

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.dirittocivilecontemporaneo.com

Anno II, numero I, gennaio/marzo 2015

La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez, un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)

Federico Russo

La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez, un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)

di Federico Russo

Con la decisione n. 26243 del 12 dicembre 2014, contemporanea, più che coeva, alla precedente del medesimo contenuto n. 26242/2014 (Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014 n. 26243 e Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015, con nota di N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*), le Sezioni Unite della Suprema Corte, con motivazione dotta, faconda ed – *absit iniuria verbis* – estesa forse oltre i limiti del funzionale ed auspicabile in quello che resta pur sempre un provvedimento giurisdizionale (si rammenta che l'art.132 comma 2 n. 4 c.p.c. prevede che la sentenza debba contenere “la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione” e che con lettera del 17 giugno 2013, il Primo Presidente della Corte di Cassazione aveva individuato la chiarezza e sinteticità quali requisiti delle *best practices* in materia di redazione delle sentenze. Cfr. anche l'esperienza d'oltralpe, e segnatamente della *Cour de Cassation* francese – il modello cui le nostre Cassazioni, oggi unificate, furono ispirate, le cui sentenze, anche in *Assemblée plénière* superano raramente le poche pagine necessarie alla decisione e alla comprensibilità del testo) tornano nuovamente sulla questione della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di nullità, non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, ma anche nel caso in cui sia domandato l'annullamento del contratto stesso (cfr. l'ordinanza di remissione 27 novembre 2012, n. 21083, in *Corr. giur.*, 2013, p. 174 con nota di S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2013 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?* e di C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*).

La decisione intende completare e concludere il ragionamento sviluppato dalla precedente decisione delle Sezioni Unite 4 settembre 2012, n. 14828, che nella sua massima ufficiale aveva affermato il seguente principio di diritto:

“Alla luce del ruolo che l’ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell’assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l’esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *‘ex actis’*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità *‘incidenter tantum’* senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste”.

E’ noto che la pronuncia delle Sezioni Unite del 2012 era intervenuta su un dibattito che aveva visto divisa tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, circa l’individuazione del punto di equilibrio tra potere di rilievo di ufficio dell’eccezione di nullità negoziale da una parte e principio dispositivo e corrispondenza tra chiesto e pronunciato dall’altra.

Al riguardo, in precedenza, parte della giurisprudenza aveva affermato che la nullità poteva essere rilevata d’ufficio solamente quando si fosse posta come ragione di rigetto della pretesa della parte attrice, per essere la validità dell’atto elemento costitutivo della domanda. Qualora, invece, fosse stata la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, la pronuncia del giudice avrebbe dovuto essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall’interessato e non avrebbe potuto fondarsi su elementi rilevati d’ufficio o tardivamente indicati, in quanto, in tale ipotesi, la nullità si sarebbe configurata come elemento costitutivo della domanda, il quale opera come limite

alla pronuncia del giudice. Si era così escluso che il giudice, chiamato a decidere sull'annullabilità o sulla risoluzione di un contratto, potesse dichiararne d'ufficio la nullità (*ex plurimis*, Cass. 28 novembre 2008, n. 28424; Cass. 21 marzo 2003 n.2637; Cass. sez. un. 4 novembre 2004 n. 21095; Cass. 19 gennaio 2005 n.1097; Cass. 27 giugno 2005 n.1372; Cass. 14 dicembre 2004 n. 23292; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1378. In dottrina v. C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p.941 ss. sul rilievo oltretutto che con l'annullabilità si fa valere un vizio genetico al contratto.).

Avverso tale soluzione si era, però, obiettato che nel caso della nullità sarebbe venuto in gioco non tanto il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, quanto l'applicazione di una sanzione di ordine pubblico, che consiste nell'obbligo giudiziario di non dichiarare o costituire alcun effetto che, pur voluto dalle parti in giudizio, contrasti con le norme inderogabili sulla nullità dei negozi. Secondo tale impostazione il solo limite posto dagli artt. 112 c.p.c. e 24 Cost. sarebbe stato il divieto, per il giudice, di ricercare inquisitoriamente i fatti di nullità estranei al materiale di causa, nonché, se pur tali effetti fossero emersi in giudizio, negare in sentenza effetti non richiesti dalle parti. Ad esempio, non può dichiarare la nullità per identica illiceità di un negozio collegato a quello dedotto in giudizio o di clausole in tutto autonome dello stesso negozio dedotto, ove quel negozio o quelle clausole siano estranee alla *causa petendi*.

Nel corso del 2012, le Sezioni Unite, con la sentenza sopra citata erano tornate sull'argomento (Cass.sez. un. 4 settembre 2012, n. 14828; su cui v., *supra*. In precedenza si era espressa nello stesso senso Cass. 22 marzo 2005, n. 6170). Affermavano che il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, avrebbe il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti "*ex actis*", una volta provocato il contraddittorio sulla questione, "ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità '*incidenter tantum*' senza effetto di giudicato, a meno che

sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste”.

Il giudice, dunque, anche qualora l'attore abbia agito per la risoluzione del contratto ha il potere dovere di rilevare d'ufficio la nullità (sia pure in via incidentale e senza effetto di giudicato) e disporre le restituzioni.

La decisione del 2012, comunque, aveva lasciato irrisolta (al di là della questione delle c.d. nullità di protezione) la problematica della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di nullità qualora la domanda originaria avesse ad oggetto non l'adempimento o la risoluzione del contratto, ma il suo annullamento o la rescissione, ovvero qualora fosse stata dedotta dalle parti una nullità differente da quella individuata dal giudice decidente (Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, cit., p. 877 ss.).

Pochi giorni dopo, allora, la stesura della motivazione del 2012, la seconda sezione civile rimetteva nuovamente alle Sezioni Unite la questione della massima importanza, se – appunto – l'eccezione di nullità sia rilevabile d'ufficio anche qualora l'attore abbia chiesto l'annullamento del contratto.

Per completezza va detto che, nell'interregno tra le due decisioni delle Sezioni Unite, la Corte si era nuovamente pronunciata sul tema, affermando la deducibilità per la prima volta in appello di un'eccezione di nullità differente da quella originariamente formulata in primo grado (Cass. sez. I, 12 luglio 2013, n. 17527 in *I contratti*, 1/2014, p. 15 ss., con nota di S. PAGLIANTINI).

Nella fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite, nel lontano 1999 l'attore aveva impugnato dinanzi al Tribunale di Milano un lodo arbitrale irrituale e di equità, avente ad oggetto contrapposte domande di adempimento e risoluzione di due distinti contratti preliminari; domande ambedue accolte dal Collegio, che aveva anche disposto le restituzioni. Dopo una pronuncia di incompetenza del Tribunale adito per l'impugnazione del lodo, il Tribunale di Rimini aveva rigettato la domanda dell'attore, diretta ad ottenere la declaratoria di invalidità del lodo,

condannandolo anche al risarcimento dei danni e alla restituzione dell'azienda alberghiera, oggetto del giudizio.

Appellando la sentenza, l'originario attore in Tribunale aveva dedotto alcune questioni "nuove", e segnatamente l'invalidità della clausola compromissoria perché inserita in un contratto simulato, il vizio di "eccesso di mandato del lodo", la violazione del principio del contraddittorio e l'omessa pronuncia circa l'eccesso di mandato, l'errore di fatto revocatorio, in relazione all'omessa considerazione, da parte degli arbitri, delle proroghe concesse per la produzione dei documenti necessari al trasferimento di alcuni beni aziendali.

Gli appellati eccepivano l'inammissibilità delle domande nuove introdotte per la prima volta in sede di gravame, chiedendone, al contempo, il rigetto nel merito.

A conclusione del grado di appello, la Corte bolognese dichiarava inammissibili le domande nuove proposte in secondo grado, rilevando la novità delle questioni di "nullità o di annullamento" dedotte dall'appellante. Rilevava altresì che anche la questione della nullità delle pattuizioni simulate era stata riproposta in sede di gravame "in termini assolutamente diversi da quelli" prospettati in primo grado. Rilevava, infine, la violazione delle preclusioni, maturate nel primo grado dinanzi al tribunale, della questione della mancanza di *potestas decidendi* in capo al giudice, in merito alla validità ed efficacia della clausola compromissoria.

Impugnata la sentenza in Cassazione, la seconda sezione civile, investita della questione, rimetteva gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, affinché si decidesse sulla questione di massima importanza: "Se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto ma anche nel caso in cui sia domandato l'annullamento del contratto stesso". La problematica de qua, a parere del remittente così come delle Sezioni Unite, era stata lasciata impregiudicata dalla precedente decisione delle Sezioni Unite n. 14828/2012, che aveva trattato *ex professo* la materia.

La Corte, dopo aver confermato il principio precedentemente espresso dalle Sezioni Unite, circa la rilevabilità d'ufficio della nullità in un giudizio avente ad

oggetto l'adempimento o la risoluzione del contratto, affronta nuovamente e *funditus* la questione, in quella che si pone, più che una sentenza, come una sorta di trattazione organica, quasi monografica, del rapporto tra principio dispositivo e corrispondenza tra chiesto e pronunciato e questioni rilevabili d'ufficio.

