tema d'indagine esplorato in questo scritto, se non dovesse registrarsi che in altre sentenze si legge che la formazione giudiziale del contratto solenne "non soffre deroga per il fatto che la nullità del negozio sia stata dedotta dalla controparte prima della produzione" (21), il che, a tacer d'altro, pone in evidenza non solo, come si è condivisibilmente rilevato (22), l'assenza di ogni preliminare verifica da parte dei giudici circa l'attualità della volontà delle parti, ma, il che è assai peggio, la tendenza di taluna giurisprudenza a negare l'operatività della nullità del contratto, benché invocata nel giudizio (segnatamente dalla parte che chiedendo la declaratoria di nullità ha implicitamente revocato il proprio antecedente consenso alla conclusione del contratto), ritenendo concluso un contratto in realtà mai perfezionatosi in quanto nullo.

Sotto questo profilo, considerato che l'invocata nullità

Note:

(18) Il ruolo giocato dal contratto nullo nell'ambito della complessa fattispecie disciplinata dall'articolo 2652, n. 6, c.c., è tuttavia di particolare rilievo: ed infatti, è proprio il contratto nullo a determinare l'oggetto rispetto al quale opera il meccanismo acquisitivo predisposto dalla citata norma.

(19) In proposito, con molta chiarezza, Cass. 11.08.1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, 435, che ricostruisce la conferma come una rinuncia all'azione di nullità idonea a consolidare la realtà di fatto favorevole al confermato se e nella misura in cui altri soggetti legittimati all'impugnativa non invocano la nullità dell'attribuzione liberale.

(20) Cfr., da ultimo, Cass. 17.10.2006, n. 22223, in *Mass. Giust. civ.*, 2006.

(21) Cass. 7.08.1992, n. 9374, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2197.

(22) Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 71.

è antecedente alla produzione in giudizio del documento e, dunque, al supposto perfezionamento del contratto, dovrà convenirsi che si realizza in tal caso non solo un recupero del contratto nullo quanto una vera e propria sanatoria dello stesso *ope iudicis* (23).

Valenza recuperatoria ma non sanante ha, invece, l'ulteriore prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui, in virtù dei limiti imposti all'esercizio dei poteri officiosi del giudice dagli artt. 99 e 112 c.p.c., questi non potrà dichiarare la nullità del contratto laddove, con la domanda giudiziale, non ne sia chiesta l'esecuzione bensì la risoluzione o la rescissione (24). L'opinione, indotta dall'esigenza del rispetto del principio della domanda e del contraddittorio, comporta, però, l'inevitabile ingenerarsi di affidamenti precari fondati sul contratto nullo non solo nell'ipotesi in cui di esso sia domandata l'esecuzione. Ed infatti, basterà considerare il caso in cui oggetto della domanda sia la risoluzione del contratto (nullo): ebbene, nell'ipotesi della risoluzione per inadempimento è probabile che l'attore chieda, altresì, la condanna al risarcimento dei danni. La pretesa, laddove si segua l'orientamento che esclude la rilevabilità d'ufficio della nullità, dovrebbe accogliersi, con la inevitabile e paradossale condanna del convenuto per il danno conseguente al mancato adempimento di un obbligo mai sorto a suo carico (25).

Analogamente potrebbe accadere qualora sia proposta una domanda di risoluzione, per eccessiva onerosità; il convenuto, sussistendo sempre i presunti impedimenti all'esercizio del potere del giudice *ex art.* 1421 c.c., potrebbe evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Esso, pertanto, nel caso sia nullo e tale nullità non sia rilevata, sarà considerato, sia pure a torto, produttivo di effetti e sarà idoneo, conseguentemente, a creare ulteriori precari affidamenti.

Per rimanere sempre nell'ambito della risoluzione si pensi anche al caso in cui la domanda di risoluzione riguardi un contratto ad esecuzione continuata o periodica nullo: ebbene, laddove il giudice accolga la domanda, ritenendo di non poter rilevare la nullità, ne seguirà che la risoluzione, in applicazione dell'art. 1458 c.c., non potrà operare retroattivamente per le prestazioni eseguite, che, di conseguenza, dovranno classificarsi non altrimenti che quali effetti del contratto.

Si rileva dunque, preliminarmente, che in tale ipotesi la pronuncia di risoluzione non si risolve in un fatto completamente impeditivo dell'efficacia del contratto; bisogna, però, considerare che si tratterà pur sempre di una efficacia precaria, in quanto non può escludersi che rispetto a quel medesimo contratto oggetto della pronuncia di risoluzione sia successivamente, o da una delle parti o da un terzo che vi abbia comunque interesse, proposta domanda di nullità; in tal caso, laddove essa sia accolta, verranno travolti anche i successivi negozi stipulati sulla base della efficacia (caduca) del primo contratto (26).

Nelle ipotesi riportate, dunque, pare evidente che il mancato esercizio d'ufficio del potere del giudice di rilevare la nullità non solo abbia conseguenze valutabili nei termini di una errata applicazione delle regole di diritto sostanziale (27) ma comporti, anche, notevoli disfunzioni nello svolgimento ordinato del traffico giuridico, contribuendo a creare situazioni di apparente tito-

Note:

(23) Si è anche rilevato, Barbero, *Sulla produzione in giudizio*, cit., 1253, riguardo al sopradetto orientamento della giurisprudenza, che "se il contratto, com'è logico, s'invoca in quanto esiste, deve esistere prima che la contestazione venga trasportata in giudizio; e naturalmente non può esistere se non mediante la sottoscrizione di entrambi i contraenti".

(24) Cfr., tra le altre, Cass. 21.01.2008, n. 1218, in *Guida al Diritto*, 2008, 12, 66; Cass. 17.05.2007, n. 11550, in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Cass. 14.12.2004, n. 23292, *ivi*, 2005 novembre 1985, n. 5957; ma vedi, in senso contrario, Cass. 22.03.2005, n. 6171, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 10, 1667, che sancisce: "A norma dell'art. 1421 c.c., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione, procedendo ad un accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico - giuridico, idoneo a divenire giudicato"; su questa linea: Trib. Bari 4.11.2004, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2005, ove si legge: "Quanto alle conseguenze della stipula di un contratto di locazione a uso abitativo nullo per difetto di forma, secondo i principi generali in materia, resta preclusa alle parti la possibilità di invocare in giudizio pretese fondate su quest'ultimo, spettando al giudice il rilievo del vizio, pure in mancanza di eccezione di parte, in ragione del disposto di cui all'art. 1421 c.c."; analogamente Trib. Trani 26.05.2007, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2007; App. Napoli 15.01.2002, in *Nuovo Dir.*, 2002, 974. Per una rassegna ragionata ed esaustiva delle pronunce giurisprudenziali sul tema della rilevabilità d'ufficio della nullità vedi Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., 1025 ss.

(25) Per maggiori approfondimenti si rinvia a Monticelli, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 698 ss.

(26) Le medesime considerazioni possono, infine, valere nel caso in cui sia accolta la domanda di annullamento del contratto, di cui, invece, andava rilevata la nullità; infatti, la pronuncia diretta ad eliminare gli effetti *medio tempore* prodotti dall'atto impugnato, non può, come è noto, pregiudicare i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi in buona fede. Questi ultimi, di conseguenza, nella supposta validità degli acquisti compiuti, potranno impegnarsi in successive negoziazioni, che, a loro volta, finiranno per venire travolte dalla eventuale successiva pronuncia di nullità del precedente contratto. Questa potrà essere provocata, ad esempio, da quello dei contraenti (già parte dell'azione di annullamento) che, in mancanza della validità della pattuizione conclusa, aveva interesse al ripristino della medesima situazione di fatto che precedeva la negoziazione annullata; ripristino che, invece, in conseguenza dell'applicazione della regola dettata dall'art. 1445 c.c., è irrimediabilmente preclusa. Considerazioni parimenti pregnanti soccorrono per il caso in cui sia domandata la rescissione di un contratto nullo: è possibile, infatti, che, in difetto della rilevazione della nullità, il convenuto in rescissione, offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità ai sensi dell'art. 1450 c.c., non solo eviti la rescissione, ma concorra a determinare la erronea convinzione della validità del contratto e della sua efficacia, con il conseguente possibile prodursi, ancora una volta, dei rischi più volte denunciati. In proposito vedi, anche, Vidiri, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2469 ss.

