

1. I FATTI E I MOTIVI DI RICORSO

- 1.1.** Nel febbraio del 1999 Antonio Vanni convenne in giudizio Licia Fascioli - in proprio e quale socia della società semplice GID Novecento - e Massimo Melucci, a sua volta socio della GID, impugnò dinanzi al Tribunale di Milano il lodo reso all'esito di un arbitrato irrituale e di equità, di natura anche transattiva, avente ad oggetto contrapposte domande di adempimento o di risoluzione di due distinti contratti preliminari, con i quali era stata prevista:
- La costituzione di una società in nome collettivo, il conferimento in essa di determinati beni, la successiva cessione delle relative quote al Vanni;
 - La alienazione di un capannone industriale.
- 1.2.** Il collegio arbitrale, acquisiti vari documenti e disposta consulenza tecnica., aveva pronunciato la risoluzione di tali contratti per inadempimento di entrambe le parti, disponendo in ordine alle conseguenti restituzioni e reintegrazioni.
- 1.3.** Il Vanni chiese la declaratoria di invalidità del lodo, per errore essenziale nella percezione della realtà e travisamento del fatto da parte degli arbitri, per violazione di norme inderogabili e per duplice errore di fatto nella ricostruzione ed interpretazione dei contratti, nonché, in via subordinata, per errore essenziale di percezione, eccesso di mandato ed erroneo accertamento di quanto a lui dovuto a titolo restitutorio.
- 1.4.** Nel costituirsi in giudizio, i convenuti eccepirono *in limine* l'incompetenza per territorio dell'autorità giudiziaria adita, indicando come competente il Tribunale di Rimini. Il Tribunale di Milano, accolta l'eccezione, dichiarò la propria incompetenza in favore di quest'ultimo, assegnando il termine per la riassunzione della causa, onere tempestivamente assolto dal Vanni, che riformulò le domande già proposte dinanzi al primo giudice.
- 1.5.** Nelle more, il Tribunale di Rimini, adito con ricorso dalla Fascioli e dal Melucci - che chiedevano l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal lodo, e in particolare la restituzione dell'"Alexandra Plaza Hotel" -, aveva autorizzato il sequestro giudiziario dell'azienda alberghiera. I ricorrenti, anche in nome della GID, provvidero poi ad instaurare il relativo giudizio di

merito nei confronti di Antonio e Cristina Vanni e della s.r.l. *Vacanze 2000* chiedendo la conferma del provvedimento cautelare ottenuto *ante causam*, il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento del lodo e, soltanto nei confronti Cristina Vanni e della s.r.l. *Vacanze 2000*, il ristoro dei pregiudizi loro arrecati dall'illegittima e protratta detenzione dei beni indicati.

- 1.6.** Il Tribunale di Rimini, con sentenza non definitiva del 15 ottobre 2001, rigettò la domanda di Antonio Vanni, dichiarandolo obbligato, insieme con Cristina Vanni e con la s.r.l. *Vacanze 2000*, rimaste contumaci, alla restituzione dell'azienda alberghiera e al risarcimento dei danni - da determinarsi nel prosieguo del giudizio - determinati dall'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal lodo, previo pagamento in suo favore, da parte della Fascioli e del Melucci, della somma di £. 950.000.000.
- 1.7.** La sentenza fu impugnata da Cristina Vanni e dalla *Vacanze 2000 s.r.l.* eccependo, la prima, il proprio difetto di legittimazione passiva, la seconda, il vizio di ultrapetizione e di violazione del principio della relatività dei contratti, non avendo preso parte al giudizio arbitrale;
- 1.8.** Con separato atto di impugnazione, Antonio Vanni dedusse, a sua volta: 1) l'invalidità della clausola compromissoria in quanto transattiva; 2) la nullità di detta clausola in quanto inserita in un negozio simulato, altre essendo state le reali intenzioni delle parti, sì come desumibili da specifiche dichiarazioni confessorie, dimostrative dell'intento di trasferire sic et simpliciter l'azienda e non anche di costituire una società; 3) il vizio di eccesso di mandato del lodo; 4) la violazione del principio del contraddittorio e l'omessa pronuncia sulla censura concernente l'eccesso di mandato; 5) l'errore di fatto revocatorio in relazione all'omessa considerazione, da parte degli arbitri, delle proroghe concesse al Vanni per la produzione dei documenti necessari per il trasferimento del capannone.
- 1.9.** Instauratosi il contraddittorio, gli appellati ecceperono l'inammissibilità delle questioni introdotte per la prima volta in grado di appello, chiedendo poi, nel merito, il rigetto delle impugnazioni.
- 1.10.** La Corte di appello di Bologna, con sentenza del 3 luglio 2006, dichiarò inammissibile le domande proposte nei confronti di Cristina Vanni, ed

affetta da nullità per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. la condanna pronunciata nei confronti della Vacanze 2000 s.r.l. al risarcimento dei danni derivanti dal mancato tempestivo adempimento delle obbligazioni aventi la propria fonte nelle determinazioni arbitrali, confermando nel resto l'impugnata decisione.

1.11. Per quanto ancora di rilievo in questa sede, la decisione di rigetto dell'appello del Vanni resa dalla Corte felsinea risulta fondata sulle considerazioni che seguono:

- Quanto al primo motivo di appello (*Invalidità della clausola compromissoria in quanto transattiva*), a detta del giudice territoriale "il Vanni aveva chiaramente dedotto ipotesi di nullità o di annullamento" caratterizzate dalla evidente **novità** delle relative deduzioni, in violazione del limite preclusivo costituito dal principio della domanda. La Corte, dopo aver rilevato *in limine* la conseguente inammissibilità per novità delle domande proposte in appello, aggiungerà, "per completezza di esposizione", che "la questione attinente alla nullità della clausola compromissoria in quanto transattiva" era infondata nel merito, non potendosi per converso ritenere "tout court transattiva tale clausola, salvo negare, in via generale, l'essenza stessa dell'arbitrato irrituale, mentre la previsione (quale quella di specie) del futuro conferimento agli arbitri di un mandato di ampiezza tale da comprendere anche la risoluzione di questioni insorgende ma non ancora attuali doveva ritenersi del tutto legittima, atteso che, inoltre, i residuali poteri transattivi non erano stati concretamente utilizzati dal collegio arbitrale che, come previsto in via principale dalla clausola compromissoria, erano pervenuto alle proprie determinazioni applicando precise regole giuridiche, ritenute conformi ad una composizione della vertenza secondo equità" (così la motivazione della sentenza da folio 10 a folio 14);
- Quanto al secondo motivo (*Nullità della clausola in quanto inserita in un negozio simulato*) , il giudice felsineo osserva che la censura di nullità della clausola compromissoria in quanto inerente a una serie

di pattuizioni simulate, come tali affette da nullità, riproponeva, sì, un tema già affrontato (ancorché *incidenter tantum*) dallo stesso collegio arbitrale, ma, nel giudizio di primo grado, la questione era stata riproposta in termini assolutamente diversi da quelli poi prospettati in sede di appello, nel senso che il lodo veniva impugnato – quanto alla simulazione del contratto contenente la clausola compromissoria – sotto il profilo dell'erronea percezione della realtà da parte del collegio arbitrale e di violazione di norme inderogabili (artt. 2730 e 2732 c.c.) - questione peraltro non riproposta e quindi abbandonata ex art. 346 c.p.c. -. Di converso, *"Non era mai stata in maniera chiara dedotta, nel giudizio di primo grado, la nullità "derivata" della clausola compromissoria in quanto inserita in un contratto a sua volta affetto da nullità" (ex simulatione)*. Di tal che *"appariva innegabile"*, aggiungerà la Corte territoriale, *"la sostanziale differenza tra tale deduzione (inerente ad un vizio derivante dalla nullità della clausola compromissoria) e la prospettazione di un vizio della volontà del lodo-negozio giuridico"*. Anche se *"i temi dell'inapplicabilità all'arbitrato irrituale del principio di autonomia della clausola compromissoria e, quanto al merito, della ricorrenza o meno della simulazione nel caso di costituzione di società finalizzata al trasferimento di beni immobiliari"* sarebbero state meritevoli *"di attenta considerazione: tuttavia le preclusioni derivanti dalla tardività della deduzione del vizio intrinseco della clausola compromissoria"* dovevano ritenersi irrimediabilmente *"ostative al loro esame"*, atteso il principio della impossibilità di proporre domande nuove, anche sotto il profilo del mutamento della *causa petendi*, quando la domanda, come nel caso in esame, fosse stata *"diretta a far valere l'invalidità del negozio impugnato"*. E, poiché il *thema decidendum* verteva direttamente sull'illegittimità dell'atto, *"una diversa ragione di nullità non poteva essere rilevata di ufficio né poteva essere dedotta per la prima volta in gradi di appello, trattandosi di domanda nuova e diversa da quella ab origine proposta dalla parte nel suo diritto di azione"*.

- Quanto (ancora) al secondo motivo, esso introduceva la controversa questione circa la sussistenza, o meno, in capo al giudice ordinario, del potere di deliberare, in tema di arbitrato irrituale, in ordine alla validità ed efficacia della clausola compromissoria. Osserva, in proposito, la Corte di appello che, anche aderendo alla tesi affermativa, *"non potevano obliterarsi i dettami e le preclusioni che regolano l'ordinato svolgimento del processo"*. A rigore, difatti, *"il vizio denunciato doveva qualificarsi non già in termini di invalidità, ma - comportando la nullità della clausola compromissoria l'insussistenza del potere in capo agli arbitri in quanto mandatarî, con conseguente inefficacia e non già nullità del lodo - veniva a realizzarsi una più profonda violazione di quei dettami, in quanto, ad una iniziale deduzione di un vizio del consenso del lodo sarebbe subentrato, nel grado successivo, la deduzione dell'inefficacia del lodo stesso, previa contestazione, per la prima volta in appello, della nullità derivata della clausola compromissoria, mentre la stessa inefficacia (pur diversa dalla nullità) non si sottrae al divieto della rilevabilità d'ufficio. Non senza considerare ancora che "l'espletamento senza rilievi dell'arbitrato e la proposizione di un giudizio di primo grado in cui non sia stata ritualmente introdotta la questione dell'inefficacia del lodo comportano la sostanziale ratifica, ex artt. 1399, 1712 c.c., dell'operato degli arbitri, con conseguente impossibilità di far valere successivamente la già sanata inefficacia"*.

1.12. Antonio Vanni ha proposto ricorso per cassazione articolato in otto motivi, al quale hanno resistito con controricorso Licia Fascioli, in proprio e quale socio della società semplice GID Novecento, e Massimo Melucci, quale socio della società semplice GID Novecento. Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa ex art. 378 cod. proc. civ.