Uno dei primi temi affrontati dal Giudice di legittimità è quello dei rapporti tra nullità negoziale, sua rilevabilità officiosa e oggetto del processo. Il Decidente osserva, innanzitutto, che la delimitazione del campo della rilevabilità d'ufficio della nullità appare, in qualche misura, influenzato dalla visione del processo ("propensione soggettiva") dell'interprete. Sintetizzando, più ci si avvicina ad una visione (pubblicistica) del processo inteso come strumento per dare attuazione al diritto (e, correlativamente, sul piano fattuale, per accertare la verità storica dei fatti, quali che siano le domande ed eccezioni espressamente formulate dalle parti), più si tenderà a considerare ampio il potere del giudice, tanto per quanto riguarda i poteri istruttori, quanto per quanto concerne il rilievo officioso delle eccezioni. Per converso, più ci si avvicina ad una concezione (privatistica) del processo, inteso come strumento per comporre essenzialmente una lite tra privati, più si sarà portati a circoscrivere e delimitare questo potere.

Come si è già detto in precedenza, la questione è un topos del dibattito processualcivile in Italia (e nel mondo).

Essa non ha, a nostro avviso, una soluzione certa, univoca e definitiva; invero nel nostro codice – ma in generale nei nostri codici e nella legislazione processuale – sono ben presenti e visibili ambedue queste anime, privatistica e pubblicistica. Da un lato esiste, appunto, un'anima privatistica, che muove da una concezione del processo come strumento per dare certezza ai rapporti, e che parte dalla considerazione che questi, nel diritto privato, sono in larga parte disponibili. Quest'anima del processo può essere ravvisata, e.g., nel meccanismo di estinzione del processo per inattività delle parti, nel principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.), nei principi della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato

(artt. 99 e 112), nella disponibilità delle prove, nel divieto di scienza privata del giudice (art. 115 c.p.c. e 97 disp. att. c.p.c.), in talune altre norme, improntate sempre al principio dispositivo (quali, ad esempio, l'art. 395 n.2 c.p.c., che subordina la revocabilità della sentenza emessa in base a prove false al fatto che la dichiarazione o riconoscimento della falsità non fossero noti alla parte soccombente prima della sentenza), nella presenza di prove legali (la cui efficacia probatoria è, cioè, predeterminata ex ante dalla legge), nella possibilità di conciliare la lite, di transigerla, ovvero di comprometterla in arbitri. Più in generale, il nucleo profondo (e, al tempo stesso, il limite invalicabile, oltre il quale nessuna concezione pubblicistica del processo può, sulla base del diritto vigente, spingersi) dell'anima privatistica del processo risiede – come si legge nella stessa Relazione al Codice di procedura civile, attribuita a Calamandrei – nella disponibilità dei diritti, che permea, sia pure con eccezioni, il diritto privato sostanziale. Proprio la disponibilità dei diritti, che a sua volta trae origine nell'autonomia privata, impone, in campo processuale, l'applicazione del principio dispositivo.

Il principio dispositivo è, in sostanza, la proiezione nel campo processuale di quella autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua più energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà (sia pure per coordinarla sempre meglio ai fini collettivi) tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica (D. GRANDI, *Relazione alla maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi Presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940 – XVIII per l'approvazione del testo del Codice di Procedura Civile*, ripubblicata, in F. CIPRIANI – G. IMPAGNATIELLO - a cura di – *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 2007, p.253 ss.. Cfr. F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2014, p. 78. Per l'attribuzione della Relazione a Calamandrei v. F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti leggende interpretazioni documenti*, seconda ed., Napoli, 2009 p. 251

ss.; F. CIPRIANI, *il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 45 ss.).

Dall'altro, però, nel processo è ravvisabile anche un'anima pubblicistica, che muove dalla considerazione che il processo – quali che siano i rapporti che è chiamato a regolare – è comunque un procedimento affidato ad un organo pubblico e da questo diretto. Secondo questa concezione il fine del processo civile sarebbe soprattutto quello di attuare il diritto, previo accertamento della verità (nell'ambito del binomio verità formale-materiale). Manifestazioni di tale concezione sono ravvisabili nella sussistenza di mezzi di prova d'ufficio (l'art. 115 c.p.c. precisa “salvi i casi previsti dalla legge”), nell'esistenza di eccezioni rilevabili d'ufficio, e la possibilità per il giudice di decidere su di esse anche in assenza di qualunque deduzione delle parti; nell'obbligo di lealtà e probità, sancito dall'art. 88 c.p.c., nonché nella responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. qualora la parte abbia agito con mala fede o colpa grave, nell'impianto stesso del processo, caratterizzato dalla figura centrale del giudice istruttore e da un ruolo preponderante del pubblico.

Orbene, non è questa, ovviamente, la sede per una compiuta disamina sul punto. Ci si limita a segnalare che ambedue le soluzioni in materia di rilievo delle nullità sono ugualmente possibili, a seconda che si ritenga prevalente, in un determinato momento storico, una visione maggiormente pubblicistica o privatistica del processo. Del resto, se è vero che il processo muove da un impulso di parte, è altrettanto vero che esso non può essere considerato integralmente un affare di parte; e ciò per il semplice fatto che esso involge, comunque, un pubblico potere dello stato. Correlativamente, se è vero che il processo coinvolge il potere dello Stato, è altrettanto vero che esso è comunque diretto a risolvere un contrasto tra privati, nell'ambito del quale il pubblico interesse può avere uno spazio solo relativo.

La visione maggiormente pubblicistica o privatistica del processo, nella prospettiva della Suprema Corte, influenza la soluzione di un altro profilo problematico, connesso a quello del rilievo della nullità, e già affrontato da Cass. 14828/2012, scil. quello dell'eventuale efficacia di giudicato della declaratoria di nullità, rilevata ex officio dal giudice.

È, a nostro avviso, evidente che il nodo ermeneutico dell'efficacia di giudicato della pronuncia sulla nullità ruoti intorno all'esegesi dell'art. 34 c.p.c. Secondo una concezione diffusa in dottrina, infatti, la questione affrontata incidentalmente dal giudice, in assenza di esplicita domanda di parte, non si trasforma in causa (soggetta all'autorità di cosa giudicata), ed è conosciuta con effetti limitati al processo (v. G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, pp. 11 e 74 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 9 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2013, p.162 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, p. 146 ss. Contra, V. DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, p. 119 ed in part. p. 122 ss.; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali, Connessione – diritto processuale civile -*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1982, rist. p. 677; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p., 386 e in part. 394; M. TARUFFO, “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 293 ss. V. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 475 ss. ed in part. p.496 ss.; V. COLESANTI, *Alcune osservazioni in tema di «eccezioni riconvenzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p.492 ss. ed in part. 496 ss.; L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 299 ss e p. 306 ss. nonché l'ormai classica opera di A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959).

E' però innegabile che se il giudice, sia pure incidentalmente, accertasse la nullità di un contratto, tale pronuncia si porrebbe in evidente distonia con una successiva che ne confermasse, al contrario, implicitamente o esplicitamente, la validità. Tale contrasto può risultare, tutto sommato, accettabile se ci si muove in una

prospettiva privatistica (il primo processo aveva ad oggetto l'esistenza di cause di annullabilità, quindi il giudicato si forma limitatamente a quell'aspetto), mentre diviene difficilmente tollerabile se si accoglie una visione pubblicistica del fine del processo.

In un'ottica privatistica il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sancito dall'art. 112 c.p.c., verrà interpretato come limite stretto e invalicabile all'esercizio del potere giurisdizionale (sul punto, diffusamente, *infra*). In una visione opposta questo andrà coordinato con l'idea che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, sicché l'immutabilità della pronuncia riguarderà non solo quanto effettivamente domandato dalle parti, ma anche tutte quelle statuizioni che, pur non esplicitate, costituiscono presupposto logico necessario all'effettivo *petitum* delle parti. Correlativamente, se in una prospettiva privatistica il sindacato del giudice esplicherà i suoi effetti essenzialmente sul *petitum*, le domande delle parti, in un'ottica maggiormente pubblicistica il sindacato potrà riguardare l'intero rapporto, incluse – sempre nei limiti del dedotto e deducibile – le questioni pregiudizialmente affrontate per pervenire alla decisione.

Nel caso delle nullità negoziali, prosegue la Suprema Corte, il legislatore avrebbe effettivamente compiuto una scelta, in un certo senso, pubblicistica, qualificando, sul piano processuale, la nullità quale eccezione “in senso lato”, rilevabile d'ufficio.

La ragione di tale scelta legislativa risiede, secondo la Suprema Corte, nel fatto che la nullità tutela, in linea generale, anche e soprattutto interessi generali e comunque super-individuali. In ciò risiederebbe una importante differenza con l'annullabilità che tutela, continua la Corte, interessi anche qualificati, ma pur sempre particolari. Da questa premessa discende la soluzione legislativa di considerare rilevabile d'ufficio l'eccezione di nullità e non rilevabile quella di annullabilità.

Dopo tale affermazione di principio, la Corte si occupa del tema delle nullità c.d. di protezione, poste “al confine tra le due categorie della nullità e dell’annullabilità”.

Si tratta, come è noto, di quelle ipotesi di nullità speciali, spesso di derivazione sovranazionale o internazionale, nelle quali la legge riserva ad una sola delle parti, quella c.d. debole (quale, e.g., il consumatore nei contratti di consumo), la legittimazione in via esclusiva a far valere il vizio, appunto, dell’atto.

L’attribuzione, per mutuare le parole della sentenza 26234/2014, ad uno solo dei soggetti del “potere di scelta tra conservazione e invalidazione del contratto”, non comporta, però, di per sé, a giudizio della Suprema Corte, il divieto di rilievo d’ufficio.

Osserva il giudice di legittimità che la giurisprudenza comunitaria sembra orientata nel considerare rilevabili d’ufficio le nullità in questione (e.g. il carattere abusivo di una clausola contrattuale), salvo il caso di opposizione della parte legittimata (CGCE 4 giugno 2009, *Pannon*, C-243/2008).