(27) Sulla possibilità di conciliare, attraverso l'applicazione dell'art. 183, comma 4, c.p.c., l'esercizio dei poteri officiosi del giudice nel rilevare la nullità del contratto con le esigenze del rispetto del principio del contraddittorio e della domanda anche laddove di tale contratto sia stata richiesta la risoluzione, la rescissione o l'annullamento sia dato rinviare a Monticelli, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit., 297 ss.

larità ed affidamenti precari ogniqualvolta la pronuncia resa dai giudici non cancelli appieno l'efficacia del contratto.

Se i descritti limiti, costruiti dalla giurisprudenza, all'esercizio dei poteri d'ufficio del giudicante nel rilevare la nullità lasciano più di qualche perplessità per le disfunzioni conseguenti nell'ordinato svolgimento del traffico giuridico, si resta ancor più perplessi di fronte ad un ulteriore indirizzo giurisprudenziale consolidatosi con riferimento alla materia delle locazioni; questa la massima: "In tema di locazione di immobili urbani ad uso abitativo, la cosiddetta autoriduzione del canone cioè il suo pagamento in misura inferiore a quella convenzionalmente stabilita, in relazione all'esorbitanza di tale misura rispetto all'importo inderogabilmente fissato dalla legge, costituisce un fatto arbitrario ed illegittimo del conduttore che provoca il venir meno dell'equilibrio sinallagmatico convenzionale, restando nei poteri del giudice, ai fini dell'accertamento di un inadempimento tanto grave da giustificare la risoluzione del rapporto, la valutazione dell'importanza dello squilibrio sinallagmatico avuto riguardo all'interesse del locatore in relazione al suo diritto di ricevere il canone in misura legale" (28).

Non poche deroghe ai principi del diritto civile conseguono dall'orientamento giurisprudenziale in questione, ove il regime di nullità del patto relativo al canone locatizio trova una tutela, addirittura, inferiore a quella che deriverebbe dall'applicazione ad esso del regime dell'annullabilità; ed infatti, si è giustamente rilevato al riguardo che colui che abbia concluso un contratto annullabile "non può dirsi tenuto ad adempiere, se la causa di annullabilità è prevista a tutela di un suo interesse, dal momento che tale causa può sempre 'essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto' (art. 1442, ultimo comma, c.c.)" (29). Inoltre, ai fini che qui maggiormente interessano, appare evidente la pesante deroga che da siffatto orientamento consegue al principio di inefficacia del contratto o del patto nullo e, dunque, la valenza recuperatoria di esso, considerato che secondo i giudici andrebbe salvaguardato "l'equilibrio sinallagmatico" di un contratto formulato in violazione di una nullità testuale, ritenendosi addirittura colpevole di inadempimento il conduttore che, rifiutandosi di eseguire il patto, si autoriduca il canone in conformità al dettato normativo. In altri termini il patto, fintanto che non ne venga accertata la nullità, sarebbe vincolante e produttivo di effetti, di conseguenza l'eccezione stragiudiziale di nullità sollevata dal conduttore ed il comportamento autoriduttivo conseguente sarebbe illegittimo e perfino idoneo a fondare una risoluzione per inadempimento del contratto.

È appena da sottolineare quali effetti aberranti conseguirebbero per il sistema se il riferito orientamento, circoscritto a quanto consta alla materia locatizia, venisse esteso ad ogni clausola contrattuale viziata da nullità parziale e relativamente al quale sia prevista un'integrazione eteronoma del contratto mediante sostituzione

automatica della clausola nulla con una norma imperativa che disciplina positivamente la stessa materia presa in considerazione dalla clausola viziata.

Più problematico si prospetta, invece, il rapporto con la regola dell'inammissibilità della convalida nel caso in cui i soggetti legittimati all'azione di nullità rinunzino alla domanda giudiziale. La giurisprudenza si è occupata della questione, sottolineando da un lato l'indisponibilità per il privato delle ragioni di nullità ma dall'altro evidenziando, invece, la disponibilità della domanda giudiziale attraverso la rinuncia alle situazioni soggettive cui si ricollegano l'interesse e la legittimazione all'azione di nullità proposta, determinando, così, la cessazione della materia del contendere (30). Secondo tale opinione la ritenuta disponibilità della domanda giudiziale comporterebbe, anche, il venir meno del potere officioso del giudicante alla declaratoria di nullità in presenza di una causa che determina la cessazione della materia del contendere.

Ciò induce a riflettere su quelle ipotesi, sulle quali si dirà appresso, in cui la legittimazione all'azione di nullità sia circoscritta al soggetto destinatario della norma di protezione laddove questi rinunzi all'azione o non abbia, di fatto, più interesse a promuoverla in quanto l'interesse protetto dalla norma si è pienamente realizzato.

IV. Il recupero *ex lege* del contratto nullo: la cd. validità sopravvenuta

L'art. 12, comma 9, L. 28 novembre 2005, n. 246, adottando una tecnica legislativa assai discutibile e da molti criticata, ha inserito nell'art. 41 *sexies*, L. 17.08.1942, n. 1150 (introdotto dall'art. 18 della L. 6.08.1967, n. 765, c.d. legge ponte, e successivamente modificato dall'art. 2, L. n. 122/1989) un secondo comma nel quale si prevede che "gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse" (31).

Note:

(28) Cass. 14.12.2007, n. 26291, in *Guida al Diritto*, 2008, 10, 71.

(29) G. Gabrielli, *Una singolare nullità, inopponibile in via d'eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 31.

(30) Cass. 9.8.1973, n. 2280, *Mass. Giur. it.*, 1973, 799; Cass. 8.9.1977, n. 3925, in *Giust. civ.*, 1978, I, 110, che sancisce: "Se è vero che il negozio nullo non è convalidabile è però anche vero che la parte interessata può rinunciare all'azione di nullità, dovendosi configurare queste rinunce come atti di disposizione della situazione soggettiva sostanziale legittimante l'azione di nullità. Esse rinunce comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolari di diritti che eventualmente deriverebbero dalla suddetta situazione sostanziale, ma non possono configurarsi come rinunce a diritti futuri".

(31) Il primo comma dell'art. 41 *sexies*, così prevede: "Nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse, debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni 10 metri cubi di costruzione".

L'introduzione di tale disposizione pone fine ad una lunga *querelle* interpretativa che divideva la dottrina maggioritaria dalla prevalente giurisprudenza circa il regime della circolazione giuridica degli spazi di parcheggio che potremmo definire obbligatori, sussistendo un obbligo di natura pubblicistica del costruttore (32) alla loro realizzazione e del proprietario di non modificarne la destinazione d'uso una volta realizzato l'edificio.

La Giurisprudenza dominante riteneva, infatti, che la legge urbanistica prevedesse un vincolo di servizio necessario tra l'area di parcheggio e la costruzione, vincolo che non si esauriva al momento del rilascio della concessione ma permaneva anche successivamente alla costruzione dell'edificio, quando esso veniva alienato dal costruttore. Sicché, laddove, in sede di vendita delle unità immobiliari, quest'ultimo si fosse riservato la proprietà dei posti auto oppure li avesse ceduti a soggetti terzi rispetto ai proprietari degli immobili del fabbricato, tale clausola o cessione separata sarebbe stata affetta da nullità (33). Si tratterebbe, nell'ipotesi di riserva della proprietà a favore del costruttore, di una nullità parziale che comporterebbe l'integrazione del contratto *ex art.* 1374 e 1419, comma 2, c.c. con il riconoscimento *ex lege* in favore dei proprietari-condomini di un diritto reale di uso sullo spazio a parcheggio, salvo l'obbligo di corrispondere al proprietario venditore un'integrazione del prezzo di acquisto ai fini del riequilibrio del sinallagma contrattuale (34).