1.13. Con il primo motivo, che lamenta una *"erroneamente ritenuta impossibilità di rilievo ex officio della nullità del lodo contratto del 23 novembre 1998 (violazione e falsa applicazione, ex art. 360 n. 3 c.p.c., dell'art. 1421 c.c. in rapporto con gli artt. 112 e 345, co. I, c.p.c.)"*, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato i primi tre motivi di appello -

riguardanti, come già detto, la nullità della clausola compromissoria, la simulazione dei contratti preliminari e l'eccesso di mandato nel quale sarebbero incorsi gli arbitri - sulla base di un'unica, complessa argomentazione, lamentando che i giudici della Corte di appello avrebbero erroneamente aderito all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il potere del giudice di rilevare la nullità del negozio va coordinato con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, così che il rilievo *ex officio* della nullità sarebbe ammissibile soltanto nel caso in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del negozio stesso (con riferimento, dunque, ad azioni di condanna all'adempimento del negozio); nell'ipotesi in cui la causa abbia direttamente ad oggetto la validità del negozio (comunque nullo), viceversa, la pronuncia dovrebbe, secondo tale orientamento, rimanere circoscritta alle ragioni del vizio dedotte dalle parti, potendosi in tal modo annullare, rescindere o risolvere un negozio nullo o rigettare le relative domande senza dare atto dell'assorbente nullità. Sostiene, in proposito, il ricorrente che la decisione della Corte di merito, oltre a non tener conto che, in favore della tesi della rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali - non solo se sia stata promossa azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione - si è espressa non soltanto la dottrina, ma, più volte, di recente, anche la giurisprudenza di legittimità, non ha considerato che tale rilievo officioso non comporta alcuna violazione del principio della domanda, e sarebbe, peraltro, erronea perfino in fatto, trattandosi, nella fattispecie all'esame, "in definitiva di dare esecuzione al lodo impugnato", sicché la nullità ben avrebbe potuto essere rilevata *ex officio* anche alla stregua del più risalente e ormai superato orientamento giurisprudenziale restrittivo ivi richiamato. Nel motivo si assume, altresì, che l'invocato rilievo officioso della nullità non potrebbe essere impedito perché quella della nullità, anche se non allegata come fatto costitutivo di un'apposita domanda (ed a maggior ragione qualora - come nella specie - *in thesi*, tardivamente allegata e illustrata *funditus*), sarebbe questione primaria che necessariamente pregiudica tutta la causa. L'illustrazione della

censura si conclude con la formulazione di due quesiti di diritto con i quali si chiede alla Corte di legittimità:

a) se, allorché un giudizio abbia ad oggetto la dedotta invalidità di un lodo irrituale e quindi di un contratto, la nullità radicale dello stesso sotto profili differenti rispetto a quelli già denunziati e pur emergenti ex actis possa e debba essere rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c. (con la conseguenza che, ove la Corte di appello avesse applicato detto ultimo principio, avrebbe dovuto pervenire alla assorbente declaratoria di nullità del lodo-negozio impugnato ed al rigetto dell'azione di adempimento, impregiudicata perché neppure conferente la questione dei limiti del giudicato in altri processi);

b) subordinatamente, se, allorché un giudizio abbia ad oggetto, per un verso ed in via principale, la dedotta invalidità di un lodo irrituale, e quindi, per altro verso, la richiesta riconvenzionale dell'altra parte di una sentenza di condanna all'esecuzione, la nullità radicale del lodo emergente ex actis debba comunque essere rilevata di ufficio siccome ostativa all'accoglimento della domanda riconvenzionale di esecuzione del lodo - contratto; a prescindere dal fatto che la parte deducente la invalidità del lodo irrituale non abbia finanche eccepito la nullità emergente ex actis o l'abbia eccepita nel solo giudizio di secondo grado".

Con il secondo motivo, dolendosi ancora dell'omesso rilievo della nullità del lodo - negozio del 23 novembre 1998, la difesa del Vanni censura la decisione impugnata per violazione e falsa applicazione, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ., dell'art. 1421 cod. civ. in relazione agli artt. 40 e 274 cod. proc. civ., assumendo che un accurato esame della fattispecie *sub iudice* avrebbe dovuto condurre, anche applicando il consolidato ma ormai superato orientamento della giurisprudenza di legittimità, al rilievo officioso delle doglianze di nullità esplicitate dal ricorrente nell'atto di appello. Al riguardo, si evidenzia che la sentenza del Tribunale, e quella confermativa della Corte di merito, non si erano limitate a decidere della sola, astratta validità o meno del contratto-lodo oggetto del ricorso, ma avevano anche pronunciato sull'adempimento del lodo-transazione, condannando il ricorrente ad eseguire le obbligazioni assunte dagli arbitri nel proprio



negozio transattivo, essendo stata la causa per la declaratoria di nullità del lodo riunita a quella instaurata dalla Fascioli e dal Melucci per ottenere la sua condanna all'adempimento del menzionato lodo-contratto. Ne consegue - ad avviso del ricorrente - che, essendo in discussione non solo la validità, ma anche l'applicazione del contratto impugnato per nullità, sarebbero stati sicuramente rilevabili *ex officio* i vizi denunziati: la riunione delle cause esigeva inoltre che la questione di nullità del contratto fosse trattata per tutte allo stesso modo, salvo a separare le cause. L'illustrazione della censura si conclude con la formulazione del seguente quesito di diritto:

Se, in un procedimento in cui siano cumulate le più cause di declaratoria di invalidità e nullità di un contratto e di adempimento dello stesso, il Giudice possa escludere il rilievo di ufficio di un ulteriore motivo di nullità allegato dopo l'atto introduttivo del processo ed emergente dagli atti del giudizio pur decidendo unitariamente le più cause riunite (con la conseguenza che, optando per il mantenimento del cumulo processuale, la nullità avrebbe dovuto essere rilevata, con la necessaria declaratoria di nullità del lodo - contratto impugnato).

Il terzo motivo di ricorso lamenta:

- a) In via principale: erroneamente ritenuta assenza in primo grado, con conseguente mancata pronuncia su di essa, della proposizione della eccezione di nullità del lodo contratto 23 novembre 1998 per nullità della clausola compromissoria conseguente alla simulazione del contratto cui accede ed erronea ritenuta mancata riproposizione in appello della violazione delle norme inderogabili sulla confessione nella ricostruzione della natura simulata del contratto preliminare ritenuto valido dagli arbitri poiché ricondotto ad un negozio indiretto (violazione e falsa applicazione, ex art. 360 n. 3 ed occorrendo n. 5 c.p.c., degli art. 1362 c.c. in rapporto con gli artt. 112 e 345 comma 1° e 346 c.p.c, nonché ulteriormente degli artt. 2720 e 2732 c.c.).
- b) In subordine: omessa e/o insufficiente motivazione su di un punto essenziale ai fini decisori (art. 360 n. 4 e n. 5 c.p.c. in relazione agli artt. 1362 e ss. 2720 e 2732 c.c. letti in rapporto agli artt. 112, 345 e 346 c.p.c.)". Il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha



ritenuto nuove la doglianza relativa alla simulazione del contratto e quella afferente alla nullità della clausola compromissoria, pervenendo all'esclusione delle conseguenti ricadute sul piano della validità del lodo - contratto posto in essere dagli arbitri nell'interesse delle parti. In particolare, in via principale, egli lamenta che il giudice di appello, nell'esaminare il secondo motivo del gravame, abbia ritenuto non essere stata dedotta in primo grado la nullità della clausola compromissoria in quanto inserita in un contratto a sua volta simulato e, quindi, affetto da nullità, sostenendo che la Corte territoriale, omettendo di pronunciarsi al riguardo, sarebbe incorsa in *error in procedendo*, essendo stata l'eccezione di nullità del lodo per difetto di autonomia della clausola dell'arbitrato irrituale afferente a contratto di società simulato, siccome finalizzato al trasferimento di immobili, espressamente dedotta nell'atto di citazione nel giudizio promosso dinanzi al Tribunale di Milano, nella comparsa in riassunzione davanti al Tribunale di Rimini, e poi solo meglio esplicitata in sede di appello. L'errore della Corte di merito nella ricostruzione delle eccezioni proposte contro il lodo in primo grado avrebbe comportato, inoltre, un vizio di violazione e/o falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ. in rapporto agli artt. 112, 345 e 346 cod. proc. civ., avendo la giurisprudenza di legittimità affermato che, nella sua attività interpretativa, il giudice, non condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, deve tener conto della situazione dedotta in causa e della volontà effettiva - deducibile anche per implicito dalle eventuali precisazioni fornite nel corso del giudizio - nonché delle finalità che la parte intende perseguire. Alla stregua del ricordato principio, la denunziata simulazione dei negozi preliminari, a valle della quale, nel giudizio di impugnazione del lodo, era pretesa la declaratoria di nullità del lodo-contratto, doveva necessariamente sottintendere la nullità della clausola compromissoria che ai negozi afferiva. Si assume, inoltre, di aver prospettato una causa immediata di vizio (la simulazione dei negozi) nonché l'effetto che ad esso doveva conseguire (la nullità del dolo), così che l'invalidità della clausola compromissoria riguardante i negozi simulati (causa mediata di



nullità del dolo per carenza di autonomia della clausola rispetto al negozio stesso) costituiva un passaggio logico sotteso, che non doveva essere espressamente specificato. L'errore della Corte distrettuale aveva comportato un ulteriore vizio (omessa pronuncia ed insufficiente motivazione ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ. e/o violazione degli artt. 112, 345 e 346 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., conseguente all'affermazione contenuta in sentenza a p. 14, per la quale non sarebbe stata riproposta in appello la violazione delle norme inderogabili sulla prova di cui agli artt. 2720 e 2732 cod. civ. nella ricostruzione della natura del contratto preliminare e della sua simulazione; laddove, invece, la contestazione della qualificazione data dagli arbitri, in violazione delle richiamate norme, al contratto in termini di negozio indiretto, anziché di negozio simulato - contestazione prodromica all'accertamento della nullità dell'intero lodo per difetto di autonomia della clausola, esplicitata in primo grado - sarebbe stata pienamente riproposta nel giudizio di appello con il secondo motivo dell'impugnazione. *In parte qua*, la descrizione della complessa ed articolata censura termina con il seguente quesito di diritto: *accertata 1) la proposizione in primo grado della eccezione della nullità del lodo per nullità del contratto, cui la clausola accede, e perciò la legittimità della sua riproposizione in appello al pari della denunziata violazione di norme inderogabili da parte degli arbitri nella erronea qualificazione del contratto preliminare come negozio indiretto anziché simulato, ed accertata altresì 2) la riproposizione in appello di simili doglianze, e comunque attesa la rilevabilità di ufficio della questione anche della simulazione ove ne siano stati allegati i fatti costitutivi, voglia la S.C. dichiarare se viola l'art. 1362 c.c. e ss., in relazione anche agli artt. 112, 345 e 346 c.p.c., il giudice di appello che non ha in tali denunce ravvisato una domanda di nullità del lodo per vizio della clausola compromissoria in quanto afferente a contratto simulato, e dichiarare altresì se viola l'art. 360, n. 4 e n. 5, c.p.c., in relazione all'art. 2720 e 2732 c.c., il giudice di appello che di simili questioni abbia omissso l'esame". In via subordinata, il ricorrente ha lamentato che, per i*

medesimi motivi già illustrati, la sentenza impugnata sarebbe viziata per omessa o insufficiente motivazione, formulando, sul punto (per quanto occorrer possa, venendo qui in gioco una subordinata censura ai sensi del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.) alla Suprema Corte il quesito consistente nel *determinare se, comunque dedotti i motivi di nullità di un lodo che si impugni (simulazione dei contratti cui acceda una clausola compromissoria per arbitrato irrituale), e così tratte le conseguenze sul piano della nullità di questo lodo - negozio, sia affetta nella specie da insufficiente e/o omessa motivazione la sentenza che si limiti, al fine di rigettare la domanda di nullità, al letterale dato esteriore di solo alcune espressioni utilizzate dai difensori, avulse dal rimanente contesto, e così non esponga con qualche attinenza e precisione le ragioni della reiezione della relativa domanda.*