Invero le nullità di protezione non sarebbero assimilabili a delle ipotesi di annullabilità rafforzata, ma sarebbero pur sempre delle vere e proprie nullità, ancorché “ad assetto variabile, di tipo funzionale”: calibrate “sull’assetto di interessi concreti, con finalità essenzialmente confermativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo”.

Sul piano processuale, allora, l’esistenza comunque di un rilievo pubblicistico esclude che le nullità di protezione possano essere considerate come eccezioni in senso stretto.

La negazione del carattere di eccezione, però, pone immediatamente la questione della delimitazione del concetto di eccezione esistente (o dei concetti di eccezione esistenti) nel nostro ordinamento.

Diciamo, intanto, che possiamo parlare di eccezione ogni qualvolta la parte non si limiti a contestare il fondamento in fatto o in diritto della domanda, ma alleggi un fatto nuovo che pur non negando (ma, anzi, implicitamente confermando) la *regula*

espressa dalla domanda avversaria (e.g. il contratto di vendita obbliga il compratore a pagare il prezzo; le parti stipularono un contratto che obbligava Caio a pagare a Tizio una determinata somma di denaro), postuli la sua disapplicazione nel caso concreto (e.g.: ma nel caso di specie, il venditore è a sua volta inadempiente; ovvero nella fattispecie il credito è prescritto).

Non è, ovviamente, questa la sede per una disamina del contenuto dell'eccezione. Ci si limita a segnalare che il nucleo caratterizzante della condotta è dato, appunto, dall'introduzione di un fatto nuovo, dedotto non in chiave meramente probatoria, ma idoneo ad impedire, modificare o estinguere il diritto fatto valere *ex adverso*.

Nell'ambito delle eccezioni-deduzioni di un fatto nuovo, occorre poi distinguere tra quelle deduzioni che mirino a dimostrare la (preesistente) infondatezza della domanda avversaria (e.g., il credito è stato già pagato, quindi è un non credito) da quelle che mirino invece a neutralizzare una domanda di per sé fondata; *recte*: di una domanda che resta fondata finché la controparte non eserciti un suo potere di impugnare il diritto o l'azione avversaria, ovvero di rifiutare l'adempimento di un contratto o di una obbligazione.

Queste due fattispecie, pur avendo in comune il medesimo presupposto, i.e., l'ingresso, nel processo e nella cognizione del giudice, di un fatto nuovo (come il pagamento, l'errore, il dolo, l'inadempimento della controparte, etc.) sono molto differenti sul piano del loro regime processuale.

Entrambe possono essere chiamate eccezioni, se con tale locuzione sottendiamo all'introduzione nel processo di un fatto nuovo. Con l'importante precisazione, però, che questa introduzione del fatto è di per sé idonea ad impedire, modificare, estinguere il diritto nelle eccezioni che definiamo in senso maggiormente ristretto rispetto al generale e omnicomprensivo concetto di eccezione in senso lato, che comprende ogni possibile difesa del convenuto, incluse le mere difese, contestazioni del fatto o del diritto (la semplice prova del fatto del pagamento comporta l'infondatezza della domanda avversaria). Di contro in quelle che

definiamo eccezioni c.d. in senso stretto sostanziale, perché si verifichi tale effetto, l'ingresso del fatto del processo dovrà essere accompagnato da un'ulteriore ed esplicita manifestazione di volontà della parte di impugnare il diritto o la domanda, ovvero di sottrarsi all'adempimento, proprio in forza della deduzione de qua. E ciò, appunto, perché la domanda sarebbe di per sé fondata, mentre rientra tra i poteri della parte cui essa è rivolta decidere se paralizzarla o adempierla.

Come conseguenza, nelle eccezioni in senso maggiormente ristretto, ove l'ingresso del fatto nuovo nel processo è sufficiente a paralizzare la domanda (purché, ovviamente il fatto sia dimostrato), diviene irrilevante come tale ingresso sia avvenuto. Il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto pagamento anche se esso non sia stato dedotto dalla parte chiamata all'adempimento, ma risulti comunque dalle prove assunte, ovvero sia stato ammesso dalla parte attrice o da questa non contestato (giusta il disposto dell'art. 115 c.p.c.). L'eccezione in senso maggiormente ristretto, analogamente alle mere difese, è, dunque, rilevabile d'ufficio, nel rispetto, però, delle regole in materia di preclusioni istruttorie (il giudice non potrà tenere conto di una quietanza di pagamento, se questa è stata prodotta fuori dai termini di decadenza e la parte non è stata rimessa in termini ex art. 153 c.p.c.) e del divieto di scienza privata.

Una volta che il fatto sia stato comunque provato o ammesso dalla controparte, però, diviene irrilevante stabilire chi avesse l'onere di provarlo; come pure diviene irrilevante l'assenza di una manifestazione di volontà del convenuto di avvalersi di tale specifico fatto per ottenere il rigetto della domanda avversaria. Il pagamento, così, estinguerà l'obbligazione dal suo interno, anche se il debitore non abbia mai formulato una esplicita richiesta in tal senso.

Diversamente, nel caso dell'eccezione di prescrizione, di dolo, di inadempimento, etc., diviene irrilevante la circostanza che il fatto astrattamente impeditivo, modificativo o estintivo del diritto sia comunque giunto alla cognizione del giudice (e.g., sulla base delle prove assunte, o perché esplicitamente ammesso dalla parte attrice). In queste ipotesi, su può dire, il fatto astrattamente impeditivo,

modificativo o estintivo del diritto rileva solamente se e in quanto viene dedotto dalla parte chiamata ad adempiere, e proprio al fine di paralizzare, proprio attraverso la sua deduzione, la domanda avversaria. Se ciò non accade, la domanda resta fondata, e il giudice non può rilevare d'ufficio l'eccezione, senza violare l'art. 112 c.p.c.

Ambedue le eccezioni di cui sopra, in senso maggiormente ristretto e il senso stretto sostanziale, sono comunque accomunate, come si è detto, dal fatto che presuppongono l'ingresso nel processo di un fatto nuovo. Diversamente la contestazione del fatto o del diritto presuppone che si continui, per così dire, a giocare con le stesse carte scartate da chi ha proposto la domanda. L'attività difensiva consiste, appunto, nel negare l'esistenza del fatto allegato *ex adverso*, ovvero l'esistenza della norma o delle conseguenze giuridiche che la parte pretende di ricavarne.

Nel caso delle nullità, anche di protezione, allora, non si ha, in senso proprio, l'allegazione di un fatto nuovo impeditivo, modificativo o estintivo del diritto. Piuttosto l'accertamento del vizio previsto dalla legge a pena di nullità comporta la non rispondenza originaria dell'atto al modello legale. Anche la legittimazione asimmetrica a far valere il vizio, propria delle nullità di protezione, non si sostanzia nella deduzione di un fatto; questo, sia chiaro, può ben esservi (qualifica di consumatore del contraente, etc), ma rimane confinato nell'ambito dei presupposti, così come – nelle nullità tradizionali, avviene la mancanza della forma prescritta, per l'illiceità della causa etc. Il potere, piuttosto, della parte si manifesta esattamente nel diritto ad ottenere la disapplicazione della clausola, in esecuzione della volontà della legge. La questione, in altri termini, resta, a nostro avviso, di puro diritto, nei limiti, ovviamente, in cui una questione di puro diritto – i.e., integralmente svincolata dal fatto – può essere concepita.

Sotto altro profilo, poi, anche l'attribuire ad alcune parti soltanto il potere di scelta tra validità e annullamento del contratto assume un rilievo di tutela di interessi

generali. Ratio delle nullità di protezione è tutelare il contraente debole dagli abusi dell'altro; sicché posta la regola della generale invalidità, è ben possibile che, in concreto, la clausola astrattamente abusiva corrisponda all'interesse del primo.

Con una certa approssimazione potremmo dire, allora, che mentre nelle nullità tradizionali la violazione del modello legale rileva sempre e comunque, sia in astratto che in concreto, in quelle di protezione, la violazione medesima è sempre idonea in astratto e in concreto ad impedire esistenza, validità ed efficacia dell'atto, ma questa idoneità può essere concretamente inibita dall'opposizione in giudizio del soggetto debole, che ritenga la clausola abusiva più conveniente per sé di quella corrispondente al modello di legge.

Così, il consumatore convenuto in un foro diverso da quello di residenza, potrebbe – concretamente – trovare più conveniente accettare la competenza del giudice adito (perché, e.g., più vicino alla propria abitazione e al proprio centro di interessi di quello predeterminato *ex lege*).

Forzando un po', potremmo sostenere che nelle nullità di protezione il legislatore avrebbe sottoposto la sanzione dell'invalidità ad una sorta di condizione risolutiva meramente potestativa, il cui esercizio sarebbe rimesso all'esclusiva discrezionalità del contraente debole; di modo che: – egli solo sarebbe arbitro di decidere sulla validità o invalidità della clausola; – correlativamente, salvo i casi previsti dalla legge, sarebbe inibito all'altra parte e al giudice, in mancanza di tale volontà conservativa del soggetto debole, ogni sindacato sulla maggiore o minore convenienza, per quest'ultimo, dell'atto.