La prevalente dottrina riteneva, viceversa, che il vincolo previsto dall'art. 41 *sexies* avesse natura eminentemente pubblicistica, ma non incidesse sullo statuto privatistico dei beni, sicché, salvo l'obbligo al rispetto della destinazione d'uso, il proprietario costruttore mantenesse la facoltà di alienare i posti auto a persone diverse dai condomini o anche ad alcuni soltanto di essi.

Sulla base delle esposte considerazioni la dottrina prevalente denunciava la creazione giurisprudenziale di una norma imperativa virtuale, insinuandone l'estraneità al nostro ordinamento (35) e, di conseguenza, l'insussistenza del predetto limite all'autonomia privata e, dunque, della nullità.

Non è questa la sede per prendere posizione e neppure per riferire sul complesso ed articolato dibattito in questione (36), peraltro oramai, sotto molti profili, superato, sta di fatto, però, che, a seguito della modifica legislativa introdotta con l'art. 12, comma 9, della L. 28 novembre 2005, n. 246, ogni limite (37) all'autonomo trasferimento degli spazi a parcheggio (realizzati in forza del primo comma dell'art. 41 *sexies* della legge ponte) rispetto alle unità immobiliari non è più esistente; di conseguenza sorge legittimamente il dubbio se l'abrogazione della supposta norma imperativa, configgente con la regolamentazione data dai privati al proprio assetto di interessi, dovrebbe comportarne la sopravvenuta validità, specie per i rapporti pendenti, essendo oramai venuta meno, nella valutazione del legislatore, la preminenza dell'interesse pubblico sotteso alla sanzione di nullità.

Se così fosse ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di sanatoria *ex lege* del contratto nullo.

Invero, un argomento a sostegno di tale tesi potrebbe rinvenirsi nell'art. 1347 c.c. che statuisce che "Il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine".

Tale validità sopravvenuta incontrerebbe, tuttavia, un limite temporale di efficacia coincidente con quello dell'eventuale proposizione di un'azione giudiziale di nullità. In sostanza la proposizione dell'azione fisserebbe il momento in cui, sottoponendosi l'accordo privato al giudizio di rilevanza e di conformità all'ordinamento statale, lo *ius superveniens* rimarrebbe irrilevante (38).

Al contrario, ove l'accordo venga sottoposto al vaglio

Note:

(32) Il comma 1 dell'art. 41 *sexies* fissa un presupposto per il rilascio della concessione edilizia relativa al fabbricato da costruire, vincolando, di conseguenza, la p.a. competente ed il richiedente (cfr. Cons. St. 11.07.1972, n. 697, in *Foro Amm.*, 1972, I, 2, 905, per la dottrina, Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 776).

(33) L'estensione del vincolo di destinazione, di indubbia natura pubblicistica, anche ai rapporti tra privati si giustificava, secondo l'argomentazione della giurisprudenza, in considerazione del fatto che il consentire ai privati di derogare, in ragione della propria autonomia negoziale, al principio della necessaria utilizzazione degli spazi a parcheggio da parte dei proprietari e/o degli utilizzatori del fabbricato, avrebbe, in definitiva vanificato la realizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla norma (liberare piazze e strade nell'immediata adiacenza dello stabile dall'invasione di auto in sosta, per il che Cass., sez. un., 17.12.1984, n. 6600, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1385, testualmente sancisce che gli spazi a parcheggio in questione "sono destinati all'uso diretto delle persone che le costruzioni stesse stabilmente occupano"). Di qui la duplice valenza operativa del vincolo, sia tra costruttore e p.a. che, successivamente, nei rapporti interpretati.

(34) In tal senso Cass., sez. un., 17.12.1984, n. 6600, cit., secondo cui: "È radicalmente nullo ogni patto diretto comunque a sottrarre ai condomini l'uso del parcheggio ad essi inderogabilmente riservato. Nel particolare caso in cui il costruttore-alienante si riservi, oltre alla proprietà, l'uso esclusivo del parcheggio, la relativa clausola contrattuale è in quest'ultima parte nulla per contrarietà a norma imperativa che, in sostituzione della clausola nulla, viene ad integrare il contenuto del contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c.; all'acquirente dell'unità immobiliare deve perciò riconoscersi anche la titolarità dell'accessorio diritto reale di uso dello spazio di parcheggio e correlativamente l'alienante che se ne riservi la proprietà esclusiva deve subire il relativo peso. Per una imprescindibile esigenza di equità, oltre che di logica giuridica, al riconoscimento del predetto diritto di uso esclusivo spettante al proprietario dell'unità immobiliare, in dipendenza della declaratoria di nullità della predetta clausola, deve seguire il versamento all'alienante di una integrazione del prezzo di vendita, che porti a ripristinare l'equilibrio del sinallagma contrattuale".

(35) In questi termini, Di Marzio, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, 477.

(36) Per un'accurata ricognizione dell'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza vedi Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., 776 ss.

(37) Vedi, però, Cass. 24.02.2006, n. 4264, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 92; App. Salerno 1.03.2006, in *Giust. civ.*, 2007, 4, 957.

(38) F. Ferro-Luzzi, *Prolegomeni in tema di "validità sopravvenuta" (considerazioni a margine delle modifiche al testo unico bancario in tema di anatocismo)*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 878 ss.

del Giudice successivamente all'abrogazione della norma imperativa, nulla dovrebbe opporsi al riconoscimento della tutela giuridica dell'accordo medesimo.

Non poche ricadute pratiche evidentemente conseguono dalla riferita impostazione, che sembra da accogliersi soprattutto nella pendenza dell'effetto traslativo della proprietà dell'area a parcheggio.

Si pensi, ad esempio, al caso di un contratto preliminare di compravendita del posto auto stipulato dal costruttore, anteriormente alla modifica legislativa, con uno soltanto dei condomini, ovvero con un terzo del tutto estraneo al condominio, o ancora si pensi all'ipotesi opposta di preliminare di vendita di un appartamento con espressa riserva della proprietà delle aree di parcheggio in capo al costruttore. Si ipotizza che in entrambe le fattispecie sia casualmente (giacché la norma ancora non esisteva al momento della conclusione del preliminare) fissata la data della stipula del contratto definitivo successivamente all'entrata in vigore della norma in esame.

Pur con le dovute cautele, può ritenersi in questo caso maggiormente sostenibile la tesi della vincolatività dell'atto alla luce dello *ius superveniens*, non essendosi ancora perfezionato l'effetto traslativo, che potrebbe giustificare una reazione da parte del soggetto che lamenta la lesione di un proprio diritto.

D'altro canto l'atto definitivo che le parti si determinassero spontaneamente a concludere nel vigore della norma novellata, sarebbe da ritenersi certamente valido. Il problema si porrebbe, dunque, soltanto nel caso in cui uno dei contraenti intendesse sottrarsi alla esecuzione del preliminare. Non appare tuttavia coerente né convincente l'idea di negare la validità di un accordo con il quale ci si è vincolati alla conclusione di un futuro contratto che, al momento previsto per la sua stipulazione, sarà, in ogni caso, pienamente valido per essere venuto meno ogni limite all'autonomia dei privati in relazione al contratto a stipularsi.