Con il quarto motivo di ricorso, formulato ex art. 360, nn. 4 e 5, ed eventualmente n. 3, cod. proc. civ. - recante la rubrica "*erronea e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della causa (per motivazione ad abundantiam), nullità della sentenza (per carenza di potere)*" - si lamenta che la Corte di appello bolognese, pur ritenendo nuovi ed inammissibili i motivi svolti da Antonio Vanni e non rilevabile di ufficio la nullità da quegli denunciata in sede di gravame, abbia ugualmente proceduto, parrebbe in *obiter dictum*, al concreto esame nel merito della impugnazione coltivata in appello, argomentando, però, sul punto, in modo contraddittorio e viziato avendo svolto considerazioni tutt'affatto non necessarie e che avrebbero dovuto essere, a rigore, assorbite dai pregiudiziali (e comunque contestati) motivi di reiezione ex *adverso* opposti. Di qui il denunciato *error in procedendo* ex art. 360, nn. 5 e/o 4, cod. proc. civ., all'esito della cui descrizione è stato formulato il quesito di diritto consistente nel "*determinare se la motivazione che, rilevata la inammissibilità della dedotta questione di nullità di un contratto provveda ad accertare ugualmente la insussistenza ed infondatezza di quello stesso motivo di nullità, consistendo in motivazione ad abundantiam, rappresenti decisione illegittima poiché contraddittoria ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ. (e dunque passibile di cassazione), nonché di determinare*

ulteriormente se quella stessa decisione consista, per la centralità che le questioni delle denunziate nullità assumono nella causa, argomentazione anche concorrente (e/o autonoma ai fini dell'adozione della determinazione finale del Giudice di appello) e perciò assoggettabile a censura ex art. 360, n. 4, cod. proc. civ. (o eventualmente ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ.)".

Il quinto e sesto motivo attengono ancora a profili di nullità del lodo impugnato, recanti, rispettivamente, la denuncia di *violazione e falsa applicazione* (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.) delle norme in tema di *clausola compromissoria per arbitrato irrituale* (art. 808 cod. proc. civ. nel *previgente sistema*, letto in rapporto con gli artt. 1346 e ss. cod. civ., 1965 e ss. cod. civ., 24 e 111, secondo comma, Cost.), e quella di *violazione e falsa applicazione delle norme che regolano il mandato* (art. 1711 cod. civ. - art. 360, n. 3, cod. proc. civ.). Entrambe le doglianze ineriscono, rispettivamente, alla pretesa nullità della clausola compromissoria ed all'asserito eccesso di mandato degli arbitri. La compiuta esposizione di ognuna delle due censure si conclude con i quesiti di diritto che invocano, quanto alla prima, la determinazione se *la clausola compromissoria con la quale sia conferito a dei terzi arbitratori il potere di formalizzare un contratto volto a comporre anche transattivamente liti future eventuali, ed incerte nel loro oggetto e nei loro caratteri (salvo che per la generica derivazione genetica da un certo contratto) debba essere considerata nulla (con la conseguenza che, dichiarata tale nullità, dovrebbe contemporaneamente venire di riflesso meno, per sua nullità, il lodo - negozio formalizzato)"*; e, quanto alla seconda, se *l'indicazione degli oggetti sui quali i paciscenti pretendono una necessaria risoluzione da parte degli arbitri rappresenti, per questi, motivo di condizionamento del loro potere di impegnare le parti sui conseguenti aspetti controversi e comunque devoluti alla loro cognizione (di modo che, ammessa la carenza di un loro potere, il lodo formalizzato è nullo ed inefficace inter partes).*

Il settimo e l'ottavo motivo, infine - recanti *omessa, apparente e/o insufficiente motivazione su di un fatto controverso e decisivo per il giudizio* (art. 360, n. 5, cod. proc. civ., in rapporto con gli artt. 1375-1175 cod. civ. e, per analogia, 1703 e ss. cod. civ. sul mandato, 816 ed 829, n. 9, cod.

proc. civ., ed omessa pronuncia, insufficiente motivazione e/o violazione e falsa applicazione dell'art. 1171 cod. civ. (art. 360 cod. proc. civ., nn. 3, 4 e 5)" - concludono la esposizione delle rispettive, articolate censure con i quesiti consistenti, il primo, nel chiarire se a) assunta dalle parti come pacificamente irrilevante (ed anzi mai allegata) una determinata questione (nella specie, mancata consegna di documenti amministrativi entro una certa data), o comunque assunta tale questione per irrilevante anche in seguito al comportamento concludente delle parti stesse, gli arbitri chiamati a rendere il lodo-contratto violino il principio del contraddittorio là dove non consentano ai paciscienti di esprimere la propria posizione sul punto allorchè lo ritengano anche solo potenzialmente rilevante (violazione artt. 816 e 829, n. 9, cod. proc. civ. ed artt. 1175-1375 cod. civ. e 1703 e ss. cod. civ. in rapporto con l'art. 360, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ.), con ogni conseguenza sul piano della validità del lodo-negozio qui impugnato, e comunque chiarire se b) ferma restando la irrilevanza della questione ed il mancato confronto delle parti su quel punto, sia affetta da omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione la sentenza di appello che si limiti a dedurre che la violazione del contraddittorio acquisisce rilevanza solo ove ed allorchè sia addotta dalle parti l'incidenza di una data questione e la mancata considerazione di questa induca in errore gli arbitri che sul punto non abbiano aperto il contraddittorio anziché esaminare le concrete ragioni della doglianza relativa alla mancata apertura di una discussione e di un contraddittorio sul punto"; il secondo, nel chiarire ancora se, in un giudizio di lodo arbitrale irrituale (ante riforma), la decisione degli arbitri che si fondi su di un fatto non dedotto od escluso dalle parti configuri il vizio di eccesso di mandato con violazione dell'art. 1711 cod. civ. e sia idoneo, se condizionante sul piano logico la struttura della decisione, a determinare la nullità invalidità del lodo (violazione e/o falsa applicazione di una norma di legge); e se incorre nel vizio di omessa (e/o anche insufficiente) pronuncia, con violazione dell'art. 112 (ex 360, nn. 4 e 5, cod. proc. civ.), la sentenza d'appello che, a fronte della proposizione nel motivo del vizio, non lo esamini né assuma su di esso una qualsiasi statuizione(ivi compresa anche quella, non espressa, di assorbimento della relativa questione).

1.10. Licia Fascioli, in proprio e quale socia della società semplice GID Novecento, e Massimo Melucci, quale socio dell'appena menzionata società, dopo aver illustrato le ragioni della infondatezza di ciascuno dei riportati motivi (e per alcuni di essi della loro inammissibilità), hanno concluso per il rigetto del ricorso.

2. LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE

2.1. Il ricorso è stato assegnato alla Seconda Sezione civile e fissato per la trattazione all'udienza del 3 ottobre 2012.

All'esito, il collegio ha pronunciato ordinanza, depositata il 27 novembre 2012, con la quale gli atti venivano rimessi al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite del procedimento che postulava la soluzione della seguente questione di massima di particolare 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.

2.2. L'ordinanza muove dalla premessa secondo cui, con la sentenza del 4 settembre 2012, n. 14828, queste stesse Sezioni Unite, chiamate a decidere della questione relativa alla rilevabilità d'ufficio di una nullità negoziale in costanza di domanda di risoluzione contrattuale, ne avevano predicato l'ammissibilità.

2.3. A giudizio del collegio remittente, le Sezioni Unite si sono pronunciate *expressis verbis* sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto qualora - come nel caso sottoposto al loro esame - sia stata proposta domanda di risoluzione, ed hanno osservato che la funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'art. 1421 cod. civ. opera innegabilmente in tale ipotesi, aggiungendo ancora che essa *non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento, il che peraltro rafforza il convincimento che si viene esprimendo in tema di azione di risoluzione. Invero alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nei casi di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento. La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale*



dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistono i presupposti per questa equiparazione.

In altri termini, si è volutamente - e correttamente, alla stregua della *quaestio facti* concretamente da dirimere - lasciato impregiudicato il problema della estensibilità anche alle ipotesi di annullamento (o di rescissione) dei principi enunciati da quella statuizione quanto ai rapporti tra domanda di risoluzione e rilievo di ufficio della nullità del contratto, pur lasciandosi intendere che, con riferimento ad esse, non sarebbe stata scontata la percorribilità del medesimo itinerario argomentativo adottato dalla decisione resa in tema di risoluzione.

2.4. Sulla base di tali premesse, l'ordinanza sottolinea che, nella giurisprudenza di legittimità, le ipotesi in cui siano state proposte domande di risoluzione, annullamento o rescissione di un contratto sono state effettivamente tra loro acriticamente ed indistintamente accomunate, riferendosi, peraltro, i precedenti giurisprudenziali in gran parte a fattispecie in cui risultava proposta l'azione di risoluzione.

Proprio alla luce di tale giurisprudenza, l'ordinanza interlocutoria del 28 novembre 2011, n. 25151 (che avrebbe dato origine alla rimessione della questione poi risolta con la sentenza 14828/2012), evidenziò un consapevole contrasto sulla questione - più ampia di quella poi in concreto decisa - *se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche allorché sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione (equiparandosi alla risoluzione lo scioglimento da parte del curatore ai sensi della legge fall., art. 72) del contratto stesso.*

Nel ricordato panorama, poi, l'odierna ordinanza interlocutoria individua, come uno dei termini del descritto contrasto giurisprudenziale, la necessità di comporre il quale ha determinato la nuova rimessione alle Sezioni Unite, la pronuncia resa da Cass. 2.4.1997, n. 2858, la quale, specificamente intervenuta in una fattispecie in cui era stata proposta una domanda di annullamento del contratto, aveva rilevato, in estrema sintesi, che quest'ultima, allo stesso modo di quella di risoluzione, presupporrebbe, in realtà, la validità del contratto, facendo valere *un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento*, ed essendo la validità del

contratto presupposto anche della domanda di annullamento, così come quella di risoluzione: di qui, dunque, la conclusione di quella sentenza nel senso che il rilievo officioso della nullità da parte del giudice non eccederebbe, in questo caso, il principio sancito dall'art. 112 cod. proc. civ.

2.5. La questione così prospettata (e tutti i conseguenti aspetti che la presuppongano o che comunque la implicino in un qualsivoglia giudizio di impugnativa negoziale), deve essere esaminata, come si è già avuto modi di accennare, alla luce della recente pronuncia di queste sezioni unite (Cass. n. 14828 del 4 settembre 2012), predicativa del 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' stato così composto il contrasto emerso nella giurisprudenza di legittimità intorno alla questione *della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto da parte del giudice investito di una domanda di risoluzione del contratto medesimo.*

2.6. La soluzione adottata - che l'odierno collegio ritiene di dover integralmente confermare nella sua portata precettiva, con riferimento, cioè, alla *ratio decidendi* adottata in relazione alla fattispecie in concreto esaminata - conforma il ruolo istituzionale della nullità alla natura di sanzione ordinata conseguente all'irredimibile disvalore dell'invalido assetto negoziale, muovendo, peraltro, dalla premessa che l'azione di risoluzione sia coerente soltanto con l'esistenza di un contratto valido, ponendosi la nullità come evento impeditivo logicamente anteriore alla fattispecie estintiva della risoluzione.