Che si accolga o meno la ricostruzione qui proposta, è a nostro avviso corretto, però, ritenere che nelle nullità di protezione – al contrario di quanto accade nelle eccezioni in senso stretto, quale l'annullabilità – ciò che viene in rilievo non è il potere di impugnazione dell'atto da parte del soggetto debole. Mentre nelle eccezioni in senso stretto la domanda e l'atto nascono fondati e validi, ma possono essere impugnati dalla controparte, al contrario, nel caso delle nullità di protezione, l'atto nasce invalido e resta tale finché questi non eserciti il proprio potere conservativo previsto dalla legge (per uno studio del concetto di eccezione,

e sulla polisemia del vocabolo, v. F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione*, Roma, 2014).

Coerentemente, allora, la Corte esclude che siffatte nullità possano essere considerate eccezioni. Al riguardo il Giudice di legittimità distingue tra fase del rilievo – indicazione alle parti e fase della dichiarazione.

Il giudice ha sempre il potere-dovere di segnalare alle parti, anche d'ufficio, il possibile profilo di nullità (sia essa una nullità tradizionale, o di protezione), ogni qualvolta venga proposta una domanda che presuppone l'utilizzo come valido del contratto nullo. Il potere di rilievo, però, si esaurisce nella segnalazione alle parti, ed in particolare modo alla parte debole, che conserva pur sempre “la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa venga decisa nel merito”.

Sul piano del rito siffatto potere si deduce dall'art. 183 quarto comma c.p.c. (a norma del quale il giudice, alla prima udienza, indica alle parti “le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”), dall'art. 101 secondo comma c.p.c. (a norma del quale il giudice “se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio (...) riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine (...) per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”), ma anche dall'art. 34 c.p.c. (nella misura in cui presuppone una possibile prognosi circa il carattere pregiudiziale di una questione rilevata). Esso va coordinato, inoltre, con il disposto dell'art. 153 c.p.c. in tema di rimessione in termini: a seguito del rilievo officioso dell'eccezione, le parti devono essere rimesse in termini per le attività difensive consequenziali; attività che potrebbero consistere non solo in mere allegazioni, ma anche in nuovi atti istruttori, quali la produzione di documenti o la richiesta di prove.

Soccorre, a nostro avviso, in favore di questa interpretazione, anche il disposto dell'art. 115 c.p.c., a norma del quale il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite (su cui v. F.

RUSSO, *Brevi osservazioni sull'onere di specifica contestazione e il divieto di nova in appello nel rito del lavoro: la correlazione tra onere di contestazione e preclusioni istruttorie*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015). Sebbene, infatti, la questione di nullità, anche di protezione, afferisca al profilo del diritto e non a quello del fatto, è ben possibile che – come detto – essa postuli pur sempre un presupposto di fatto, fatto che potrebbe essere non contestato. Riteniamo che, in questo caso, l'affermazione del fatto presupposto da parte dell'attore, e la sua non contestazione da parte del convenuto impediscano il rilievo officioso della possibile nullità.

Rientra nel sistema normativo individuato dalle Sezioni Unite anche l'art. 384 c.p.c., omologo all'art. 115 c.p.c., per quanto concerne il processo in cassazione. Esso non viene menzionato dalle Sezioni Unite, probabilmente perché ritenuto assorbito dalla disposizione più generale).

Un *vulnus* nell'impianto della Corte, tuttavia, si rinviene nel fatto che – sulla base dell'ordinamento vigente – non pare che il potere del soggetto debole possa essere sottoposto – al contrario delle eccezioni, che sono soggette ad una rigida e predeterminata barriera preclusiva – ad un termine di decadenza. È vero che, una volta rilevata la nullità il giudice assegnerà alle parti, giusta l'art. 101 c.p.c., un doppio termine per osservazioni; è altrettanto vero, tuttavia che tali termini (*recte*, le attività esercitabili in detti termini, e segnatamente l'eventuale opposizione del consumatore alla declaratoria di nullità) non vengono qualificati come perentori. Né sembra legittimo introdurre, nel silenzio normativo, una decadenza a carico del soggetto debole per il compimento dell'attività.

Analizzando la possibile casistica, potremmo ulteriormente distinguere due ipotesi.

Qualora, a seguito del rilievo officioso da parte del giudice, il soggetto debole manifesti espressamente la volontà di non far valere la nullità di protezione, questa condotta potrebbe essere considerata come una nuova domanda, appunto, di opposizione alla nullità. Come logico corollario, potrebbe sostenersi che la sua scelta successiva di far valere la nullità di protezione dovrebbe essere considerata una rinuncia alla domanda precedentemente formulata.

È noto, al riguardo, che la giurisprudenza nega tendenzialmente che alla rinuncia alla domanda possa trovare applicazione il disposto dell'art. 306 c.p.c. a proposito di rinuncia agli atti del giudizio, secondo cui la rinuncia, per essere efficace, deve essere accettata dalla controparte (Cfr., da ultimo, Trib. sup. acque, 23 ottobre 2013, n. 65; Cass. sez. III civ., 14 novembre 2011, n. 23749; Cass. 03 agosto 1999, n. 8387; Cass. lav., 13 marzo 1999, n. 2268 in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2689 con nota di C. ASPRELLA, *Brevi cenni sulla rinuncia all'azione e sulla cessazione della materia del contendere*). La tesi muove dall'affermazione della carenza di interesse della controparte alla pronuncia sulla domanda rinunciata. Questa conclusione trae origine, a sua volta, dalla affermazione – che meriterebbe, in altre sedi, un approfondimento ben maggiore – dell'equipollenza della rinuncia alla domanda alla pronuncia di rigetto della stessa nel merito.

Ancor più problematico, poi, il caso in cui, a fronte dell'espressa sollecitazione del giudice a dedurre sulla nullità di protezione, la parte debole non abbia espressamente dichiarato di non volersene avvalere, ma si sia limitata, per così dire omissivamente, ad insistere nelle conclusioni precedentemente formulate. In questa ipotesi diventerebbe, a nostro avviso, un po' più complesso sostenere che la successiva nuova domanda di far valere la nullità di protezione possa essere considerata una rinuncia all'opposizione tacitamente proposta.

In ambedue i casi, comunque, non sembra che il successivo *revirement* della parte debole possa dirsi con certezza precluso, né condizionato – secondo l'attuale giurisprudenza – all'eventuale accettazione della controparte. E ciò proprio in quanto l'esercizio del suo potere di opposizione a far valere la nullità di protezione, assunto il carattere pubblicistico della sanzione di nullità e la conseguente applicazione della regola *iura novit curia*, non pare essere sottoposto ad alcun termine preclusivo.

Un problema del tutto speculare è quello del soggetto debole che, dopo aver esplicitamente accolto la sollecitazione del giudice e formulato espressa domanda di nullità, decida, *re melius perpensa*, di rinunziarvi e chieda di avvalersi della clausola abusiva.

Anche in questo caso valgono le osservazioni di cui sopra: salvo il problema delle spese del giudizio e quello dell'idoneità al giudicato dell'accertamento incidentale del giudice (su cui, *infra*), se si ammette il potere della parte di rinunciare alla domanda, e lo si svincola dalla necessità di qualsivoglia accettazione della controparte, non pare possibile precludere alla parte debole un simile *ius poenitendi*, finché la causa non venga decisa nel merito. Sulla sopra accennata problematica delle spese, osserviamo che queste, a rigor di logica, dovrebbero essere almeno in parte compensate, dal momento che almeno una parte del processo e della relativa istruttoria si sarebbe svolta a causa di una domanda, poi rinunciata. Solo che l'attuale formulazione dell'art. 92 c.p.c. non prevede più la possibilità per il giudice di compensare le spese per gravi motivi; sicché delle due l'una: o si assimila la rinuncia all'eccezione al suo rigetto nel merito (sicché la parte sarebbe parzialmente soccombente, con conseguente applicabilità della regola dell'art. 92 c.p.c.), o si dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma, sotto il profilo della violazione del canone di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., art. 6 CEDU) e della conseguente irragionevole disparità di trattamento con altre norme che in casi analoghi (imputabilità della maggior durata del processo a una parte) applicano regole differenti e segnatamente: l'art. 91 c.p.c. secondo inciso del primo comma; l'art. 13 d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, in materia di mediazione; l'art. 4 d.l. 12 settembre 2014, n. 132; in materia di negoziazione assistita (sulla questione dell'equipollenza o meno della rinuncia alla domanda alla pronuncia di rigetto della stessa nel merito cfr. le interessanti osservazioni A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 843 ss ed in part. p. 868 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 1007; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale*

civile, IV ed., vol. II, Bari, 2015, p. 219 ss.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol.I., cit., p. 510).

Una volta affermata l'ispirazione pubblicistica delle nullità di protezione, ed avere conseguentemente concluso per la rilevabilità – ancorché non per la conseguente declaratoria – d'ufficio del vizio, la Corte conclude per la tendenziale idoneità al giudicato del rilievo. E ciò, ovviamente, nell'ipotesi in cui la parte debole, avendo recepito e fatto propria la segnalazione del giudice, abbia chiesto pronunciarsi la nullità del contratto.

A giudizio della Corte, infatti, la vera ratio della rilevabilità officiosa della nullità sarebbe non tanto “quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (ché, altrimenti, l'art. 1421 sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell'ordinamento francese ex art. 423 NCP), ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”. Come logico corollario alla dichiarazione, da parte del giudice, della nullità seguirebbe sempre e comunque l'idoneità al giudicato della conseguente statuizione.

L'osservazione della Suprema Corte muove, anche sotto altro profilo, da una prospettiva pubblicistica del processo e dei poteri del giudice. Richiamando una precedente decisione del 2005 (Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, in Foro it., 2006, 7-8, I, p. 2108, con nota di DI CIOMMO; contra Cass. 16 maggio 2006, n. 11356.) la Corte osserva che l'accertamento del giudice ha ad oggetto non solo il diritto domandato, ma anche e più in generale l'esistenza del rapporto in contestazione e su cui la pretesa si fonda.