In altri termini se il legislatore, mutando la propria valutazione circa la graduatoria degli interessi tutelati, abbia ritenuto non più rispondente ad un interesse pubblico il supposto limite all'autonomia dei privati di disporre come credono dei propri interessi, sembra che solo in ossequio ad uno sterile formalismo, peraltro idoneo a causare non poche speculazioni contrarie a buona fede, possa accreditarsi l'opinione che, in fattispecie come quelle indicate a titolo di esempio, permanga il giudizio di grave disvalore da parte dell'ordinamento in base al principio, di tradizione processualistica, *tempus regit actum*.

È l'assenza dell'attualità dell'interesse pubblico ostativo all'esecuzione del contratto preliminare che suggerisce, invece, l'opportunità di restituire a quest'ultimo piena valenza regolamentare degli interessi in gioco e, pertanto, l'idoneità ad essere stato fondamento di valide obbligazioni tra le parti fin dal momento della stipulazione.

Se si condivide tale conclusione, rispondente ad una lettura in chiave assiologica delle norme oltre che al buon senso, dovrà conseguentemente ritenersi che il giudice possa, se richiesto, pronunciare l'esecuzione in forma specifica del preliminare o dichiararlo risolto per inadempimento.

Analogamente riterrei sopravvenuta la validità e, dunque, l'idoneità a fondare valide obbligazioni per le parti nonché l'effetto traslativo il contratto di vendita del solo spazio a parcheggio a persona diversa da uno dei condomini del fabbricato, stipulato, prima dell'intervento legislativo in oggetto ma sottoposto (ancora una volta del tutto casualmente), circa l'intera dinamica effettuale, a termine iniziale successivo a quello dell'entrata in vigore della L. 28.11.2006, n. 246, o a condizione sospensiva non ancora verificatasi a quella data. Ad accreditare tale conclusione, oltre i rilievi di ordine generale già esposti, contribuisce, peraltro, come già si è fatto cenno, anche il disposto dell'art. 1347 c.c. (39).

L'accogliere la tesi dell'idoneità dello *ius superveniens* a sanare taluni contratti stipulati nella vigenza della norma proibitiva comporta anche dei riflessi in ordine alla responsabilità del notaio rogante ex art. 28 L.N. Ed infatti, benché ad escludere tale responsabilità possa anche invocarsi la tesi (40) che, argomentando dall'avverbio "*espressamente*" contenuto nella norma, nega l'ambito di applicazione di essa per le ipotesi in cui ricorra una nullità cd. virtuale (tanto più, dunque, nella fattispecie in oggetto ove, come si è detto, potrebbe a

Note:

(39) Si segnala in proposito Cass. 1.12.1972, n. 3477, ove si legge: "Nulla vieta che le parti condizionino l'efficacia di un contratto all'avvento di una nuova disciplina che comporti l'abolizione di un divieto vigente al momento della stipulazione; divieto che, di regola, non può estendersi agli atti la cui efficacia le parti intendano rinviare al momento in cui essi non risulteranno più in contrasto con norme imperative, e la cui funzione non deve quindi esplicarsi sotto il suo impero". È proprio tale ultima considerazione ad essere assorbente di ogni altra valutazione; e riterrei che non possa costituire ostacolo all'opzione interpretativa prospettata la sussistenza della previsione o meno nel contratto della condizione espressa che ne subordini l'efficacia all'avvento della nuova disciplina, essendo sufficiente che esso non abbia prodotto gli effetti nella vigenza del preteso divieto normativo.

(40) Cfr. Di Fabio, voce *Notaio* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 575, secondo il quale l'utilizzazione da parte del legislatore dell'avverbio "*espressamente*" non sia meramente causale rappresentando, piuttosto, l'esito di una precisa scelta terminologica atta a delimitare la portata del relativo divieto. Sul punto vedi, anche, Gallo Orsi-Girino, *Notariato e archivi notarili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 375, che rilevano, significativamente, soprattutto se si considera la fattispecie oggetto di queste riflessioni, che "per atto espressamente proibito dalla legge deve intendersi l'atto passibile di nullità assoluta e vietato in sé e per sé, accedendo alla contraria opinione, si abbandonerebbe il notaio in balia degli incostanti orientamenti giurisprudenziali". In definitiva dovrà escludersi l'operatività dell'art. 28 L.N. per quei casi in cui, a fronte di una norma proibitiva imperfetta, sussistano radicati contrasti interpretativi circa l'idoneità della stessa a determinare la nullità del contratto, dovendo ritenersi che l'irricevibilità dell'atto da parte del notaio si giustifichi solo quando il divieto, e la conseguente sanzione civilistica, possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo consolidato.

buon diritto parlarsi di nullità di creazione giurisprudenziale) va aggiunto che, se si ritengono condivisibili le argomentazioni esposte innanzi e, dunque, si accrediti la sopravvenuta validità di taluni contratti, sembra difficile ritenere possa permanere una responsabilità del notaio ex art. 28 L.N. (41).

V. Il recupero del patto viziato da nullità relativa di protezione ed il possibile approdo alla convalida di esso: cronaca di un salvataggio

Nel paragrafo introduttivo di questo scritto si è riferito, sia pure in estrema sintesi, dei connotati che, per lo più caratterizzano, le nullità di protezione differenziandole dalle nullità di diritto comune.

Detti connotati, si è detto, rispondono all'esigenza, ad essi comune, della conservazione del contratto, sia pure se mondato di talune clausole, perché la sua totale invalidazione non sarebbe funzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto, quello della parte debole del contratto. Di conseguenza, si è detto, tali nullità, a differenza di quelle di diritto comune, sono congegnate, anche sotto il profilo della disciplina, in modo direi "partigiano" riservando la legittimazione all'azione di nullità al contraente destinatario della norma di protezione. La rilevabilità d'ufficio della nullità non contraddice tale obiettivo prioritario, ma lo rafforza, atteso che se è pure vero che il ruolo attribuito al giudice nelle nullità di protezione è di supplenza ad una difesa, quella della parte debole del contratto, che potrebbe essere carente anche nel processo, nel contempo egli dovrà conformare i propri poteri officiosi al rispetto della graduatoria degli interessi prioritariamente sottesi alla previsione di nullità.

Il giudice, pertanto, dovrà limitare il suo intervento d'ufficio qualora la declaratoria della nullità appaia in concreto pregiudizievole per il contraente debole o, addirittura, sia da questi non voluta.

Le considerazioni di cui sopra, per lo più oramai condivise dagli interpreti, aprono, però, lo spazio per riflettere circa la convalidabilità del contratto viziato da nullità relativa di protezione ad opera del contraente cui è riservata la legittimazione all'azione. Ed infatti, è agevole rilevare a sostegno di tale possibilità che se il divieto di convalida del contratto viziato da nullità assoluta appare in piena sintonia con la natura pubblicistica dell'interesse protetto, viceversa per le nullità relative di protezione l'interesse pubblico alla tutela del mercato è posto alla tutela dell'interesse del contraente destinatario della normativa di protezione. Inoltre, se la legittimazione allargata a far valere la nullità, sia pure temperata dal filtro dell'interesse, rappresenta un insormontabile ostacolo operativo alla convalida di un contratto viziato da nullità assoluta (esso, infatti, pur sempre è esposto al potere di impugnativa dell'altra parte nonché del terzo che possa, comunque, subire pregiudizio dalla presenza nella realtà fattuale dell'atto nullo), per le nul-

lità relative di protezione tale problema sembra superato. In definitiva, sembrerebbe legittimo sostenere che il contraente, nel cui interesse è prioritariamente prevista la nullità ed al cui interesse è subordinata la relativa declaratoria, così come potrebbe impedire tale declaratoria (o non esercitando l'azione o limitando, per quanto si è già detto, il dispiegarsi dei poteri d'ufficio del giudice) ben sarebbe legittimato a convalidare il contratto o il patto viziato da nullità relativa.