Conseguentemente, la soluzione è stata ritenuta predicabile entro ben determinati limiti, nel senso che il giudice della risoluzione può rilevare d'ufficio la nullità:

- a) solo se questa emerge dai fatti allegati e provati o, comunque, *ex actis*;
- b) esclusivamente previa attivazione del contraddittorio sulla questione, incorrendo altrimenti nel vizio della c.d. sentenza della terza via;
- c) unicamente se non operi un regime speciale, essendo le nullità di protezione espressamente rimesse al rilievo del contraente protetto (il principio risulta, peraltro, soltanto dalla massima ufficiale, ma non anche dalla motivazione della sentenza);
- d) senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini.

2.7. Nella parte finale della decisione – consapevole il collegio delle ricadute che la ricostruzione sistematica operata implicava con riguardo alla delicatissima tematica del giudicato - si legge ancora che:

- a) qualora, dopo il rilievo officioso, sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità ed ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato;
- b) nel caso in cui sia omesso il rilievo officioso della nullità, e l'omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante;
- c) ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

2.8. Il percorso argomentativo della sentenza si conclude con le ulteriori affermazioni, secondo cui:

- ***il giudicato implicito sulla validità del contratto***, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass. S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui ***la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto.***
- ***Sarà compito della giurisprudenza indagare circa la necessità di operare qualche dovuta ed opportuna distinzione rispetto alle azioni volte a demolire il vincolo negoziale*** - talvolta accomunate con la domanda risolutoria, quoad effecta, dalla stessa giurisprudenza di

legittimità, peraltro in modo generalizzante e non del tutto consapevolmente critico;

- ***Le considerazioni svolte su di un piano generale in ordine alla ratio della nullità (tutela di interessi generali e sovraordinati) non possono estendersi alle fattispecie di nullità speciali sub specie della sua rilevanibilità officiosa*** (il principio deve, peraltro, essere inteso nel senso che il giudice deve rilevare di ufficio la nullità, salvo che il consumatore vi si opponga, come risulta esplicitamente dalla lettura del folio 9 della motivazione della sentenza, tale dovendo ritenersi il senso complessivo della pronuncia, cui va dato in questa sede ulteriore continuità).

2.9. Con altra ordinanza interlocutoria (n. 16630/2013), la stessa seconda sezione, a fondamento della sua richiesta di un ulteriore intervento di queste sezioni unite, rileverà come, nella sua premessa logica, la sentenza 14828/2012 ritenga *l'azione di risoluzione per inadempimento coerente con la sola esistenza di un contratto valido*- ragion per cui dovrebbe ritenersi che la nullità del contratto sia un evento impeditivo destinato a porsi prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione, sicché il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati *ex actis*, non potrebbe sottrarsi all'obbligo del rilievo, senza che ciò conduca ad una sostituzione dell'azione originariamente proposta.

La regola dell'art. 1421 cod. civ. sarebbe così applicabile tutte le volte in cui la domanda di parte presupponga l'efficacia del contratto in realtà nullo, e ciò anche nell'ipotesi in cui l'azione introduttiva abbia ad oggetto la domanda di risoluzione, così che la sua portata sostanziale risulterebbe fondamentalmente compatibile e consonante con la prospettazione della censura di cui al motivo del ricorso principale.

2.10. La soluzione così adottata viene ritenuta *non pienamente condivisibile*, dal collegio remittente, che invoca *un approccio più problematico e più ampio alla questione relativa alla individuazione delle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del c.d. giudicato implicito esterno riguardante la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione rispetto alla successiva azione di nullità concernente lo stesso contratto. L'affermazione - trasparente dalla*

all'oggetto della decisione stessa) hanno concordemente evidenziato come fosse ormai tempo che proprio le sezioni unite della Corte si risolvessero ad affrontare *funditus*, in tutti i suoi aspetti, il problema dei rapporti tra rilievo officioso della nullità negoziale ed azioni di impugnativa contrattuali, così da pervenire infine ad una (ipotesi di) soluzione complessivamente organica, pur nella consapevolezza dei problematici (e spesso apparentemente insolubili) aspetti che una eccessiva frammentazione delle questioni sorte in tema di impugnative negoziali e di effetti di giudicato aveva sempre finito per porre all'interprete.

2.12. I temi destinati ad essere indagati, a seguito delle due ordinanze di rimessione (e nell'ottica di un fecondo dialogo della giurisprudenza con la dottrina, pur nelle diversità di posizioni e compiti istituzionali), risultano pertanto quelli:

- Dei rapporti tra l'azione di risoluzione e la rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio nell'ipotesi tanto di accoglimento, quanto di rigetto della domanda risolutoria;
- Dei rapporti tra le azioni di annullamento e di rescissione (cui può aggiungersi la domanda ex art. 72 L.Fall.) e la rilevabilità d'ufficio di una nullità negoziale;
- Della rilevabilità d'ufficio delle fattispecie di nullità speciali;
- Dei rapporti tra l'azione di nullità proposta dalla parte e la rilevabilità officiosa di una nullità negoziale diversa da quella prospettata (cui può potrebbe essere aggiunta, per completezza di indagine, la questione della rilevabilità d'ufficio della simulazione assoluta);
- Dell'idoneità all'effetto di giudicato in successivi processi instaurati tra le stesse parti dell'accertamento della nullità in seno al primo giudizio.

2.13. L'esame (ed il tentativo di soluzione) delle questioni ora descritte non può prescindere da una duplice indagine, che investe nel contempo la fattispecie **della nullità negoziale** e della sua **rilevabilità officiosa**, e quella **dell'oggetto del processo**.

Appare del tutto superfluo premettere che in nessun modo e a nessun titolo il collegio intende – né tampoco con pretese di completezza – esaminare e scrutinare tematiche la cui complessità ha costituito oggetto di studi e riflessioni ormai secolari.

Il fine che la Corte si propone, difatti, non può che essere limitato alla ricerca di una non insoddisfacente coniugazione tra il dipanarsi (apparentemente senza limiti) di un potere di rilevazione officioso di una nullità negoziale da parte del giudice, ed alcuni dei principi-cardine che informano il diritto processuale e che, ad una prima analisi, si pongono, rispetto ad esso, come limiti apparentemente insuperabili.

3. NULLITA' NEGOZIALE ED AZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE

3.1 Come acutamente sottolineato da alcuni dei maggiori civilisti italiani, l'approccio all'art. 1421 c.c. e alla delimitazione del campo di operatività della rilevabilità d'ufficio della nullità appare, in qualche misura, influenzato dalla propensione soggettiva dell'interprete:

- a identificare la primaria funzione dell'attività giurisdizionale *nella mera composizione delle liti* (e cioè nella risoluzione secondo giustizia di un contrasto tra due o più parti),
- ovvero, piuttosto, *nella attuazione della legge*,
- ovvero *in un concretamento dell'ordinamento*, inteso quale attuazione del diritto sostanziale nel processo, quando cioè sorge l'esigenza di valutare la fondatezza dell'azione esperita dalla parte e di affermare in ordine ad essa l'ordinamento nel momento della giurisdizione e, non dissimilmente,
- nell'essere la sentenza *il mezzo offerto al giudice per applicare la legge nel caso concreto*, così che, "se per legge un atto è nullo, anche nel silenzio delle parti il magistrato adito deve provvedere *secundum ius* pronunciando la nullità, perché altrimenti violerebbe doppiamente la legge applicando ad un atto nullo una norma che postula invece l'esistenza di un atto valido, e perciò venendo meno al primo ed essenziale dei suoi doveri, di giudicare alla stregua del diritto positivo quale esso è e non quale gli interessati, o per ignoranza o per negligenza, immaginano che sia".

L'evidente irriducibilità della ricostruzione di una teoria della nullità negoziale entro i ben precisi limiti di una pronuncia giurisdizionale comporta che l'indagine demandata al collegio non potrà che volgere al solo scopo di operare una scelta (anch'essa senza pretese di definitività, in ragione del carattere storicamente determinato che ne andrà a permeare il fondamento teorico), sì da offrire una

plausibile risposta "di sistema" agli interrogativi posti poc'anzi, con riguardo, in particolare, al problema della **rilevabilità** officiosa della nullità, profilo distinto, come meglio in seguito si vedrà, tanto da quello della sua **dichiarazione** in una pronuncia, quanto da quello della **attitudine al giudicato** della dichiarazione di nullità conseguente alla rilevazione officiosa di tale vizio del negozio.

3.2. Il tema coinvolge, all'evidenza, **istituti di diritto sostanziale** (la patologia negoziale, le diverse forme di sanatoria del negozio invalido, la risoluzione del rapporto contrattuale, la conversione del negozio nullo, solo per citarne alcuni), quanto fondamentali **principi di diritto processuale**, dei quali è ora superflua ora l'indicazione, donde la estrema difficoltà di raggiungere un equilibrio tra poteri officiosi del giudice e principio della domanda, volta che qualsiasi pretesa di stabilità in questa materia pare *ab origine* destinata a cedere ad una inevitabile precarietà, tutte le volte che la soluzione offerta coincida con uno dei due opposti estremi, e cioè tanto che si neghi in radice, quanto che si affermi *tout court* (come nel caso della sentenza n. 6170 del 2005 di questa corte), l'incidenza nel processo della rilevabilità officiosa di un vizio di nullità e la conseguente idoneità del relativo accertamento a divenire cosa giudicata.

3.3. Si comprende allora come la scelta di un definitivo assetto processuale delle azioni di impugnativa negoziale risulti senza dubbio influenzata dall'approdo ad una soluzione predicativa di una dimensione **riduttiva** ovvero **estensiva** dei poteri del giudice, proprio in relazione alla natura ed alla funzione che, *hic et nunc*, la giurisprudenza intende riconoscere alla categoria della nullità negoziale e, conseguentemente – come meglio si dirà in seguito – alla nozione di "oggetto del processo".

E nell'accostarsi al problema sin qui delineato non può non immaginarsi che una scelta volta all'eccessiva frammentazione della categoria della nullità risulterebbe insormontabile ostacolo a una ricostruzione unitaria e coerente dell'estensione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice ex art. 1421 c.c.

3.4. Nelle sue linee generali il tema è quello della relazione che lega il diritto sostanziale e il processo, tema a ragione ritenuto tra i più complessi ed affascinanti tanto per il civilista quanto per il processualista, come di recente ha osservato un autorevole studioso dei rapporti tra il contratto e il processo.