Il principio viene, però, temperato ponendolo in correlazione con la riaffermazione dell'obbligo del giudice, cui si è fatto cenno prima, di provocare comunque il contraddittorio sulla nullità rilevata, e sul suo divieto di dichiararla (a

pena di nullità della decisione) finché tale obbligo non sia stato adempiuto. Il fondamento normativo di tale interpretazione viene, come detto, individuato dalle sezioni unite nel combinato disposto degli artt. 183 comma IV c.p.c. (e, aggiungiamo, 384 c.p.c.), 101 comma II c.p.c. e 111 Cost. che sanciscono il divieto delle decisioni della terza via. Va detto che, stante il combinato disposto degli artt. 161 c.p.c. (a norma del quale la nullità della sentenza deve essere fatta valere attraverso l'impugnazione della sentenza) e 353 e 354 c.p.c. (che non sembrano consentire, in caso di decisione della terza via, la remissione della causa al primo giudice), gli effetti di tale nullità sono, in concreto, assai modesti (sulla c.d. terza via e sulle referenze pratiche dell'eventuale violazione cfr. M. BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p.502; S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, p.1363; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol.I, cit., p. 210 ss; L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 931 ss.).

Le Sezioni Unite, va segnalato, respingono l'idea che tale impostazione corrisponda ad una visione pubblicistica del processo, trovando, piuttosto, fondamento nel canone di giustizia della decisione, nonché della maggiore economia processuale.

Il profilo della maggiore giustizia della decisione appare, a ben vedere, più apoditticamente postulato che chiarito. Ci limitiamo ad osservare che, a nostro avviso, l'asserzione risulta corretta solo se ci si pone in un'ottica di giustizia sostanziale, e dunque – nonostante la premessa delle Sezioni Unite – se si accoglie una visione tendenzialmente pubblicistica del processo.

La Corte, invece, si dilunga sull'aspetto dell'economia processuale. In particolare, viene affermato il criterio della decisione fondata sulla ragione più liquida, secondo cui, se vi sono più strade argomentative, incompatibili tra loro, ma che consentono tutte di pervenire alla medesima soluzione di accoglimento o di rigetto, il giudice deve dare prevalenza a quella “più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione indipendentemente dal fatto che essa riguardi

il rito o il merito” e che “consentirà di ridurre l’attività istruttoria e quella di stesura della motivazione”.

Tale canone per il giudice va poi coordinato (sempre in osservanza del criterio di economia processuale) con quello della maggiore preclusività della questione, secondo cui, tra più soluzioni omogenee, il giudice deve sempre preferire quella “che assicura il risultato più stabile”. In caso di virtuale cumulo di motivi di nullità e annullamento, osservano le Sezioni Unite, la decisione più stabile è garantita, appunto, dalla pronuncia esplicita di nullità e non da una pronuncia di rigetto dell’annullabilità, previo accertamento incidentale della (e proprio in virtù della) nullità del negozio. Invero, come si chiarirà infra, il rigetto della domanda di annullabilità del contratto (ancorché perché dichiarato, a monte, nullo) non consente, ai sensi dell’art. 2652 c.c. e al contrario della pronuncia di accoglimento della domanda di nullità, l’efficacia prenotativa della relativa trascrizione.

Con riguardo alle nullità tradizionali vengono riconfermati i principi di cui sopra, e già anticipati da Cass. sez. un. 14828/2012 e sviluppati nelle pagine precedenti.

Come nel caso delle nullità di protezione, anche nelle nullità classiche i due canoni della maggior liquidità e della maggior preclusività della decisione vanno sempre coordinati con la parallela anima privatistica del processo.

Se, però, nel caso delle nullità di protezione, come visto, l’opposizione del soggetto debole impedisce in radice la declaratoria dell’illegittimità, nelle nullità tradizionali l’effetto sarà ben diverso. In queste ipotesi il rilievo della nullità è sottratto alla discrezionalità di tutte le parti. Esso va comunque coordinato con i principi della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Questi, se per un verso non impediscono al giudice di rilevare ex officio la nullità negoziale, giusta il disposto dell’art. 112 c.p.c., né di dichiararla comunque, nonostante l’eventuale opposizione delle parti (che potrebbero non accogliere la segnalazione del giudice e chiedere espressamente o tacitamente che esso si pronunci sulle

originarie domande), impediscono tuttavia che tale declaratoria sia suscettibile di cosa giudicata.

In particolare, il potere del giudice di pronunciarsi esplicitamente, con effetto di giudicato, sulla domanda di nullità presuppone, pur sempre, che una tale domanda sia stata, almeno implicitamente e anche a seguito della rilevazione d'ufficio ad opera del giudice, formulata.

Tuttavia, tale idoneità al giudicato della decisione verrebbe meno qualora, pur a fronte del rilievo officioso da parte del giudice, la parte debole avesse deciso di non accogliere il suggerimento del giudice, ed avesse insistito nell'originaria domanda.

In questo caso, infatti, prevarrà il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c., sicché il giudice non avrà altra possibilità se non rigettare la domanda di annullamento proposta, accertando in via incidentale ex art. 24 c.p.c. e senza efficacia di giudicato la nullità del negozio.

Per converso la mancanza di ogni rilevazione e dichiarazione della nullità in sentenza sarà idonea, in linea di principio, a costituire giudicato implicito sulla validità del contratto.

Circa il ragionamento della Corte, pur condivisibile nel suo impianto concettuale, osserviamo che in realtà, i precedenti richiamati in motivazione non paiono – si fas est – pertinenti: proprio Cass. sez. un. 17 giugno 2013, n. 15122, nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex plurimis*, Cass. sez. un. 20 febbraio 2007, n.3840) aveva, anzi, ribadito un principio non del tutto aderente a quello della maggior liquidità: “il giudice il quale emetta una pronuncia d'inammissibilità della domanda si spoglia della *propria potestas iudicandi* al riguardo, e (...) se, ciò nondimeno, quel medesimo giudice si soffermi anche a motivare sul merito, tale motivazione è da considerarsi svolta *ad abundantiam*, onde un'impugnazione sul punto neppure risulterebbe ammissibile”.

Dal momento che il precedente viene comunque invocato e dichiaratamente condiviso, possiamo concludere che, per la Suprema Corte, esso vada reinterpretato nel senso restrittivo che è precluso al giudice pronunciarsi nel

merito (se non *ad abundantiam*, e senza alcun effetto di giudicato) se, nella stessa decisione, ha già accolto un'eccezione pregiudiziale alla domanda, rigettandola, e.g., nel rito. Non sussisterebbe, invece, alcun obbligo per il giudice di decidere, sempre e comunque, per un rigetto nel rito, quando sia possibile una decisione, appunto più liquida, di rigetto della domanda nel merito. Alla ricostruzione in parola, ritengono le Sezioni Unite, non sarebbe d'ostacolo il disposto di cui agli artt. 276, 277 e 279 c.p.c. Il disposto normativo, infatti, secondo cui il giudice dovrebbe affrontare prima le questioni relative alla giurisdizione e alla competenza, poi le pregiudiziali di rito, quindi le preliminari di merito e solo alla fine il merito vero e proprio, non imporrebbe una sequenza obbligata, ma avrebbe – evidentemente – carattere meramente indicativo e ordinatorio. La critica (pag. 59 della motivazione) circa il preteso carattere anacronistico e recessivo della rubrica normativa (degli artt. 275, 279 e 280) appare rivolta, più che altro, al riferimento “al collegio”, anziché al giudice tout court (anche se, a dire il vero, le norme *de quibus* fanno effettivamente riferimento al Collegio, andando coordinate, per quanto riguarda il giudice unico in tribunale, con la generale norma di rinvio dell'art. 281 bis c.p.c. e con le successive disposizioni. Più interessante l'argomento, forse non del tutto sviluppato nella pur distesa motivazione, dell'interpretazione costituzionale delle norme in parola, che vanno lette alla luce del principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost (sull'argomento, in senso sostanzialmente al principio enunciato dalle sezioni unite, CGCE proc. n. C-100/2012, 4 luglio 2013; Cons. Stato ad. plen.. 25 febbraio 2014, n.9. Per una disamina v. A. CONZ, *L'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale e le conseguenze dell'accoglimento dell'uno in ordine al vaglio dell'altro. Osservazioni critiche alla sentenza della Corte di Giustizia CE C-100/12 del 4 luglio 2013*, in AA.VV., *Diritto e giurisprudenza commentata*, Roma, 2014, p. 141 ss. Per un'analisi sul principio di economia processuale, v. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II ed., Padova, 1982, passim).

Nelle ultime trenta pagine della motivazione la Corte estende il ragionamento svolto in tema di nullità di protezione, sviluppandolo ulteriormente gli aspetti critici e ricavandone conseguenze nelle altre azioni di impugnativa negoziale.