Si accredita, dunque, un legame forte tra le due riserve contenute negli artt. 1421 e 1423 c.c., sicché, laddove sussista una legittimazione relativa all'azione di nullità, il potere del giudice di dichiararla d'ufficio andrebbe conformato a tale legittimazione relativa e, di conseguenza, il soggetto legittimato all'azione potrebbe anche convalidare il patto: in definitiva, analogamente a quanto accade per il contratto annullabile.

Alle anzidette considerazioni possono però muoversi varie obiezioni: si è sostenuto, ad esempio, che nelle ipotesi di nullità relativa la *ratio* sottesa alla previsione della nullità e, dunque, non dell'annullabilità, è proprio nel senso preclusivo del potere di convalida e ciò al fine di "lasciare sempre possibile la contestazione del negozio, anche ad evitare che la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti, dietro pressione della controparte, a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo" (42). È si aggiunge che ammettendo la convalida della nullità non residuerebbe che il *nomen* "ma più nulla del suo meccanismo operativo; che finirebbe per coincidere in tutto con quello dell'annullabilità" (43).

Ulteriormente si è rilevato che l'inammissibilità della convalida, si trarrebbe *a contrario* anche dalla previsione in tema di transazione su titolo nullo, purché non illecito. Norma che nel prescrivere una struttura bilaterale, conseguenza del carattere necessariamente commutativo della transazione, implicitamente escluderebbe l'inammissibilità di qualsiasi forma di sanatoria della nullità per iniziativa unilaterale di una delle parti, come avviene, invece, nell'ipotesi della convalida (44).

Note:

(41) Sotto il profilo degli atti complessi, piuttosto che dei contratti, è la disciplina societaria a fornire un esempio ulteriore di vera e propria sanatoria *ex lege* dell'atto nullo; si fa riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 2504 *quater* c.c. dettato in tema di invalidità della fusione. Norma che è espressione della tendenza del diritto societario all'arretramento della tutela riconosciuta ai soci dal piano reale dell'invalidità degli atti a quello obbligatorio del risarcimento del danno. La riferita disposizione prevede al primo comma che, una volta eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese, l'invalidità dell'atto stesso non può più essere pronunciata. Il secondo comma, invece, fa salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente patito dai soci e dai terzi dalla realizzazione di una fusione viziata, divenuta ormai "inattaccabile" per effetto dell'iscrizione.

(42) Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 1999, 1373.

(43) A. ed *op. ult. cit.*, 1373.

(44) Passagnoli, *op. cit.*, 198 ss.

L'obiezione più consistente all'ammissibilità della convalida consegue, infine, alla recente previsione normativa introdotta con l'art. 143 C.d.c. che espressamente sancisce la irrinunciabilità dei diritti del consumatore; poiché tra tali diritti vi è anche quello di invocare le nullità, sia pure relative, contemplate nel C.d.c. ne seguirebbe che ogni atto abdicativo (rinuncia) del diritto a fare valere la nullità o, comunque, idoneo a rimuovere la condizione di instabilità dell'atto (convalida) sarebbe illegittimo ed esso stesso nullo ponendosi in irrimediabile contrasto con l'art. 143 cit., da considerarsi indiscutibilmente come una norma imperativa.

In definitiva l'indisponibilità che connota la nullità assoluta verrebbe riaffermata in virtù della citata norma in tema di nullità relativa di protezione, escludendosi, così, ogni possibilità di sanatoria del patto o della clausola viziata da nullità, sicché troverebbe ulteriore conferma, anche riguardo le nullità relative di protezione, l'opinione assolutamente prevalente dell'assenza di contenuti relativamente alla clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c.

L'argomento da ultimo riferito sembrerebbe di difficile confutazione nonostante appaia di tutta evidenza la contraddizione stridente tra la previsione di nullità relativa ed una indisponibilità, per lo stesso soggetto cui è in via esclusiva attribuita la legittimazione all'azione di nullità, a rinunciare o, comunque, a disporre del diritto (a fare valere la nullità) del quale è l'unico titolare; d'altra parte chi scrive ha già in altra sede rilevato (45) che se si interpretasse l'irrinunciabilità, e dunque l'indisponibilità, dei diritti del consumatore come riguardante non solo i diritti non ancora acquisiti nella sfera giuridica di quest'ultimo bensì anche quelli già maturati, dovrebbe coerentemente ritenersi che essi siano anche assolutamente insuscettibili di transazione.

Conclusioni così radicali, però, mal si conciliano con la disciplina generale e con la filosofia del codice del consumo.

Infatti, le incongruenze della pretesa indisponibilità dei diritti patrimoniali del consumatore, sempre e comunque, emergono in tutta evidenza se si considerano molteplici altri aspetti della disciplina del C.d.c.: basti pensare alla previsione, contenuta nell'art. 141 C.d.c., che contempla la possibilità che le controversie insorte nell'ambito dei rapporti tra consumatore e professionista trovino risoluzione attraverso il ricorso a procedure di composizione extragiudiziale. È evidente, infatti, che tale sistema paragiurisdizionale di composizione della controversia può trovare concreta attuazione solo se le parti, e in concreto il consumatore, sono libere di transigere, rinunciare o, comunque, disporre dei propri reciproci diritti, quantomeno di quelli già acquisiti.

Inoltre, norme quali gli artt. 134, comma 1 e 124 C.d.c., pur prevedendo nullità parziali necessarie ed a legittimazione relativa, circoscrivono la loro portata ai patti dispositivi dei diritti patrimoniali del consumatore solo se preventivi alla nascita dei diritti in questione.

La individuazione da parte del legislatore di un ambito temporale, preciso e circoscritto, in cui opera la nullità deve, di conseguenza, far ritenere che, una volta che detti diritti siano entrati nella titolarità del consumatore, questi sarà libero di disporre con rinunzie e transazioni. Ritenere diversamente sarebbe non solo irragionevole ma non rispondente all'interesse dello stesso consumatore che da un atto dispositivo del diritto acquisito potrebbe trarre evidenti vantaggi contrattando, questa volta, in una posizione di forza con il professionista.

È appena da dire, inoltre, che la sola esistenza di tale possibilità è esaustiva anche, sia pure *ex post*, della finalità regolativa del mercato che costituisce l'interesse pubblico pure sotteso al C.d.c. ed alle previsioni di nullità in esso contemplate.

Se tutto quanto innanzi appare convincente dovrà, allora, convenirsi anzitutto con la conclusione che l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore, tra i quali vi è il diritto a fare valere le nullità relative di protezione contemplate nel C.d.c., è circoscritta alla sola fase antecedente all'insorgere del diritto, giacché la finalità perseguita dal legislatore è quella di garantire l'effettiva attribuzione dei diritti al consumatore nonché la possibilità che egli sia libero di esercitarli o meno. Detta composita finalità si esaurisce, per lo più, con la stipulazione del contratto di consumo che, se contiene clausole affette da nullità relativa di protezione, sarà suscettibile di impugnativa da parte del consumatore esclusivamente legittimato a ciò.

Nella fase successiva all'insorgere del diritto il consumatore potrà scegliere se esercitarlo o rinunciarvi, magari verso una contropartita: tale rinuncia, se riferita al diritto a far valere la nullità, in taluni casi equivale ad una vera e propria convalida, in altri solo ad un recupero del patto nullo circoscritto alle sole conseguenze patrimoniali già presenti al momento della rinuncia non potendosi, invece, attribuire ad esso una portata più generale, abdicativa del diritto anche per il futuro e, dunque, pienamente stabilizzatrice degli effetti del patto.

Il distinguo prospettato si coglie, particolarmente, in tema di prescrizioni formali, ove, va condivisa l'opinione (46) che esclude nel nostro sistema "l'idea di un modello rigido ed univoco di formalismo" nonché "la natura necessariamente strutturale della forma o, ciò che è lo stesso, l'insuscettività del negozio solenne privo di *vestmentum* di acquisire cittadinanza giuridica". Tentando di semplificare, si facciano le seguenti ipotesi: l'art. 127, comma 2 del TUB, generalizzando un principio già sancito dall'art. 111 della L. n. 154/1992, dispone che il difetto della forma vincolata determina la nullità dei con-

Note:

(45) Monticelli, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, 697 ss.