Difatti, se l'art. 1421 c.c. enuncia un principio apparentemente inequivoco, sancendo la rilevabilità officiosa della nullità del contratto senza apparenti limiti e condizioni, il successivo approdo della norma sostanziale nel territorio del processo finisce per essere condizionato dalle disposizioni del codice di rito che segnano i confini posti ai poteri officiosi del giudice

Peraltro, non è seriamente contestabile che il legislatore abbia già compiuto **un giudizio di valore sul piano sostanziale**, disponendo (il "può" dell'art. 1421 è comunemente e condivisibilmente letto come un "deve") il rilievo *ex officio* della nullità, ma conferendo poi ad essa, **sul piano processuale**, il carattere di **eccezione in senso lato**, indipendente da qualsiasi attività delle parti quanto alla sua rilevazione – altro e più complesso discorso, che di qui a breve verrà svolto, meritano le successive fasi della sua dichiarazione/accertamento e della sua idoneità all'effetto di giudicato.

3.5. Come è stato acutamente osservato, i due profili del tema della impugnativa negoziali – quello sostanziale e quello processuale – non sempre sono destinati a convergere virtuosamente, ma la griglia di valutazione degli interessi tutelati dalla norma che sancisce la nullità si pone come punto di partenza per un distinguo tra le diverse fattispecie di patologia del negozio, ai fini della rilevabilità officiosa o meno del vizio, onde la conclusione nel senso della estensibilità o meno alla singola ipotesi del modello classico delineato dall'art. 1421 deve essere evinta da un'attenta analisi delle diverse tipologie di nullità (speciale, parziale, relativa, "di protezione") incentrata sulla funzione della sanzione di volta in volta prevista dalla norma.

Nel motivare la soluzione adottata in tema di rapporti tra nullità officiosa e azione di risoluzione contrattuale, questa Corte, con la citata sentenza 14828/2012, ha dichiaratamente prestato adesione alla tesi tradizionalmente affermata in dottrina, secondo la quale la *ratio* del rilievo officioso, in capo al giudice, della più grave tra le patologie dell'atto negoziale consiste (anche) **nella tutela di interessi generali sovra-individuali**. Questa opinione è stata di recente vivificata da persuasivi argomenti di tipo comparatistico, volta che si è opportunamente osservato come anche in ordinamenti che non disciplinano espressamente il rilievo officioso della nullità il connesso potere-dovere del giudice sia tradizionalmente ammesso, in quanto posto a tutela di interessi superindividuali. D'altronde, proprio



la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta di sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica a un atto nullo.

3.6. Una siffatta ricostruzione della *ratio* e della funzione del rilievo officioso della nullità contrattuale – pur se recentemente e assai persuasivamente sottoposte a revisione critica, con argomentazioni non prive di suggestioni, da parte di quelle dottrine che ne hanno tra l'altro evidenziato "il debole supporto logico e normativo" – deve essere in questa sede confermata, sia pure al limitato fine di esplorare il territorio della rilevanza officiosa ex art. 1421 c.c..

3.7. La sistematica della patologia del contratto che individua la *ratio* della nullità nella tutela di interessi generali dell'ordinamento è certamente coerente con la nullità per contrarietà a norme imperative ovvero a principi fondamentali dell'organizzazione sociale, come nel caso di negozio contrario al buon costume, all'ordine pubblico o a causa illecita.

L'obiezione secondo cui non sarebbe corretto attribuire *in toto* al rilievo officioso della nullità "la funzione di elidere il disvalore regolamentare espresso dal contratto nullo", per la non pertinenza di tale aspetto funzionale rispetto alle ipotesi di c.d. nullità strutturali, non è del tutto convincente. Si assume, infatti, che tali ipotesi di nullità presuppongono il difetto di un elemento essenziale del contratto, come la forma o l'accordo, mentre altre sono poste a tutela di un interesse privato, o si connotano come meramente prescrittive di un onere che resta inadempito: rispetto ad esse – si afferma – l'ordinamento non manifesta un giudizio di disvalore o di immeritevolezza, quanto, piuttosto, di inutilità. A tale argomento sembra potersi replicare – salvo quanto si dirà tra poco in tema di nullità di protezione – che, in tali ipotesi, insieme con il *particolare*, si tutela comunque un interesse generale, seppur in via indiretta: l'interesse "proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole". In altri termini, è come se il legislatore, predisposta una struttura normativa "significante", destinata espressamente alla tutela del singolo soggetto, abbia poi voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore e diverso "significato", non espresso (ma non per questo meno manifesto), costituito, appunto, dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine

(tra gli altri, la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati.

Il carattere di specialità della nullità non elide l'essenza della categoria della nullità stessa, coniugandosi entrambe in un sinolo di tutela di interessi eterogenei – in guisa da evitare la eccessiva frammentazione tipica dell'esperienza francese, di tal che quella funzione di tutela di un interesse generale non appare più "fantomatica", come una autorevole dottrina ha proposto di considerare, poiché quello stesso interesse, ben definito, a che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale forma pur sempre (anche) oggetto di un interesse "generale".

Le nullità speciali, pertanto, non hanno "fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942". Se è vero che i fenomeni economico-sociali non si lasciano imprigionare in schematismi troppo rigidi, è altrettanto vero che una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini e in rapporti di *genus* a *species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria.

3.8. La chiave interpretativa prescelta appare, del resto, in sintonia con la storia stessa dell'istituto, che, come si ricorderà, solo con il codice del 1942 approdò per via normativa a una diversificazione della nullità dalla fattispecie dell'annullabilità, creando un sistema affatto speculare sulla scorta dell'esperienza (non più solo francese, ma anche) tedesca, cristallizzata nel BGB (testo normativo che, nel distinguere tra *Nichtigkeit* e *Anfechtbarkeit*, avrebbe peraltro conservato la figura normativa del *Rechtsgeschaeft*, apparentemente accantonato dal codice italiano: vale la pena rammentare, in proposito, come non esista nel nostro ordinamento una norma corrispondente al § 143 del BGB, secondo la quale l'effetto di annullamento è ricollegato all'atto di parte anziché a quello del giudice, anche se, al di fuori del processo, l'effetto sostanziale di tale atto si manifesta solo dopo l'emanazione del provvedimento del giudice, onde, di quest'ultimo, la innegabile natura di elemento costitutivo della fattispecie che produce quell'effetto sul piano sostanziale).

Il codice civile del 1865, difatti, non disciplinava espressamente la fattispecie dell'annullabilità e trattava unitariamente quelle della nullità e della rescissione

(artt. 1300-1311), accomunate da una medesima dimensione morfologica (quella della patologia genetica dell'atto), e funzionale (le relative azioni "duravano 5 anni", ferma la imprescrittibilità delle relative eccezioni). Il regime dettato per la nullità era, nei fatti, non dissimile da quello oggi vigente per l'annullabilità, tanto che le cause di nullità contrattuale si estendevano dalla carenza dei requisiti formali all'errore, alla violenza e al dolo incidenti (art. 1111 c.c. 1865).

Il *novum* del codice del '42, ossia la ponderata discriminazione tra le due forme d'invalidità, venne tendenzialmente riportato, nelle riflessioni consolidate della dottrina dell'epoca, al piano "quantitativo" della maggiore o minore gravità del vizio: la nullità rappresentava l'esito di un giudizio di radicale disvalore dell'ordinamento, sanzionando un contratto che, per ragioni strutturali, non era meritevole di tutela, come tale inidoneo a produrre gli effetti voluti dalle parti, anche se non mancò chi, ebbe a discorrere, assai autorevolmente, addirittura di un fenomeno di in-qualificazione giuridica, anziché di semplice qualificazione negativa dell'atto da parte dell'ordinamento.

3.9. Le ricostruzioni più vicine nel tempo impronteranno, come già accennato, la comprensione delle differenze di regime alle diverse finalità perseguite dal legislatore: mentre l'annullabilità tutela interessi qualificati ma particolari, la nullità è volta alla protezione di interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale, piuttosto che per i singoli (non a caso, e proprio per questo, si è parlato incisivamente di nullità «politiche» rimarcandone la valenza pubblicistica e rammentandosi, nel contempo, come tanto in ordinamenti a noi vicini – quale quello francese e tedesco – quanto in seno al diritto anglosassone la rilevabilità d'ufficio della nullità sia pacificamente ammessa; in Inghilterra e negli Stati Uniti, in particolare, tutte le volte in cui il contratto risulti *illegal*).

Di qui la diversa valutazione giuridica della nullità in chiave di inefficacia originaria e non "precaria", come per l'annullabilità; e, soprattutto, di qui il potere officioso di rilievo giudiziale, non previsto dal codice del 1865.

3.10. Queste considerazioni possono ancora mantenere immutati valore e sostanza – anche se, giova ribadirlo, **agli specifici fini della valutazione e dell'interpretazione dell'art. 1421 c.c.** – pur alla luce della innegabile trasformazione dell'istituto della nullità in uno specifico presidio di specifici

soggetti, attraverso la sempre più frequente introduzione di figure di invalidità cd. relative.

Parte della dottrina osserva criticamente che le recenti fattispecie di nullità negoziale mutano la vocazione generale di tale categoria, offrendo protezione a interessi particolari e seriali, facenti capo a soggetti singoli e/o gruppi specifici.

Ma è stato incisivamente fatto notare, in senso opposto, che queste nullità cd. di protezione sono anch'esse volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di «ordine pubblico di protezione».

Non è questa né la sede per aderire, sul più generale piano dei principi, all'una o all'altra teoria, entrambe sostenute, in dottrina, con dovizia e solidità di argomenti.

Tuttavia, per quel che qui interessa – la **rilevabilità** officiosa della nullità –, la tesi dell'interesse generale va riaffermata.

L'analisi prende le mosse, traendo linfa argomentativa, dalla legittimità di una ricostruzione del rilievo officioso della nullità in funzione della tutela di interessi superindividuali alla luce della sua asserita inattualità, avuto riguardo all'ampio numero di nullità c.d. speciali poste funzionalmente a tutela della parte debole del contratto.

3.12. Sebbene non si rinvenivano disposizioni normative che espressamente escludano la rilevabilità d'ufficio di casi nullità, non pochi autori hanno sostenuto che le nuove fattispecie di nullità c.d. protettive, poste al confine fra le due categorie della nullità e dell'annullabilità, sarebbero incompatibili con la rilevabilità d'ufficio e porrebbero un limite di carattere sostanziale ad una tale rilevabilità. E la scelta legislativa di rendere una delle parti arbitra della sorte del contratto parrebbe *prima facie* porsi in insanabile contrasto logico con l'attribuzione al giudice del potere di sostituirsi ad essa nella valutazione circa la caducazione o la conservazione del vincolo. Ammettere una soluzione diversa creerebbe, dunque, un'insanabile antinomia: da un lato, frusterebbe la *ratio* della nullità relativa di riservare alla parte protetta la scelta tra conservazione e invalidazione del

contratto, dall'altro, porrebbe seri problemi in relazione al principio della disponibilità delle prove.

Sarebbe quindi insuperabile la difficoltà di contemperare la ferma preclusione per il giudice di acquisire d'ufficio fatti rilevanti per la dichiarazione di nullità con le nuove nullità di atti che non sono di per sé invalidi, ma (esemplificando) solo se non negoziati, se hanno l'effetto di restringere la concorrenza, se attribuiscono il controllo di una concentrazione o se sfruttano una dipendenza economica.