I principi sopra enunciati vengono applicati alle singole azioni di impugnazione negoziale. Per comodità del lettore li ribadiamo, nell'ordine enunciato dalla Suprema Corte: a) differenza tra rilievo e dichiarazione; obbligo del giudice di sottoporre la questione rilevata ex officio al contraddittorio tra le parti; b) facoltà della parte di formulare le domande nuove conseguenti; conseguente idoneità al giudicato della pronuncia sulle domande di nullità ex novo formulate; c) obbligo, per converso, del giudice di accertare solo incidentalmente e senza efficacia di giudicato la nullità qualora le parti, a fronte del suo rilievo, abbiano insistito nelle precedenti domande; d) formazione del giudicato sulla inesistenza di cause di nullità rilevabili d'ufficio, qualora il giudice abbia pronunciato statuizioni incompatibili (quali, appunto, condanna all'adempimento, risoluzione, accertamento del recesso, rescissione, annullabilità, nullità parziale di una singola clausola). Su quest'ultimo punto segnaliamo che la Corte, nelle ultime pagine della motivazione, aggiunge (ancorché in *obiter dictum* e apoditticamente) che tale passaggio in giudicato non precluderebbe il rilievo d'ufficio della nullità in grado di appello o in cassazione (diffusamente, infra).

La prima fattispecie affrontata è quello del rilievo d'ufficio della nullità in un giudizio avente ad oggetto la risoluzione del contratto. La conclusione, in effetti, era già stata accolta da Cass. sez. un. 14828/2012 (richiamata in motivazione). La Corte, con la sentenza del 2014, precisa ulteriormente che siffatta soluzione va applicata non solo al caso di giudizio avente ad oggetto la risoluzione per inadempimento, ma – più in generale – ad ogni ipotesi di risoluzione.

Il giudice di legittimità affronta, quindi, le fattispecie delle azioni c.d. demolitorie del vincolo contrattuale, *viz.* annullamento e rescissione.

La portata e le ragioni del conflitto dottrinario e giurisprudenziale sul punto sono state esposte nei paragrafi precedenti, ai quali si rinvia anche per quanto concerne l'apparato bibliografico. Alle argomentazioni già esposte, la Corte aggiunge

ulteriori considerazioni, che costituiscono, in realtà, una conseguenza applicativa del già citato canone della prevalenza della soluzione idonea ad assicurare i più stabili effetti alla pronuncia.

In effetti il presupposto logico-giuridico di tutto il sistema ermeneutico tratteggiato dalla Cassazione muove dalla premessa, sviluppata nelle sessanta pagine precedenti della motivazione, che la pronuncia di accoglimento della domanda di nullità – sia pur formulata a seguito di rilievo officioso del giudice, sottoposizione della questione al contraddittorio delle parti e conseguente remissione in termini per la proposizione della domanda medesima e di quelle conseguenti – sia idonea ad assicurare effetti ben più stabili:

- sia del rigetto della domanda di annullamento (o rescissione) del contratto, perché, appunto, dichiarato nullo;
- sia dello stesso accoglimento della domanda di di annullamento o rescissione.

Sotto il primo profilo, si è già detto che, giusta il combinato disposto degli artt. 2652 e 2655 c.c., l'eventuale accertamento incidentale della nullità, in una pronuncia di rigetto della domanda di annullamento (o rescissione) non assicurerebbe l'effetto prenotativo della trascrizione alla data della domanda giudiziale. La relativa pronuncia, infatti, sarebbe soggetta a “semplice annotazione in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto, con effetto a valere dal momento della formalità”, sicché non sarebbe, secondo le Sezioni Unite, opponibile ai terzi aventi causa del convenuto, che avessero acquisito diritti dopo la trascrizione dell'originaria domanda giudiziaria. La parte vittoriosa – non formalmente ma sostanzialmente, in caso di rigetto della domanda di annullamento per accertata nullità dell'atto impugnato – non avrebbe, pertanto, altra scelta che introdurre ex novo un altro giudizio di nullità contro tali terzi, per far valere i propri diritti (cfr. L. FERRI, P. ZANELLI, *Sub art. 2652-2653 e sub art. 2655*, in – a cura di – L. FERRI, M. D'ORAZI FLAVONI, P. ZANELLI, *Trascrizione*, in *Commentario al codice civile Scialoja – Branca*, III ed., 1995, p.294 ss.).

Riguardo alla diversità di effetti tra accoglimento della pronuncia di annullamento o rescissione e declaratoria di nullità, la Corte osserva che la prima, pur incidendo sul momento genetico del sinallagma, determinerebbe innanzitutto un giudicato implicito sull'inesistenza di nullità.

È vero che l'atto sarebbe comunque annullato, ma la prognosi di annullamento assicurerebbe, in termini di potenziale stabilità della decisione, effetti minori di quelli di una sua possibile declaratoria di nullità.

L'annullabilità, per il vero, in virtù dell'art. 1432 c.c., può essere impedita dall'offerta della parte – stragiudiziale o *banco iudicis* (ma prima che dall'atto possa derivare pregiudizio alla controparte) – di eseguire il contratto in modo conforme al contenuto e alle modalità che la controparte intendeva concludere; laddove la nullità si pone, di contro, con effetto assolutamente impeditivo degli effetti del contratto e di ogni possibile sanatoria. Escludere il rilievo d'ufficio della nullità, pertanto, provocherebbe una stabilizzazione (posta, appunto, la formazione del giudicato implicito sulla sua non nullità) degli effetti del contratto, che la legge aveva voluto nullo ed in radice privo di effetti.

Sempre sotto il profilo della diversità di effetti tra pronuncia di annullamento e di nullità, la Corte osserva che esistono altre norme che diversificano gli effetti tra le due ipotesi, effetti sempre meno stabili ed omnicomprensivi nelle prime statuizioni costitutive.

Si tratta, segnatamente: – dell'art. 1443 c.c. (a norma del quale, se viene pronunciato annullamento per incapacità di uno dei contraenti, questi non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio); – dell'art. 1444 c.c. (a norma del quale il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo, ovvero se questi abbia dato volontaria esecuzione a contratto stesso, conoscendone il vizio); dell'art. 1445 c.c. (a norma del quale l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede,

salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento). Ancor più evidente è, ovviamente, la diversità di effetti tra pronuncia di rescissione e di nullità (artt. 1447 ss. c.c.).

Vi è, infine, un'ulteriore considerazione, inquadrabile nel sopra cenato canone della ragione più liquida: l'accertamento del dolo, violenza, incapacità (ma anche dell'errore), presuppongono, normalmente, un accertamento di fatto assai più complesso del mero rilievo della nullità; accertamento che – del resto – perderebbe ogni rilevanza se il giudice si limitasse ad accertare de plano l'eventuale nullità del contratto ex art. 1421 ss. c.c.

Da tutte queste considerazioni la Corte conclude che la nullità non solo può, ma deve essere rilevata d'ufficio in qualunque azione di adempimento o di annullamento del contratto, e che – per converso – l'omissione di tale rilievo implica l'accertamento (potenzialmente idoneo al giudicato, o meglio, al semigiudicato, se si deve dar conto dell'inciso finale della motivazione – già richiamato *supra* e su cui si tornerà a breve – che la nullità potrà essere rilevata d'ufficio in grado d'appello o anche in cassazione, a prescindere da ogni impugnazione, sul punto, della parte) dell'inesistenza di cause di nullità.

Valgono, comunque, le considerazioni di cui sopra, relative alla distinzione tra rilievo e dichiarazione: il potere del giudice si limiterà, in prima battuta al rilievo della nullità ed alla sottoposizione della questione al contraddittorio delle parti, pena la nullità della sentenza

Ad analoghe conclusioni le Sezioni Unite giungono riguardo al caso di nullità diversa: i.e. qualora il giudice rilevi un possibile profilo di nullità del contratto, diverso da quello invocato dalla parte.

Nessun problema, ovviamente, qualora la domanda originaria sia diretta ad ottenere l'adempimento del contratto: la diversa nullità (ma la considerazione è identica per tutte le altre azioni dirette all'adempimento, sopra menzionate) sarà

rilevata e dichiarata dal giudice d'ufficio, in via di eccezione, giusta il disposto dell'art. 112 c.p.c.

Il possibile profilo incerto della questione riguarda, invece, il caso in cui la parte attrice abbia impugnato l'atto invocando un possibile profilo di nullità, mentre il giudice ne rilevi uno differente.

Sul punto le precedenti pronunce della Suprema Corte (Cass. 11 luglio 2012, n. 11651; Cass. Lav. 26 giugno 2009, n. 15093; Cass. 28 novembre 2008, n. 28424; contra Cass. 2 luglio 1980, n.11157 in motivazione) avevano generalmente escluso che, in siffatte ipotesi, il giudice potesse dichiarare una nullità per un profilo diverso da quello dedotto dalla parte. Il mutamento del profilo di nullità, invero, avrebbe comportato, secondo l'orientamento tradizionale, una violazione dei principii della domanda (art. 99 c.p.c.) e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.).

Avverso questa impostazione era stato, però, obiettato che la rilevazione – d'ufficio da parte del giudice o dalla parte stessa in corso di causa o anche nell'atto appello – di un profilo di nullità diverso da quello originariamente prospettato, non avrebbe comportato alcuna alterazione della domanda. La domanda di nullità, invero, avrebbe natura di domanda c.d. autodeterminata, avendo ad oggetto, essenzialmente, l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale.

Rammentiamo, sul punto, che secondo la definizione tradizionale sono «autodeterminate», quelle domande nelle quali vi è coincidenza tra fatto giuridico dedotto e diritto, e vi è un rapporto diretto ed immediato tra titolare del diritto e bene (sulla c.d. domanda autodeterminata cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, p. 172-191; G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., I, p. 205 ss. Per la possibile qualificazione della domanda di nullità come autodeterminata v. R. CAPONI, *L'azione di nullità*, in *Riv. dir. civ.*, Supplemento, 2008, p. 59 ss.; C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, cit., p. 186 ss; F. CORSINI, *Rilievo d'ufficio della nullità contrattuale*,

principio della domanda e poteri del giudice, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 687 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite "Eppur si muove"?*, cit., p. 883).