(46) Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 83.

tratti bancari e di credito al consumo, azionabile solo dal cliente; analoga prescrizione vi è nel TUF per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori (art. 23, comma 3, D.Lgs. n. 58/1998).

In tali ipotesi, come si è rilevato (47), laddove il cliente, pur consapevole della causa di nullità, sia comunque soddisfatto delle condizioni contrattuali, non si vede perché non possa convalidare il contratto. In altri termini, se il soggetto legittimato all'impugnativa del contratto non ravvisa in esso alcun squilibrio abusivo, la ragione del divieto di convalida viene meno (48). Non è un caso che in materia di rescissione, ove analogamente è esclusa l'ammissibilità della convalida (art. 1451 c.c.), si preveda, però, all'art. 1450 c.c., il recupero del contratto attraverso un'offerta di modificazione che lo riconduca ad equità: è evidente, dunque, che la *ratio* del divieto di convalida del contratto rescindibile consegue dall'inidoneità della convalida a modificare l'iniquo rapporto tra le prestazioni operando, all'opposto, una stabilizzazione di esso.

Ebbene, nel ritornare alle ipotesi indicate, se il cliente non ravvisa uno squilibrio tra le prestazioni nel contratto bancario o avente ad oggetto servizi finanziari, la nullità di protezione, conseguente alla carenza della forma prescritta, non sembra preclusiva di una legittima rinuncia a fare valere la nullità o di una valida dichiarazione di convalida del contratto, che rappresentano delle tecniche negoziali di tipo sostitutivo pienamente legittime in quanto compatibili con la finalità per la quale è prescritto l'onere formale.

Considerazioni analoghe possono riproporsi per la nullità relativa contemplata dall'art. 30, comma 7, D.Lgs. n. 58/1998, concernente l'offerta fuori sede dei servizi di investimento, e conseguente all'omessa indicazione nei moduli o formulari della facoltà di recesso del cliente.

Si è giustamente evidenziato che, nella fattispecie citata, "non si richiede, ai fini della nullità, che le condizioni contrattuali siano pregiudizievoli per l'aderente, in quanto il diritto di recesso di cui si è omessa la menzione opera a prescindere dall'iniquità del regolamento e la mancata informativa è di per sé abuso che determina la non vincolatività *ex uno latere*" (49). Anche in questa ipotesi, in cui il neoformalismo contrattuale espleta una funzione essenzialmente informativa, non si vede perché debba escludersi l'ammissibilità di una rinuncia al diritto a fare valere la nullità del contratto da parte del cliente o, in alternativa, di una convalida, qualora questi, nella piena consapevolezza della titolarità del diritto a fare valere la nullità in conseguenza dell'omissione del predisponente, consideri comunque vantaggioso l'affare e, con una dichiarazione postuma, affermi di considerare il contratto pienamente vincolante o di rinunciare ad impugnarlo (50).

La possibilità di un recupero o, meglio, di una vera e propria sanatoria del contratto nullo si riscontra con riferimento anche ad un'altra ipotesi di nullità relativa di

protezione, questa volta, però, non conseguente alla mancata osservanza di prescrizioni formali: si fa riferimento all'art. 2, D.Lgs. n. 122/2005, in tema di acquisti di immobili da costruire. L'articolo citato prevede che il mancato adempimento da parte del costruttore dell'obbligo di rilascio, al momento della stipula del preliminare od antecedentemente ad essa, di una fidejussione bancaria o assicurativa, a garanzia della restituzione degli acconti ricevuti, è sanzionato con la nullità del contratto, che può essere fatta valere soltanto dall'acquirente. L'interrogativo che al riguardo si pone per l'interprete concerne la possibilità che la nullità sia sanata o, comunque, impedita qualora il costruttore rilasci tardivamente la garanzia in questione. Detta vicenda può, però, sottendere due scenari prospettabili: a) quello in cui il promittente acquirente non abbia ancora esperito l'azione di nullità ed intenda, ad esempio, disporre dei suoi diritti in favore di un terzo, di conseguenza richieda al costruttore il rilascio della garanzia e questi acconsenta; b) quello in cui il costruttore rilasci la garanzia successivamente, senza un preventivo accordo con il promittente acquirente, ma, comunque, prima che questi abbia proposto l'azione di nullità. Ebbene, nella ricorrenza della prima ipotesi sembra difficile negare che l'accordo sul rilascio postumo della garanzia non integri una sostanziale sanatoria del contratto nullo che potrebbe conseguire o da un patto espresso in tal senso (51) o da una espressa dichiarazione di convalida del promittente acquirente o da una rinuncia a fare valere la nullità o, comunque, dal venir meno dell'interesse del contraente protetto all'esercizio dell'azione. Più pro-

Note:

(47) Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., 950.

(48) Condivisibilmente si è pure rilevato (Nuzzo, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, in corso di pubblicazione) che, nella ricorrenza di una nullità relativa derivante da una carenza della forma prescritta per il contratto, "dovrà riconoscersi alla parte legittimata all'esercizio dell'azione anche il potere di provare con ogni mezzo l'esistenza e il contenuto del contratto o della clausola di cui eventualmente chiede l'esecuzione", di qui l'opportunità di conformare la regola del divieto di prova con mezzi diversi dal documento "in relazione ai diversi modelli di nullità oggi esistenti nel nostro ordinamento e alla natura degli interessi sottesi a ciascuno di essi".

(49) Polidori, *op. cit.*, 951.

(50) D'altra parte si è condivisibilmente rilevato, Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 86, che nel dare un contenuto all'eccezione legale di convalida del contratto nullo "non c'è bisogno di norme ad hoc: nel senso che l'inconvalidabilità del contratto nullo si può pure escludere ex interpretazione. Ogni qual volta il recupero dell'atto si giustifichi in base alla *ratio* del divieto: o, il che è lo stesso, allorquando, sulla scorta di una previa valutazione di congruità, s'appuri l'esistenza di una spiccata sintonia tra la convalida e lo scopo della disposizione violata, giusta la natura dell'interesse protetto".

(51) Come giustamente rileva Lenzi, *Regole di condotta e regole di validità nella contrattazione di immobili da costruire*, relazione al Convegno del 24-25.10.2008, in Napoli, sul tema "Il notaio tra regole di comportamento e regole di validità", sarebbe assurdo ritenere l'accordo integrativo, in quanto patto aggiunto ad un contratto nullo, a sua volta viziato da nullità ed obbligare di conseguenza le parti a rinnovare il contratto prevedendo questa volta il contestuale rilascio della garanzia.

blematica si prospetta la seconda ipotesi; ebbene, riterrei che la consegna della garanzia prima della proposizione dell'azione di nullità faccia, in definitiva, venire meno l'interesse all'azione da parte del promittente acquirente unico legittimato, ciò anche nella considerazione che la nullità in questione consegue da un comportamento inadempiente del soggetto obbligato *ex lege*, di qui la contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità (52).

Ad analoghe conclusioni non si può, invece, pervenire nei diversi casi ove il patto o la clausola viziati da nullità siano idonei a determinare un iniquo rapporto tra le prestazioni, tale da ripercuotersi per l'intera durata del rapporto (si pensi, ad esempio, alla clausola che impone per le controversie il foro del professionista).

In queste ipotesi una dichiarazione del consumatore di rinuncia a fare valere la nullità potrebbe considerarsi legittima solo se essa non abbia portata generale ma sia riferita ad un contenzioso specifico, già esistente anche se non ancora formalmente incardinato, e dunque non estenda la sua efficacia dismissiva del diritto ad invocare la nullità anche con riferimento a futuri, eventuali ulteriori contenziosi.