3.12.1. La tesi che esclude la compatibilità tra poteri officiosi e la disciplina delle nullità protettive, pur nella sua indiscutibile suggestione, non è, peraltro, immune da alcune fragilità argomentative, tanto da essere efficacemente contrastata da altra dottrina, favorevole a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 1421 cod. civ. anche a quelle nuove invalidità sancite per la violazione di norme poste a tutela di soggetti ritenuti dalla legge economicamente più deboli, di fronte a situazioni di squilibrio contrattuale, sulla scorta del piano quanto efficace rilievo che la legittimazione ad agire ristretta ai soli soggetti indicati dalla norma non si riverbera ipso facto in una consequenziale esclusione del potere di rilievo officioso delle nullità in questione ex art. 1421 c.c.

Si è detto "indiscutibile" lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex Dlgs. 231/2002), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese.

La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità.

Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui agli artt. 36, terzo comma, e 134, primo comma, Cod. Consumo; quella prevista dall'art.127, secondo comma, d. leg. 1 settembre 1993, n. 385; e la nullità di cui all'art. 7 d. leg. 9 ottobre 2002, n. 231). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata.

Va pertanto rivista e precisata *in parte qua* l'affermazione, contenuta nella sentenza 14828/2012, secondo la quale dovrebbe ritenersi vietato al giudice l'indagine in ordine a una nullità protettiva.

Tale affermata esclusione, che ha prestato il fianco alle critiche di chi, in dottrina, lamenta che sostenere l'inammissibilità del rilievo officioso di una nullità speciale, in difetto di una espressa disposizione legislativa in tal senso, condurrebbe a conseguenze incongrue (come, ad esempio, nel caso del preliminare di un acquisto di immobile da costruire nullo perchè carente della fideiussione prevista dalla legge a pena di nullità, ex art. 2, primo comma, del d.leg. 20 giugno 2005, n. 122), merita, peraltro, una ulteriore precisazione.

3.13. Difatti, la *quaestio nullitatis*, intesa nella sua più generale portata, si presta a differenti valutazioni a seconda che di essa ci si limiti alla semplice **rilevazione**, ovvero si proceda alla sua **dichiarazione** a seguito di accertamento giudiziale (senza affrontare, al momento, la questione dell'idoneità all'effetto di giudicato).

3.13.1. Limitando l'indagine alla sola rilevazione d'ufficio, la stessa sentenza 14828 del 2012 non manca di osservare come la giurisprudenza comunitaria sia univocamente orientata nel senso della sua necessità (e ciò è a dirsi del tutto a prescindere dalla questione se, sul piano del diritto interno, il carattere di rilevabilità officiosa delle nullità speciali sia o meno predicabile sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 36 del codice del consumo, inteso come norma a carattere generale del sistema delle nullità di matrice consumeristica).

D'altronde, non va dimenticato che queste Sezioni Unite non erano state *illo tempore* chiamate a pronunciarsi su di una generale reimpostazione del sistema delle nullità speciali (sistema che, comunque, sembrerebbe più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, in relazione al diverso aspetto funzionale di ciascuna norma).

3.13.2. Le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. *commercio business-to-consumer*) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. (nella sentenza *Pannon* del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, **in termini di dovere** l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore).

E proprio in conseguenza degli interventi della Corte di giustizia sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile *decisum* di questa Corte, nella sentenza 9263/2011) anziché come *species* del più ampio *genus* rappresentato dalla nullità negoziale.

Nullità che non a torto è stata definita, all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo.

Si è così osservato che, se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponentiale la classe dei consumatori o dei clienti), la omessa

sentenza n. 14828 del 2012 - secondo la quale, nel caso in cui sia rilevata d'ufficio la questione di nullità del contratto, la decisione su di essa non dà luogo a giudicato se non su esplicita richiesta delle parti, conclude il provvedimento interlocutorio, non pare conciliabile con l'asserzione in virtù della quale, ove la questione di nullità non sia sollevata, la decisione sulla risoluzione è idonea a determinare la formazione di un giudicato implicito sulla non nullità del contratto stesso. Infatti, la prima affermazione implica che si tratti di questione pregiudiziale non in senso logico, ma in senso tecnico (alla quale si rivolge l'art. 34 c.p.c.), suscettibile di accertamento solo incidenter tantum in mancanza di domanda di parte, cosicché sarebbe inidonea a comportare la formazione di un giudicato implicito, il quale presuppone una pregiudizialità in senso logico. Al riguardo, costituisce principio pacifico che, in tema di questioni pregiudiziali, occorre distinguere quelle che sono tali soltanto in senso logico, in quanto investono circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa e devono essere necessariamente decise incidenter tantum, e questioni pregiudiziali in senso tecnico, che concernono circostanze distinte ed indipendenti dal detto fatto costitutivo, del quale, tuttavia, rappresentano un presupposto giuridico, e che possono dar luogo ad un giudizio autonomo, con la conseguenza che la formazione della cosa giudicata sulla pregiudiziale in senso tecnico può aversi, unitamente a quella sul diritto dedotto in lite, solo in presenza di espressa domanda di parte di soluzione della questione stessa.

2.11. Si pone così al collegio di queste sezioni unite, anche se diacronicamente, la complessa e delicata questione *dei rapporti* tra (tutte) le azioni di impugnativa negoziale e il disposto dell'art. 1421 c.c., e *dell'idoneità* delle relative decisioni a formare oggetto di *giudicato implicito esterno* rispetto ai successivi processi che abbiano ad oggetto questioni attinenti alla validità ed efficacia della medesima convenzione negoziale già oggetto di scrutinio nel primo procedimento.

Questione sulla quale le molte (ed assai autorevoli) voci dottrinarie levatesi a commento della sentenza 14828/2012 (della quale si è a volte rimarcato una sorta di "timidezza" argomentativa per non aver colto l'occasione di risolvere *tout court* il problema della rilevabilità officiosa della nullità, senza peraltro considerare che l'estensione della decisione a tale più ampia tematica avrebbe costituito null'altro che un palese *obiter dictum*, attesa l'estraneità di molte delle tematiche in parola

rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole.

3.13.3. La rilevabilità officiosa, pertanto, sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate "di protezione virtuale".

Il potere del giudice di rilevarle *tout court* appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica – , con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela.

3.13.4. Senza dire, poi, come le nuove *species* di nullità esemplifichino casi totalmente ignoti al legislatore del 1942, onde l'interrogativo sul quanto sia (poco) razionale invocare la nominatività dell'*incipit* dell'art. 1421 al fine di escludere un non certo irragionevole ricorso al procedimento di integrazione analogica.

La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale.

La soluzione della rilevabilità officiosa *tout court* apparirà ulteriormente confermata dalla considerazioni che si andranno di qui a poco a svolgere, alle quali va sin d'ora premesso che il mantenimento dell'unità funzionale della categoria e la conferma della sua ratio super-individuale determinano ricadute non marginali sulle successive scelte dell'interprete quanto agli effetti della rilevazione *ex officio iudicis*.

3.15. Le questioni di diritto poste in concreto dal tema dei rapporti tra nullità e azioni di impugnativa negoziale che impegnano oggi il collegio sono le seguenti:

- LA PRIMA QUESTIONE è rappresentata dai rapporti diacronici, anzitutto sotto il profilo logico, tra *rilevazione* – *dichiarazione* – *effetto di giudicato* della nullità negoziale.

Tali rapporti appaiono così strutturati:

- a) **La rilevazione** (***necessariamente obbligatoria***) della nullità ex art. 1421 deve più propriamente intendersi come limitata all'attività di ***rilevazione/indicazione*** alle parti, ad opera del giudice.

Si è opportunamente osservato come tutto ciò che *in base alla legge* può dirsi è che la nullità deve essere rilevata d'ufficio tutte le volte che la parte vuole utilizzare nel processo come valido il contratto nullo. Non v'è dubbio, infatti, che la parte che chieda l'annullamento, la risoluzione o la rescissione di un contratto intenda utilizzare come valido e/o come efficace quel contratto.

Tale *rilevazione* potrà, peraltro, non trasformarsi necessariamente in *una dichiarazione* di nullità.

Costituiscono dimostrazione di tale assunto proprio le fattispecie delle nullità di protezione: se il giudice *rileva* la nullità di una singola clausola (si pensi a una illegittima deroga al principio del foro del consumatore), e la *indica* come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità).

In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità.

- b) **La dichiarazione** della nullità va conseguentemente intesa come *pronuncia* (previo *accertamento*) del rilevato vizio di invalidità, accertamento contenuto *nella motivazione e/o nel dispositivo* della sentenza (*amplius, infra sub 5*).

Tale pronuncia non risulterà sempre obbligatoria, a differenza della già compiuta rilevazione, vero quanto detto poc'anzi in tema di nullità speciali, nonché, come meglio si specificherà in seguito, in materia di

decisioni fondate sulla cd. ragione più liquida (non potendo, in proposito, convenirsi *tout court* con quella pur autorevole dottrina che costruisce la rilevazione come "sempre e comunque funzionale allo svolgimento di un'attività indirizzata ad una conseguente pronuncia");

c) L'idoneità all'effetto di giudicato

Premessa la necessità che la nullità emerga *ex actis*, vanno *in limine* evidenziati gli indiscutibili inconvenienti di una nullità rilevata senza (possibili) effetti di giudicato, attesa la valutazione normativa *-di tipo sostanziale-* dell'estremo disvalore giuridico dell'atto nullo, *ex se* improduttivo di effetti al di là e a prescindere dall'intervento del giudice, che, quand'anche sollecitato, avrebbe portata soltanto ricognitivo/dichiarativa dell'inefficacia del negozio.

La nullità, *sul piano sostanziale*, non necessita di alcuna fase attuativa per divenire effettiva, poiché la norma che la sancisce rifiuta *ab origine* la tutela e nega ogni possibile effetto al negozio nullo.

Al fine di evidenziare i rischi connessi *al mancato effetto di giudicato* di una nullità dapprima *rilevata* e poi *dichiarata* dal giudice in un provvedimento, si fa, tra le tante - a tacere dell'icastico esempio della vendita dell'ippogrifo, destinata alla scure invalidante dell'intervento giudiziale indipendentemente da qualsivoglia attività delle parti, "con o senza nomina di un consulente tecnico zoologo"), l'ipotesi non del tutto teorica del venditore di un immobile che domandi la condanna dell'acquirente alla corresponsione del prezzo convenuto e veda la sua istanza rigettata perché il giudice ha rilevato la nullità del contratto, senza peraltro conseguire un titolo restitutorio nel caso in cui l'acquirente abbia, *medio tempore*, alienato il bene a terzi. In tal caso, la nullità, rilevata ma non dichiarata, potrà fondare una successiva domanda ex art. 2033 c.c., senza che peraltro si formi, nell'originario giudizio, alcun titolo trascrivibile ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c.

Per converso, l'incidenza del giudizio non può restare priva di conseguenze, in relazione ai principi-cardine (ivi comprese le preclusioni temporali) che ne disciplinano il fisiologico dipanarsi sino all'emanazione della decisione.