Dalla qualificazione come autodeterminata della domanda di nullità, discende, appunto, che il rilievo officioso da parte del giudice (ovvero il rilievo tardivo, *re melius perpensa, ex parte*) dovrebbe essere considerato ammissibile.

Tale seconda impostazione risulta condivisa dalle Sezioni Unite, salva – ovviamente – la necessità di rispettare il contraddittorio: a fronte del rilievo officioso, le parti dovranno essere messe nelle condizioni di dedurre sul punto, previa, occorrendo, remissione in termini per le eventuali domande ed eccezioni conseguenti (prime fra tutte, nel solco tratteggiato da Cass. Sez. Un. 14828/2012, le restituzioni conseguenti alla declaratoria di invalidità dell'atto (ipotesi che, peraltro, non dovrebbe sussistere nel caso di domanda comunque originariamente diretta a far dichiarare comunque la nullità del negozio).

Anche in questo caso, osserviamo, che la soluzione prospettata finisca per far pendere, inevitabilmente, l'ago della bilancia delle contrapposte visioni del processo, verso l'anima pubblicistica: la premessa di fondo, dopotutto, è sempre che oggetto del sindacato del giudice (e del conseguente giudicato) sia, più che la domanda, il rapporto in contestazione, e che il giudicato sulla nullità si formi, appunto, in generale sul rapporto sinallagmatico e non sullo specifico vizio dedotto.

In favore della decisione adottata osserviamo, però, che forse – ragionando di diverso avviso – si determinerebbe una non del tutto ragionevole disparità di trattamento, tra l'ipotesi di nullità eccepita a fronte di una domanda di adempimento (ove il differente profilo di nullità sarebbe sempre rilevabile ex officio) e azione diretta ab ovo a far valere uno specifico caso di nullità (ove, seguendo la tesi tradizionale, il giudice non potrebbe rilevare ex officio il differente profilo). Ancora (e conseguentemente), seguendo l'orientamento

tradizionale, potrebbe crearsi un nodo interpretativo di non semplice soluzione (se non proprio gordiano), nell'ipotesi in cui sussistessero due azioni concorrenti delle parti (originariamente autonome ma successivamente riunite, ovvero divenute tali nel corso del processo, in caso di domanda dell'attore diretta all'adempimento e domanda riconvenzionale del convenuto diretta a far dichiarare la nullità del contratto sempre sotto uno specifico profilo). Esiste, in tali ipotesi, il rischio di pervenire a decisioni almeno in apparenza bipolari, dal momento che il medesimo atto dovrebbe essere considerato valido con riguardo all'azione di nullità specifica fatta valere in via di azione, e nullo nella concorrente diretta all'adempimento del contratto stesso (e.g.: il giudice rigetta la domanda di adempimento perché nulla sotto il profilo x, ma rigetta anche la contrapposta domanda di nullità sotto il profilo y perché non riscontra quel vizio specificamente dedotto dalla parte. Quid *iuris* se le due azioni non fossero mai state riunite? Si avrebbe un possibile contrasto tra giudicati, da far valere in sede di revocazione della sentenza ex art. 395 n.5 c.p.c.?).

In realtà, potrebbe osservarsi, l'apparente antinomia verrebbe meno se si riconducesse la prevalenza del bilanciamento del processo alla sua anima privatistica: il giudicato sull'inesistenza della nullità – potrebbe affermarsi – si formerebbe solamente sull'inesistenza di quello specifico vizio, restando impregiudicata ogni futura, coeva o anteriore decisione in ordine ad ogni altro possibile motivo non esaminato dal giudice.

Le Sezioni Unite, come visto, rigettano tale scelta ermeneutica, sulla base del canone della maggiore stabilità e concentrazione della decisione. L'idea di fondo sembra essere quella di evitare che, sul medesimo rapporto, siano necessarie (e forse anche possibili) più azioni, una per ogni specifico profilo di nullità o invalidità dedotto. Va da sé che tale soluzione può apparire conveniente, sotto il profilo della riduzione del numero di processi per rapporto, ma rischia di complicare oltremodo l'accertamento del giudice nella singola causa, dovendosi accertare non solo lo specifico vizio oggetto in contestazione, ma anche ogni altro potenzialmente deducibile sull'intero rapporto.

Altro aspetto negativo della soluzione del rilievo d'ufficio sempre e comunque è quella dell'aggravamento della posizione del convenuto, che dovrebbe – potremmo dire *kafkaianamente* – difendersi sull'intero rapporto: non solo su quanto domandato dall'attore, ma anche in ordine ad ogni altro possibile profilo, non dedotto ma astrattamente ipotizzabile, nel processo.

Anche questo rischio può, tuttavia, considerarsi sensibilmente ridimensionato – se non proprio del tutto evitato – dall'applicazione della regola del contraddittorio, che impone al giudice, come prevede la legge e come ribadito dalle Sezioni Unite, di limitarsi a rilevare la questione, sottoponendola al contraddittorio delle parti ex art. 101 c.p.c., e di deciderla solo dopo tale momento.

Diversamente dal caso dell'annullabilità, però, l'aver qualificato come autodeterminata la domanda di nullità comporterà che il giudice dovrà dichiarare la nullità sempre e comunque; anche se, in ipotesi, la parte attrice ignorasse la segnalazione e insistesse nell'originaria domanda (a meno che, in questo caso e come visto prima, la nullità rilevata dal giudice non avesse carattere di nullità di protezione).

Il dubbio che sorge è, semmai, come possa il giudice rilevare d'ufficio la questione, senza – almeno implicitamente – anticipare il possibile esito del giudizio. Il dubbio, comunque, appare più teorico che pratico, dal momento che, come visto, il giudice è effettivamente obbligato, giusta gli artt. 101 e 183 c.p.c., a rilevare la questione e sottoporla al contraddittorio delle parti; sicché la presunta anticipazione sarebbe resa necessaria da una norma, esplicita, di legge.

Le Sezioni Unite affrontano, infine, il tema delle nullità parziali. Il caso ipotizzato è quello dell'attore che domandi in giudizio l'accertamento della nullità di una specifica clausola contrattuale, mentre il giudice rilevi un possibile vizio dell'intero contratto.

Anche in questo caso l'orientamento tradizionale riteneva, forse non del tutto scorrettamente, che mentre il giudice, investito dalla domanda di parte della nullità

dell'intero contratto, avrebbe potuto pronunciare la nullità della singola clausola (si sarebbe trattato, in questa ipotesi, di un accoglimento parziale della domanda), non sarebbe stato vero il contrario. Invero se il giudice, a fronte della domanda di nullità di una singola clausola negoziale, avesse pronunciato la nullità dell'intero contratto, avrebbe violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Si era argomentato, in particolare, che l'art. 1419 c.c. pone a carico di chi deduce la nullità di una clausola l'onere di dimostrare che senza di essa non si sarebbe, in radice, concluso il contratto (Cass. 13 giugno 2008, n. 16017; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732; Cass. 17 gennaio 2003 n. 1189; Cass. 11 agosto 1980 n. 4921. Come precedente contrario, nel senso cioè della rilevabilità d'ufficio della nullità dei contratti collegati, le Sezioni Unite richiamano Cass. 18 gennaio 1988, n. 321, erroneamente indicata nella motivazione di Cass. Sez. Un. 26234/2014 come Cass. 18 gennaio 1988, n. 32, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214 ss. La pronuncia appare relativa, però, ad una vicenda assai complessa, in cui ad una domanda principale di annullamento e risoluzione per inadempimento del contratto si era intrecciata una domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni. Dalla motivazione della sentenza del 1988, peraltro, sembra evincersi che la nullità sarebbe stata dichiarata d'ufficio proprio in relazione alla domanda riconvenzionale di esecuzione del contratto e non a quella principale di annullamento e risoluzione: v. in motivazione: “il giudice al quale è sottoposto, per il controllo di validità, il negozio del quale sia chiesta l'esecuzione, è tenuto a rilevare di ufficio che a quel negozio, di cui ha accertato l'unitarietà funzionale, non può essere data l'esecuzione richiesta perché affetto – necessariamente nella sua globalità - da nullità, anche se il vizio accertato colpisca in via immediata e diretta solo uno dei negozi collegati”).

Anche in questo caso le Sezioni Unite sottopongono a revisione il precedente orientamento, applicando lo schema logico-giuridico affermato per le ipotesi di nullità, annullamento e risoluzione.

Il giudice, chiamato a pronunciarsi su una domanda di nullità di una singola clausola, dovrà, dunque rilevare senz'altro il profilo di possibile nullità dell'intero contratto, sottoponendolo al contraddittorio delle parti. Anche in questo caso,

quindi, le parti potranno muovere le loro osservazioni e modificare la domanda originaria, chiedendo la declaratoria di nullità dell'intero sinallagma. La pronuncia del giudice accerterà la nullità dell'intero contratto e sarà idonea al giudicato. Qualora le parti dovessero, invece, disattendere la segnalazione del giudice e insistere nell'originaria domanda di nullità parziale, il giudice non potrà che rigettare la domanda, accertando – incidentalmente e senza effetto di giudicato -la nullità dell'intero rapporto.

Il medesimo procedimento viene, quindi, applicato all'ipotesi inversa (e, come visto, assai meno controversa), del giudice che, a fronte di una domanda di nullità dell'intero contratto, ravvisi una possibile nullità di una singola clausola.