Una rinuncia di carattere generale, infatti, in quanto abdicativa anche per il futuro dell'esercizio del diritto da parte del contraente debole, sarebbe, da un lato, idonea a radicalizzare lo squilibrio del contratto e, dunque, si porrebbe in radicale contrasto con le finalità della norma prescrittiva dell'effetto dirimente, dall'altro sarebbe dismissiva di diritti non ancora sorti e, perciò, indisponibili ai sensi dell'art. 143 C.d.c. (53).

In conseguenza di quanto innanzi non potrà attribuirsi alla dichiarazione del consumatore di non volersi avvalere della nullità portata sanante dell'invalidità sebbene, limitatamente all'ambito specifico cui è riferita, potrà ben dirsi che essa abbia comunque una valenza recuperatoria del patto nullo.

VI. Considerazioni conclusive: nullità di protezione, conservazione del contratto e regole di comportamento del notaio

In queste pagine, senza nessuna pretesa di completezza, si è tentato di tratteggiare un "bozzetto" dell'evoluzione nel nostro sistema giuridico delle vicende recuperatorie del contratto nullo. L'approdo, come si è tentato di dimostrare, non è univoco in quanto le varie vicende che conducono al recupero, se senz'altro possono dirsi idonee ad incrinare l'assioma dell'irrelevanza ed inefficacia del contratto nullo, legittimano, invece, solo in casi assai circoscritti, il superamento della regola dell'insanabilità di esso. Anche tale ultimo dato è però assai significativo di una progressiva evoluzione del sistema verso una minore rigidità delle categorie e dell'apparato rimediabile.

In questo contesto, in continua evoluzione, vanno probabilmente anche considerate le ricadute che dalla previsione di nullità parziale cd. necessaria e relativa con-

seguono per il notaio sia sotto il profilo delle regole di comportamento che della responsabilità alla luce dell'art. 28 L.N.

Sotto il primo profilo, infatti, i rilievi svolti in ordine alla valenza conservativa del contratto nel suo complesso delle previsioni di nullità parziale necessaria che, al fine di non privare il consumatore del bene o del servizio reso disponibile in virtù del contratto, escludono aprioristicamente che l'effetto dirimente si comunichi all'intera fattispecie negoziale sebbene deprivata di talune pattuizioni, inducono quantomeno a porre nel dubbio che il notaio sia legittimato a rifiutare il suo magistero qualora le parti, ed in particolare il contraente debole, insistano nel voler stipulare il contratto nonostante che in esso siano presenti clausole affette da siffatte ipotesi di nullità.

Ebbene, si è condivisibilmente rilevato che "l'obiettivo del consumatore a mantenere in essere il contratto implica, innanzitutto, quello di pervenire alla sua conclusione: entrambi gli obiettivi sono espressione dell'interesse del consumatore ad appropriarsi delle opportunità conseguibili con il contratto" (54); se il mantenimento del contratto è assicurato dalla parziarietà necessaria della nullità e dalla legittimazione relativa a farla valere, nella fase antecedente alla conclusione del contratto la nullità non ha spazio operativo se non per il tramite del controllo del notaio che potrebbe impedirne il perfezionamento. Appare evidente, però, che se ciò accadesse comporterebbe, con ogni probabilità, un evidente pregiudizio per il consumatore che si vedrebbe privare a monte di quelle utilità (beni e servizi) che, laddove il contratto fosse stato stipulato, gli sarebbero state comunque assicurate. Si determinerebbe, così, un assurdo giuridico perché il notaio, nell'impedire la stipulazione del contratto trasformerebbe, di fatto, la nullità necessariamente parziale e relativa, così connotata nell'interesse del contraente destinatario della disciplina di protezione, in una nullità totale ed assoluta. Ed allora, se è

Note:

(52) Sul punto, con molta chiarezza, Lenzi, *Regole di condotta e regole di validità nella contrattazione di immobili da costruire*, cit., che evidenzia come solo una lettura formalista della disciplina della nullità, intesa come vizio insuscettibile di sanatoria, legittimerebbe il contraente protetto a rifiutare la prestazione.

(53) Se si concorda con quanto esposto nel testo dovrà convenirsi che una dichiarazione di rinuncia, effettuata nel processo dal consumatore, a fare valere la nullità relativa di un patto o clausola non potrà considerarsi un atto dispositivo del diritto bensì esclusivamente dell'azionabilità dello stesso nel processo, in quel processo. E, pertanto, laddove il suddetto processo si estingua sarà sempre possibile per il consumatore fare valere quel diritto alla nullità della clausola in un altro nuovo giudizio, ove intenda scegliere una differente linea di difesa. In conclusione la dichiarazione resa in sede processuale dal consumatore di non intendere avvalersi della nullità della clausola vessatoria resta circoscritta all'ambito processuale in cui è resa, non è un atto dispositivo del diritto e non determina, pertanto, alcuna valenza di sanatoria, in senso sostanziale, della nullità della clausola.

(54) Caccavale, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in questa Rivista, 2007, 1, 56.

pur vero che il ruolo del notaio è quello di prevenire la litigiosità e di evitare possibili cause di nullità degli atti è anche vero che egli, nell'espletamento del proprio magistero, è tenuto, come il giudice, ad interpretare la *ratio* delle norme onde assicurarne l'effettività; denegare la stipula del contratto nelle ipotesi delineate tradirebbe, invece, per quanto detto, le finalità della previsione di nullità e sarebbe, paradossalmente, causa di danno proprio per la parte destinataria della protezione, precludendole l'acquisizione delle utilità conseguenti dal contratto. È proprio sulla base di quest'ultima considerazione che forse può accreditarsi un'argomentazione forte per sostenere che il notaio non incorra nella responsabilità *ex art. 28 L.N.* né venga meno al ruolo di garante della legalità neppure qualora stipuli un contratto contenente clausole viziate da nullità di protezione necessariamente parziale, benché a legittimazione assoluta (55). Ed infatti, se, come si è tentato di dimostrare, la necessaria parzialità di siffatte nullità trae fondamento dall'intento del legislatore di conservare il contratto perché fonte di *utilitas* per la parte debole, potrebbe con certo fondamento sostenersi che, nella graduatoria degli interessi tutelati dal legislatore, il conseguimento dell'*utilitas* per il contraente debole è il presupposto per l'accesso al sistema rimediabile: in altri termini, la comminatoria della nullità, indipendentemente se assoluta o relativa, qualora contempra il necessario mantenimento in vita del contratto, è esplicativa di una precisa scelta del legislatore a che il conseguimento del bene o del servizio oggetto del contratto sia comunque assicurato al contraente debole. La denegata stipula del contratto da parte del notaio sarebbe ostativa a tale prioritaria finalità in quanto radicalmente preclusiva per la parte debole dell'accesso al mercato: ciò comporterebbe una grave distorsione delle finalità sottese alla normativa di protezione che, nel prevedere la necessaria parzialità della nullità, ha confezionato un apparato rimediabile a valenza "conservativa" del contratto che presuppone l'interesse primario alla sua conclusione (56). Spingere il controllo di legalità del notaio fino a precludere la stipula del contratto significherebbe, dunque, trasformare la nullità necessariamente parziale in una nullità totale, con un possibile danno, talvolta molto grave, proprio per il destinatario della normativa di protezione (57).

Se si condividono le esposte considerazioni sembra allora più rispondente alle finalità delle nullità di protezione in oggetto che il notaio, piuttosto che denegare il proprio magistero (58), si accerti, in applicazione del-

Note:

(55) In tal senso, invece, com'è noto, la giurisprudenza (cfr. Cass. 7.11.2005, n. 21493, in *Giust. civ.*, 2006, 7-8, 1494), ove si legge: "In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28 comma primo n. 1 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 - sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma secondo - di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che com-

portano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa". Nella stessa massima si precisa, con riferimento alle ipotesi di nullità parziale assoluta, che "il divieto (imposto dall'art. 28, comma 1, n. 1, L. 16 febbraio 1913, n. 89 e sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2) di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, è violato nel momento stesso della redazione della clausola nulla, inserita in un atto rogato dal professionista, in quanto la redazione della clausola segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi predisposti dal legislatore per conservare ai fini privatistici l'atto (quali la sostituzione di diritto della clausola nulla con norma imperativa)".