Il problema sembra destinato a ricevere soluzione a seguito della disamina **delle disposizioni di cui agli artt. 183 IV comma, 101 II comma, 34** (ed eventualmente 153) **del codice di rito**, alla luce del tipo di accertamento che l'attore può invocare in seno al processo, *in continenti* ovvero *ex intervallo*.

Valga per il momento osservare come la vera *ratio* della rilevabilità officiosa della nullità non sia 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 relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell'ordinamento francese ex art. 423 NCPC), 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.

Si intende, allora, come da un lato l'esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale si coniughi con l'obbligo di rilevazione d'ufficio sempre e comunque imposto al giudice, dall'altro come tale obbligo contemperi in modo equilibrato il duplice valore della tutela degli interessi generali sottesi alla nullità e della salvaguardia dell'iniziativa di parte nel processo (si rammenti che un esplicito riferimento ai *valori fondamentali dell'ordinamento* si legge nella sentenza n. 21095 del 2004 di queste stesse sezioni unite, ove si stabilì, in tema di usi bancari e di anatocismo, che l'eventuale difesa del convenuto finalizzata a rilevare determinati profili di nullità o a non individuarne affatto non preclude il potere officioso del giudice di indagare e dichiarare, **sotto qualsiasi profilo**, la nullità del negozio).

Ne consegue che, mentre tra rilevazione e dichiarazione di una nullità negoziale esiste un rapporto **di collegamento** (*i.e.* di inclusione), tra dichiarazione ed idoneità al giudicato appare predicabile una relazione **di sostanziale identità**, come meglio si avrà modo di osservare in seguito.

- LA SECONDA QUESTIONE investe i rapporti tra le azioni **di adempimento e di risoluzione** (per le quali deve ritenersi ormai pacificamente ammessa la

compatibilità con la rilevazione officiosa della nullità), e le domande **di rescissione e di annullamento** (in relazione alle quali la sentenza 14828/2012 si esprime invece in termini assai più problematici e perplessi, sia pur in un fugace *obiter dictum*). Riservando al prosieguo della trattazione il necessario approfondimento del tema, è sufficiente ora ricordare come sia stato osservato in dottrina che, nella rescissione non diversamente che nella risoluzione, se un contratto è nullo, e dunque privo *ab origine* di effetti, **non c'è proprio niente da rescindere**, poiché la rescissione non è che un altro mezzo per eliminare gli effetti che il contratto produce.

- LA TERZA QUESTIONE ha ad oggetto i rapporti tra una domanda di nullità proposta dalla parte e la rilevazione *ex officio* **di una causa diversa di nullità**, la cui inammissibilità (costantemente affermata dalla giurisprudenza di questa Corte: *ex aliis*, Cass. 16621 del 2008 e 89 del 2007) si fonda, come meglio si dirà in seguito, sulla (non più condivisibile) collocazione della azione di nullità nella categoria *delle domande eterodeterminate*.

4. LE IMPUGNATIVE NEGOZIALI E L'OGGETTO DEL GIUDIZIO

4.1. E' noto come la questione della individuazione dell'oggetto del processo sia, da sempre, tra le più dibattute nel panorama dottrinario e giurisprudenziale.

Le complesse e delicate problematiche che essa pone, ben lungi dal trovare risposte certe nel diritto positivo, risultano tutte e allo stesso modo condizionate dalla necessità di operare una scelta tra *valori* talora contrastanti.

Da un lato, il "valore" della definitiva indicazione alle parti, all'esito di un processo lungo costoso faticoso, delle condotte da tenere in futuro in ordine al rapporto sostanziale che le vincola.

Dall'altro, la libertà di instaurare una lite su di un solo segmento di una più articolata situazione sostanziale, delimitato dal singolo titolo costitutivo addotto dall'istante come *causa petendi*.

La scelta, in definitiva, tra *Recht* e *Rechtsfrage*. Tra *diritto (sostanziale)* e *domanda (giudiziale) di diritto*.

Esula dai compiti di questa Corte la ricerca di risposte definitive da offrire a tale delicatissima questione, poiché il perimetro dell'indagine ad essa riservata è quello delle azioni di impugnativa negoziale.

E tuttavia la risposta al quesito, lungi dal costituire vieto esercizio di retorica, appare decisiva per la scelta della soluzione da adottare sul tema dei rapporti tra nullità negoziale ed azioni di impugnativa contrattuale.

4.2. E' necessario muovere dall'analisi del rapporto tra il processo e il *diritto potestativo* cd. *sostanziale* – qualificato da autorevole dottrina come vero e proprio diritto soggettivo – , che di ogni processo di impugnativa negoziale costituirebbe il vero oggetto, in guisa di *diritto fatto valere in giudizio* (artt. 81, 99 c.p.c., 2907, 2697 c.c., 24 Cost.), in luogo delle situazioni soggettive sostanziali (pretesa, facoltà, obbligo, soggezione) generate *dall'atto negoziale* (fatto storico/fattispecie programmatica) e *dal rapporto intersoggettivo* da esso scaturente. Con la rilevante conseguenza di escludere dall'oggetto del processo, e quindi del giudicato qualsiasi accertamento definitivo in ordine alla situazioni soggettive sostanziali che connotano il contenuto del rapporto obbligatorio.

Nell'ambito della tutela costitutiva – non rileva in questa sede stabilirne i pur discussi confini – invocata con le azioni di impugnativa negoziale, il processo di cognizione (*rectius*, l'accertamento che ne scaturisce) diverrebbe così elemento della fattispecie sostanziale cui il legislatore ricollega la produzione di effetti giuridici.

4.2.1. Appare decisiva l'obiezione di chi ha sostenuto che ricondurre l'oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale *tout court*, ovvero "a necessario esercizio giudiziale") risulta viziata da un eccesso di concettualismo, destinato, anziché aiutare a spiegare la realtà, *i.e.* a identificare quale sia il bene della vita oggetto della disputa tra le parti, ad offuscarla inutilmente, volta che il diritto potestativo civilistico inteso quale autonoma situazione soggettiva potrebbe al più costituire oggetto del processo *prima* del suo esercizio, e mai *dopo*: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull'esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull'esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l'esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza, ossia *le situazioni soggettive sostanziali*.

Mutando la visione prospettica, dunque, l'oggetto del processo andrebbe così a identificarsi con la situazione soggettiva sostanziale e con il suo effetto giuridico, mai con *fatti* o con *norme*. Peraltro, se il diritto potestativo sostanziale riveste la sola funzione di attribuire, tramite il suo esercizio, rilevanza ai fatti modificativi-impeditivi-estintivi, esso si pone inevitabilmente al medesimo livello dei fatti e delle norme, in guisa di co-elemento di una più complessa fattispecie, in funzione di "interruttore" destinato ad attivare un più vasto "circuito" *ad esso preesistente*, in conseguenza di una vera e propria "crisi di cooperazione" che ha diviso le parti sul piano del *diritto sostanziale*, in una (eccezionale) dimensione patologica del libero potere di autodeterminazione che costituisce l'essenza e il fondamento dell'autonomia privata.

4.3. L'indagine volta alla corretta individuazione dell'oggetto del processo, da condursi secondo i consueti canoni ermeneutici di analisi delle fattispecie giuridiche nel loro duplice aspetto *struttura/funzione*, postula, in questa sede, la necessità di una *Inversion-Methode*, che muova dall'analisi (prioritaria) **dei valori funzionali del processo.**

Tali valori possono, *hic et nunc*, essere individuati:

- Nel principio di ***corrispettività sostanziale***, da preservare *tout court* come valore che lo strumento processuale non può cancellare, incrinare, disarticolare o deformare, ma soltanto rispecchiare e attuare, attese la sua dimensione essenzialmente strumentale, come espressamente evidenziato (sia pure con riferimento ai rapporti tra gli artt. 2909 e 2932 c.c. e 282 c.p.c.) da queste stesse sezioni unite con la sentenza n. 4059 del 2010: si pensi al caso del locatore che agisca per il pagamento del canone, del giudice che rilevi la nullità della locazione, del conduttore che (intenzionato a restare nell'immobile in assenza momentanea di alternative abitative) si limiti provare documentalmente l'avvenuto adempimento, così che il giudicante debba limitarsi a rigettare la domanda dichiarando la nullità del contratto soltanto nella motivazione del provvedimento decisivo. Sarebbe arduo sostenere che sulla *quaestio nullitatis* possa nuovamente instaurarsi un successivo giudizio, tanto da parte del locatore quanto del conduttore, salvo implicitamente avallare un evidente abuso dello strumento del processo;

- Nel principio di **stabilità** delle decisioni giudiziarie (predicato con dovizia di argomenti, di recente, ancora da queste sezioni unite con la sentenza n.15295 del 2014 in tema di ultrattività del mandato al difensore), volta che, come si è efficacemente osservato, il potere di azione riconosciuto ai privati non può (più) essere quello di attivare un meccanismo potenzialmente destinato a ripercorrere all'infinito le medesime tappe con provvedimenti che si consente al giudice di revocare o modificare *motu proprio* o su istanza di parte, bensì quello di pretendere una risposta per quanto possibile *definitiva* alla domanda di giustizia;
- Nel principio di **armonizzazione** delle decisioni, così da evitare la scomposizione *della unità* della situazione sostanziale in una indefinita *molteplicità* rappresentata da tante "minime unità decisorie";
- Nel principio di **concentrazione** delle decisioni, ad onta di poco meditati interventi legislativi (si consideri, in materia locatizia, la nullità della clausola di determinazione dell'importo del canone per contrasto con norma imperativa che ne prevede la sostituzione *ipso iure* – nullità che, a norma di legge, non potrebbe essere opposta in via di eccezione per impedire l'accoglimento della domanda fondata sull'inadempimento dell'obbligo di pagamento del canone derivante dalla clausola stessa, prima che sia stato accertato in autonomo giudizio il contenuto dell'obbligo derivante dalla clausola legale deputata a sostituire quella affetta da nullità);
- Nel principio di **effettività della tutela**, ostacolo insuperabile – come di recente affermato da questa Corte con la sentenza n.21255 del 2013 – per ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa;
- Nel principio di **giustizia** delle decisioni, espressione assai meno declamatoria oggi che in passato, alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU. Di tale giustizia decisionale è traccia sensibile la decisione resa da queste sezioni unite con la sentenza n. 18128 del 2005, in tema di rilievo officioso della eccessiva onerosità della clausola penale;
- Nel principio di **economia (extra)processuale**, declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare la eventualità di

moltiplicazione seriale dei processi e di offrire alle parti una soluzione "complessiva" già entro il primo, sovente assai lungo procedimento;

- Nel principio del ***rispetto della non illimitata risorsa-giustizia*** : sarebbe un fuor d'opera riproporre le consuete, innumerevoli esemplificazioni delle conseguenze, talvolta paradossali, riconducibili al mancato riconoscimento di un possibile effetto di giudicato all'accertamento giudiziale della nullità negoziale, pur nei limiti imposti dalle norme processuali, sia pure prendendo le distanze da una incondizionata adesione alla teoria dell'effetto espansivo pressoché illimitato dell'accertamento contenuto nella sentenza. E proprio il principio della limitatezza della risorsa giustizia è stato in più occasioni evocato, sia pure indirettamente, da questa Corte regolatrice, come nel caso della ritenuta infrazionabilità del credito in sede giudiziale (Cass. ss. uu. n. 23726 del 2007 in materia di decreto ingiuntivo; Cass. n. 28286 del 2011, in tema di frazionamento della domanda risarcitoria, davanti al giudice di pace e al tribunale, del danno alla persona e alle cose derivante da un unico sinistro stradale);
- Nel principio di ***lealtà e probità processuale***, valore cui andrebbe costantemente improntata la condotta delle parti nel processo;
- Nel principio di ***uguaglianza formale tra le parti***, rendendo così deducibile *tout court anche* per l'attore ciò che è sempre opponibile dal convenuto.