Anche in questo caso le Sezioni Unite ritengono di discostarsi dal precedente orientamento, che – come si è detto – considerava la domanda di nullità parziale ricompresa nella domanda di nullità totale, in osservanza alla regola, logica ancor prima che giuridica, che ove sta il più è compreso il meno.

La ragione del dissenso al precedente orientamento risiede nel fatto che la nullità parziale produce effetti differenti dalla nullità dell'intero contratto; di modo che le due domande – nullità parziale e totale – non sarebbero differenti solo sul piano quantitativo, ma anche qualitativo. La domanda di nullità totale, infatti, mira alla caducazione del rapporto contrattuale, mentre la domanda di nullità parziale mira, al contrario, alla sua conservazione. Con l'ulteriore conseguenza che se il giudice, a fronte di una domanda di nullità totale, dichiarasse sic et simpliciter la nullità di una singola clausola, incorrerebbe nel vizio di ultrapetizione della pronuncia (in motivazione, a p. 78, si parla di “emanazione di una non richiesta sentenza ortopedica”).

Si conclude che il giudice dovrà, nuovamente, rilevare d'ufficio la nullità della singola clausola, sottoporla al contraddittorio delle parti, pervenendo alla relativa declaratoria (sempre che, ovviamente, non ritenga fondata la domanda di nullità del negozio in generale) in caso di estensione della domanda medesima. In caso

contrario – qualora, cioè, le parti dovessero insistere nell'originaria domanda di nullità generale – , il giudice dovrà rigettarla.

L'ultimo capo della decisione delle Sezioni Unite riguarda la conversione del negozio nullo. Le Sezioni Unite, sul punto, escludono recisamente che il giudice possa pronunciare la conversione ex art. 1424 c.c., in assenza di una esplicita domanda di parte. Qui il punto essenziale della decisione risiede nel carattere – a detta delle Sezioni Unite – meramente individuale degli interessi sottesi all'istituto della conversione.

Si è visto che con la decisione in commento la Corte si è dilungata in una sorta di trattazione organica, estesa forse assai più del funzionale rispetto a quanto avrebbe richiesto la lite, sul tema delle azioni di impugnazione negoziale.

Un principio che tuttavia non appare, forse, adeguatamente motivato è quello della rilevanza d'ufficio della nullità anche in grado d'appello o in cassazione.

L'affermazione è contenuta a pag. 80 e pag.83 della motivazione avrebbe meritato, forse, un approfondimento maggiore, considerato soprattutto che, in più punti della decisione, la Corte aveva affermato la formazione del giudicato implicito sulla validità del contratto, qualora la nullità non fosse stata rilevata dal giudice. Il ragionamento seguito dalla Suprema Corte, dunque, pareva postulare la sostanziale equipollenza tra pronuncia effettiva (a seguito di una istanza di parte o di un rilievo officioso) sull'inesistenza di cause di nullità, e pronuncia implicita, che si avrebbe avuta nel caso in cui il giudice, pur non escludendo esplicitamente la nullità del contratto, avesse, in concreto, pronunciato condanna all'adempimento, ovvero avesse accertato l'esistenza di un vizio del consenso, etc.

Sulla base di questo ragionamento ci si sarebbe aspettati, forse, una conclusione diversa. Non pare, infatti, potersi dubitare che ove il giudice rigetti una eccezione esplicitamente formulata di nullità del contratto, la relativa statuizione passerebbe in giudicato, ove non sia esplicitamente impugnata dalla parte.

Orbene, se si accoglie – come sembra fare la Cassazione nelle ottanta pagine precedenti della motivazione – l'idea che una pronuncia di condanna all'adempimento (ovvero di risoluzione, di rescissione, di annullamento del

contratto) contenga implicitamente un accertamento circa l'inesistenza di cause di nullità del contratto stesso, non si vede come tale accertamento implicito potrebbe non passare in giudicato, ove il capo della decisione non fosse impugnato specificamente in sede di appello prima e in cassazione poi. Tanto più che, in passato, l'efficacia del giudicato implicito era stata estesa al punto da disapplicare talune specifiche norme di legge: si pensi al caso emblematico dell'art. 37 c.p.c., che precede la rilevabilità *ex officio* del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo, ma che è stato sostanzialmente abrogato dalla giurisprudenza di legittimità, sul rilievo che la pronuncia di merito del giudice di primo grado comporterebbe la formazione di un giudicato implicito sulla giurisdizione. È vero che, quando si formò siffatto orientamento, non era stata ancora introdotta nel nostro ordinamento la *translatio iudicij* in materia di giurisdizione (ad opera di Cass. sez. un. n. 4109 del 22 febbraio 2007 e Corte Cost. n. 77 del 12 marzo 2007 prima e dall'art. 59 della legge 69/2009 poi). Sicché, specie nel caso, purtroppo non infrequente, di dichiarazione di incostituzionalità di una norma attributiva della giurisdizione (ove non avrebbe trovato applicazione la *perpetuatio iurisdictionis* prevista dall'art. 5 c.p.c.), l'applicazione letterale dell'art. 37 c.p.c. avrebbe comportato un arresto del processo, anche in Cassazione dopo tanti anni dal suo inizio, con irreparabili danni per la parte (sulla giurisdizione e *translatio iudicij* v. M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicij... aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1592. ss.; G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di deviazioni processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, p.271-281; nonché il nostro F. RUSSO, *La "nuova" translatio iudicij tra diverse giurisdizioni ai sensi dell'art. 59 della legge n. 69 del 18 giugno 2009: evoluzione ed evoluzioni di un principio*, in F. RUSSO, *La formazione dell'avvocatura 2009-2012, Percorsi di diritto processuale civile*, Roma, 2012, p. 111 ss., al quale si rinvia per i riferimenti bibliografici).

Tornando all'affermazione della rilevabilità d'ufficio in appello e in cassazione della questione, pur coperta da giudicato implicito, della insussistenza di cause di

nullità del contratto, va avvertito che essa – come del resto la maggior parte dei principii affermati – pare inquadrabile come *obiter dictum* (nel caso affrontato da Cass. Sez. Un. 26243/2014, infatti, la parte aveva dedotto per la prima volta con l'atto di appello un profilo di nullità.), e che, probabilmente, l'approfondimento della questione avrebbe ulteriormente appesantito una già di per sé complessa sentenza.

Non resta, pertanto, che attendere, magari tra altri due anni, un nuovo intervento chiarificatore sul punto delle Sezioni Unite; affinché risolvano questo ennesimo conflitto: se sia o meno idoneo al giudicato (inteso in senso classico, preclusivo di ogni riesame anche da parte del giudice del gravame) l'accertamento incidentale e implicito sulla non nullità del contratto contenuto nella sentenza che pronunci condanna all'adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento del contratto medesimo.

Certo stavolta, forse, non di contrasto tra decisioni diverse si tratta, ma di statuizioni differenti, contenute all'interno di un'unica, sia pur analitica e distesa, decisione. Che dire: ai posteri (nel senso di: a un differente Collegio) l'ardua sentenza.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE: Sulla decisione delle Sezioni Unite 4 settembre 2012, n. 14828 cfr. I. PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni unite*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2014, p. 563 ss.; M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità ufficiosa delle nullità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2/2013, p. 300 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2013, p. 15 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. il punto di vista del processual-civilista*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2013, p.907; P. LAGHEZZA, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle sezioni unite*, in *Danno e*

responsabilità, 3/2013, p. 273 ss.; R. TRIOLA, *Contratti in genere – Domanda di risoluzione – Rilievo di ufficio della nullità*, in *Vita notarile*, 1/2013, p. 209; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite “Eppur si muove”?*, in *I contratti*, 11/2012, p. 874 ss.; M. FARINA, *Brevi osservazioni “a caldo” sull’atteso ma tutto sommato, solo parziale responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto (Cass.civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, est. D’Ascola)*, in *www.judicium.it*, 2012.

Sulla questione se la nullità del contratto possa essere rilevata d’ufficio anche nel caso in cui sia domandato l’annullamento del contratto stesso cfr. A. CARRATTA, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 182 ss.; C. CAVALLINI, *Il rilievo d’ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, p. 133 ss.; G. FABBRINI, *L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, p. 333 ss.; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *www.judicium.it*, 2003 e in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 295 s.; S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d’ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669 ss.; F. PECCENNINI, *sub Art. 1421 e sub Art. 1441*, in F. PECCENNINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Nullità del contratto, Annullabilità del contratto, artt. 1414-1446*, in *Comm. cod. civ. G. Scialoja – A. Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1998, pp. 175 e 505; G. MARINI, *Sub. Art. 1441*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA – A. ORESTANO, Torino, 2011, IV, p. 236; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Tomo I, Padova, 2001, p.338; N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*, in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell’eccezione nel processo civile*, Roma, 2014, p. 183; S. PAGLIANTINI, *A proposito dell’ordinanza interlocutoria.*, cit., p. 178; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, *Diritto processuale*

civile, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; A. VILLELA, *Rilevabilità d'ufficio, interesse ad agire ed effetti della declaratoria di nullità*, in *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali* a cura di L. FERRONI, Milano, 1998, p. 817 ss.).

Sulla nullità di protezione cfr. M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le Forme della nullità*, a cura di S.PAGLIANTINI, Torino, 2009, 12 s.; A. GENTILI, *Le nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 s.

Sui limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, oltre agli autori citati nel contributo, v. anche E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Milano, 1937, p. 200 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. ALLORIO – a cura di – *Commentario al codice di procedura civile*, II, Torino, 1980, passim.

Questa Nota può essere così citata:

F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015