(56) Sono pienamente condivisibili, in proposito, i rilievi di Caccavale, *op. cit.*, 56, che evidenzia: "l'esigenza di ricevere l'erogazione del finanziamento ben potrebbe sovrastare, come di norma si riscontra, l'interesse a concludere il contratto scevro da clausole abusive, che pur sempre possono essere rese inerti in un momento successivo". In proposito vedi anche i rilievi di Celeste, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, 140, che, sia pure con riferimento alle clausole vessatorie, sottolinea che il meccanismo attraverso il quale la sanzione della nullità viene comminata dall'ordinamento "è quello di un controllo contenutistico *ex post* delle clausole" il che porterebbe ad escludere la legittimità di un accertamento *a priori* della vessatorietà della clausola da parte del notaio, con conseguente rifiuto di ricevimento dell'atto che la contiene.

(57) Alle argomentazioni riferite nel testo che, a parere di chi scrive, sono rispettose del dettato normativo e della peculiare *ratio* che connota le nullità di protezione necessariamente parziali, anche se a legittimazione assoluta, si può aggiungere un'ulteriore considerazione: l'art. 28 L.N., nel sancire che il notaio non può ricevere gli atti che "sono espressamente proibiti dalla legge...", allude a contratti o negoziazioni vietate nel loro complesso; ebbene, nella ricorrenza di contratti contenenti clausole affette da nullità parziale necessaria non vi è alcuna proibizione riferita alla intera negoziazione ed in ogni caso, per espressa previsione legislativa, la nullità della singola clausola non potrà comportare la nullità dell'intero negozio, salvo il caso, invero assolutamente marginale nella prassi, in cui la porzione di contratto elisa dalla nullità sia essenziale a garantire la consistenza strutturale al regolamento residuo (vedi *ultra* nota 58). In definitiva si potrebbe sostenere che il contratto, mondato dalla clausola nulla, non è proibito dalla legge bensì rimane efficace e valido per il resto. Dunque, sembra ragionevole dubitare che il pubblico ufficiale rogante potrà ritenersi responsabile dell'illecito di cui all'art. 28 L.N. ove, stante l'assenza di un divieto riguardante l'atto nel suo complesso ma riguardante solo singole clausole di esso, stipuli il contratto che, per il resto, è pienamente valido ed efficace. D'altra parte è sempre stata motivo di forti perplessità l'applicazione dell'art. 28 legge notarile anche all'ipotesi in cui la clausola nulla rientri fra quelle disciplinate dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., in comb. disp. con l'art. 1339 c.c., ancorché in tal caso essa venga sostituita di diritto dalla norma imperativa che ne disciplina il contenuto. La sostituzione automatica della clausola viziosa con altra prevista dall'ordinamento comporta che il contratto è come se sorgesse sin dall'inizio con la clausola imperativa imposta dalla legge e, quindi, non vi sarebbe alcun motivo, per il notaio, di rifiutarne l'accoglimento.

(58) Significativamente si sottolinea da Celeste, *op. cit.*, 141, che l'escludere le nullità di protezione dall'ambito del controllo notarile di legalità appare "aderente agli interessi in gioco e, al tempo stesso, (...) coerente con le caratteristiche peculiari delle nullità di protezione, del tutto irriducibili alla categoria tradizionale delle nullità". Dovrà, però, ritenersi che il notaio debba rifiutare la stipula del contratto nell'ipotesi, invero piuttosto rara nei contratti dei consumatori, in cui la clausola vessatoria non sia una pattuizione secondaria del contratto e, di conseguenza, la sua caducazione ne faccia venire meno la consistenza strutturale; nella ricorrenza di questa, sia pure remota, eventualità, nonostante il disposto del comma 1 dell'art. 36 C.d.c., la nullità non potrà rimanere circoscritta alla clausola e da parziale diventerà totale, cfr., in proposito, per maggiori approfondimenti, Monticelli, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 ss.; ma vedi anche, in una diversa prospettiva, Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle cl. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 38; da ultimo, D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 9 ss. e 231 ss.

l'art. 47 L.N. e del ruolo di terzietà rispetto alle parti, nell'indagare la volontà di esse, della intenzione effettiva del contraente debole di stipulare il contratto malgrado che in esso vi siano determinate clausole viziate da nullità parziale necessaria (a legittimazione relativa o, per quanto detto, anche a legittimazione assoluta) rendendolo altresì edotto dei diritti, anche a fare valere la nullità di quelle clausole, che gli derivano dalla normativa di protezione (59). Peraltro, da tale attività del notaio potrà, magari, risultare che determinati patti, benché contenuti nell'elenco in odore di abusività di cui all'art. 33 C.d.c., siano stati, invece, oggetto di trattativa individuale, all'esito della quale il consumatore abbia deciso di mantenere inalterata una determinata clausola avendo, però, ricevuto un vantaggio relativamente ad altre pattuizioni del contratto o relativamente alle condizioni economiche che lo connotano. È appena da ricordare che nella ricorrenza della negoziazione individuale si esclude in radice l'accesso al giudizio di vessatorietà della clausola, per l'assenza del presupposto oggettivo di applicazione della disciplina di cui agli artt. 33 ss. C.d.c.

Le esposte considerazioni se forse possono a taluni ap-

parire eversive del ruolo del notaio di garante della legalità, come tradizionalmente inteso, mirano, invece, a riconsiderare e, quindi, ridisegnare tale ruolo alla luce dell'evoluzione del diritto dei contratti; e, pertanto, sembra opportuno che la funzione di adeguamento si svolga secondo modalità e finalità differenziate a seconda dello *status* dei soggetti che stipulano il contratto, della graduazione degli interessi sottesi al precetto normativo e delle concrete esigenze delle parti; concorra, in definitiva, alla modernizzazione del sistema senza che, dietro il paravento dell'art. 28 L.N., vengano sostanzialmente frustrate se non disattese le potenzialità dei nuovi istituti (60).

Note:

(59) D'altra parte, va anche considerato il carattere eccezionale della previsione contenuta nell'articolo 28 L.N. rispetto all'obbligo per il notaio di prestare la propria attività stabilito dall'art. 27 della stessa legge.

(60) Sul punto le acute osservazioni di Lenzi, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in *Diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 607 ss.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

**Processo civile
formulario commentato**

**Il processo di esecuzione – Libro III
Con CD-Rom allegato**

A cura di Claudio Consolo e Massimo Ferro



L'opera raccoglie tutte le formule relative agli atti e ai provvedimenti relativi al processo di esecuzione:

- espropriazione forzata in generale
- espropriazione presso terzi
- espropriazione immobiliare
- espropriazione di beni indivisi
- espropriazione contro il terzo proprietario
- esecuzione per consegna o rilascio
- esecuzione di obblighi di fare e di non fare
- opposizioni
- sospensione e estinzione del processo.

Ogni formula è corredata da: un **inquadramento funzionale d'autore**, sintetico ma completo, con suggerimenti e indicazioni di carattere pratico; la **formula** in senso stretto; una **rassegna della giurisprudenza**

più significativa, di legittimità e di merito, articolata nelle medesime voci dell'inquadramento funzionale; la sezione **Cosa non fare**: suggerisce cosa evitare affinché l'atto sia corretto e non suscettibile di rigetto. Il **Cd-Rom allegato** contiene tutte le formule utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed adattabili al caso specifico.

Cod. prodotto 93368

Ipsoa 2008, EURO 170,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **http://ipshop.ipsoa.it**