4.4. Si esaurisce così l'indagine sull'aspetto funzionale della questione.

4.4.1. Poste tali premesse, appare inevitabile l'opzione strutturale verso una decisione tendenzialmente volta ***al definitivo consolidamento della situazione sostanziale*** direttamente o indirettamente dedotta in giudizio.

Una decisione tendenzialmente caratterizzata da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con valori di sistema della *celerità e giustizia*.

Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito.

4.5. Anteposta la disamina funzionale *all'indagine strutturale* sull'oggetto del processo, si è già osservato come quest'ultima sia stata fonte, da sempre, di contrapposte interpretazioni, tutte dotate di indiscusso spessore teorico – e tutte

egualmente sostenibili, ispirate da opposte visioni che investono la funzione stessa della giurisdizione.

Viceversa, non appare di conforto il dato normativo, anzitutto perché l'art. 2909 c.c. non chiarisce quale sia l'oggetto dell'accertamento giudiziale e l'art. 34 c.p.c. non specifica la nozione di "questione pregiudiziale". Non è certo questa la sede per rievocare il defatigante dibattito sviluppatosi sul tema della pregiudizialità logica (e sulla sua presunta fuoriuscita dal campo di applicazione dell'art. 34), della pregiudizialità tecnica e del punto pregiudiziale.

E ancora, gli artt. 12 e 13 c.p.c. appaiono dettati con riferimento a problematiche endo-processuali sicuramente eterogenee rispetto al tema in questione.

Si contendono il campo, alla ricerca dell'individuazione dell'oggetto del processo, due contrastanti orientamenti.

4.6. Una prima ricostruzione accentua il profilo privatistico, pur nella consapevolezza delle distonie cui essa conduce in punto di economia del processo e di contraddittorietà delle decisioni.

Si evidenzia, in particolare, come niente impedisca all'esperienza processuale di avere *proprie e peculiari esigenze*, che implicano il superamento di una visione sostanzialistica pura dei fenomeni giuridici, viziata da un semplicismo non dinamico, volta che la domanda opererebbe *un'astrazione dal rapporto*, deducendo in giudizio una situazione elementare e così determinando essa stessa *i limiti* della controversia.

Il singolo diritto "dispotico" sulla cosa venduta, il prezzo, la consegna.

Non il rapporto giuridico nella sua integrità.

Un diverso indirizzo valorizza le esigenze pubblicistiche che si vogliono pur sempre sottese alla tutela dei diritti dei privati.

Si esclude che il processo possa scindere, *motu proprio*, il rapporto fondamentale (e fondamentalmente unitario) che lega le parti, frammentandolo in segmenti autonomi, così che il pericolo di soluzioni disomogenee e non coordinate andrebbe scongiurato attraverso un meccanismo di armonizzazione tra giudicati, frutto dell'estensione dell'efficacia della sentenza all'accertamento del rapporto sostanziale (in seno alle stesse teorie sostanzialiste, è stato, peraltro, di recente operato un opportuno distinguo tra sentenze di accoglimento della domanda di

impugnativa negoziale e sentenze di rigetto, su cui si tornerà *funditus* nel prosieguo della motivazione).

4.7. Ritiene il collegio che **anche sul piano strutturale** l'adesione a una delle teorie dell'oggetto del processo sia destinata ad essere inevitabilmente condizionata dalla sua speculare analisi funzionale.

4.7.1. Si rende così necessario dare ingresso a una più ampia visione che tenga nella dovuta considerazione gli inconvenienti della frammentazione di una originaria (ed unitaria) sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rivoli processuali, e delle conseguenze dell'accertamento soltanto incidentale di una più complessa dinamica negoziale, pur non negandosi – come di qui a breve si vedrà – quelli derivanti dell'indiscriminato e incondizionato ampliamento della domanda originaria (si ricorderà come in uno dei tanti progetti di riforma del processo civile si ebbe opportunamente a proporre una radicale riscrittura dell'art. 34 nel senso che "in ipotesi di rapporti complessi, qualora sia fatto valere in giudizio uno dei diritti principali derivanti dal rapporto stesso, l'autorità della cosa giudicata si estende al rapporto fondamentale", con chiaro riferimento al concetto della reg giudicata sostanziale ed alla teorica della pregiudizialità soltanto logico-giuridica).

4.7.2. Visione volta ad un approdo che finisce per attrarre nella propria orbita, rendendola oggetto tendenzialmente necessario di inevitabile scrutinio, **la situazione di diritto soggettivo** fatta valere dall'attore e valutata nella sua interezza, e cioè in relazione **alla sua totale ed effettiva consistenza sostanziale**.

Che all'attore non sia consentito fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l'oggetto della lite, scomponendo una situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi è eventualità ormai radicalmente esclusa, come già ricordato, dalla stessa, recente giurisprudenza di questa Corte.

4.8. Nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è dunque costituito dal **negozio**, nella sua duplice accezione di *fatto storico* e di *fattispecie programmatica*, e (con esso) dal **rapporto giuridico sostanziale** che ne scaturisce.

4.8.1. Da tale realtà sostanziale il giudizio non potrà prescindere, in funzione quanto meno tendenziale *di un definitivo accertamento* dell'idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l'effetto negoziale suo proprio quanto i suoi effetti finali.

Questa soluzione è stata criticamente e suggestivamente definita come "un vero e proprio chiasmo", poiché, si sostiene che, in tal modo, il giudicato, rifuggendo *il discorso processuale*, verrebbe a generarsi *nel (e dal) silenzio*.

La soluzione, di converso, nei termini e con i temperamenti che di qui a breve si individueranno, appare rispettosa proprio delle esigenze funzionali dianzi descritte.

4.8.2. Il riferimento *alla struttura negoziale originaria* (negoziato/fatto storico) non meno che *alla fattispecie programmatica* in essa contenuta è conseguenza del potere di indagine del giudice su qualsivoglia ragione, tanto *morfologica quanto funzionale*, di nullità contrattuale: così, il difetto di forma atterrà alla valutazione del negoziato/fatto storico, mentre l'impossibilità dell'oggetto sarà predicabile a seguito dell'individuazione del momento programmatico della convenzione negoziale, che dell'oggetto contiene soltanto *la rappresentazione ideale* come tale neutra rispetto alla categoria dell'invalidità, mentre la sua impossibilità/illiceità sarà riferibile soltanto alla *res* nella sua dimensione materiale, quale oggetto reale del programma negoziale.

Il riferimento *al rapporto negoziale* è poi naturale conseguenza del tipo di azione esperita dall'attore: nelle domande di risoluzione e di adempimento, oggetto di contesa è la distonia funzionale del sinallagma, onde la necessità di valutare insieme la dimensione statica (negoziato) e dinamica (rapporto) della fattispecie, mentre le domande di annullamento e di rescissione postulano un giudizio sul binomio *invalidità/efficacia temporanea* dell'atto che, come in seguito si vedrà, non può a sua volta prescindere dalla preliminare indagine del giudice sulla eventuale *nullità/inefficacia originaria* dell'atto stesso.

4.8.3. La necessità del riferimento al rapporto scaturente dal negoziato, oltre che a quest'ultimo, emerge da vicende processuali in cui il delicatissimo compito cui è chiamato il giudice in materia di impugnative negoziali è rappresentato proprio dalla capacità di valutazione unitaria di entrambe le fattispecie.

Emblematica è una vicenda sottoposta all'esame della Corte di appello di Cagliari (sentenza n. 179 del 1991), che si trovò di fronte ad un singolare caso di

domande incrociate di risoluzione contrattuale e di esatto adempimento in relazione ad un contratto il cui contenuto negoziale era affetto da nullità per ritenuta indeterminabilità dell'immobile alienato e del relativo prezzo. Le parti non solo non avevano posto alcuna questione circa l'individuazione dell'oggetto della compravendita e del suo corrispettivo, essendosi limitate a chiedere, l'attore, la risoluzione del contratto per essere stato estromesso dall'appartamento acquistato, la convenuta alienante, in via riconvenzionale, l'eliminazione dei difetti dell'opera (insufficienza statica di una scala e di un balcone) che, insieme con una somma di denaro non precisata, costituiva il corrispettivo della vendita

Esaminando la sola scheda negoziale, il giudice pronunciò la nullità dell'alienazione per indeterminabilità dell'oggetto e del prezzo, non avendo tenuto in considerazione il rapporto dipanatosi tra le parti, come rappresentato negli atti processuali.

Una corretta trasposizione in sede processuale della teoria della cd. *Geschaefstgrundlage* (e cioè della "comune base negoziale", anche implicita, che consentì la nascita e al contempo decretò i limiti della teoria negoziale della presupposizione) consente, in definitiva, di affermare che, anche in sede processuale, una comune *Grundlage*, anche implicita, del processo e del provvedimento di merito che lo definisce consente la prioritaria disamina, da parte del giudice, dei vizi negoziali che decretino la eventuale nullità della convenzione.

4.9. Non può pertanto condividersi, oggi, la tesi che individua l'oggetto del processo in una *Rechtsfrage*, il cui oggetto è rappresentato dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio.

4.9.1. Essa appare, difatti, in contrasto con gli stessi valori predicati da questa Corte con la più volte ricordata sentenza di cui a Cass. 23726/2007, che calò definitivamente la scure dell'inammissibilità sulla domanda frazionata di un credito anche non risarcitorio dell'attore, derivante da un unico rapporto obbligatorio.

Valori a suo tempo individuati nelle regole oggettive di correttezza e buona fede, nei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, nel canone del giusto processo di cui al novellato art. 111 Cost.

Anche il diritto potestativo (all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione del contratto) postula come oggetto necessario l'esistenza (degli effetti) dell'atto (il

che, come si dirà, non consente di ritenere ammissibile la coesistenza della nullità e dell'annullabilità rispetto a una medesima fattispecie). E ciò è a dirsi tanto se di diritto potestativo si discorra nella sua forma *sostanziale* quanto se con riferimento a quella del suo *necessario esercizio giudiziale*: la ricostruzione della tutela costitutiva nella ristretta dimensione del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, è destinata a infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiari, in sede tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi.

4.10. Non si intende in tal guisa pervenire a un incondizionato accoglimento del principio del giudicato implicito sul dedotto e deducibile, sempre e comunque predicabile, *quoad effecta*, in relazione a qualsiasi vicenda di impugnativa negoziale.

Il correttivo fondamentale di tale opzione ermeneutica è difatti rappresentato, tra l'altro (e non solo), ***dal dovere del giudice di rilevare una causa di nullità negoziale, e di indicarla alle parti, lungo tutto il corso del processo, fino alla sua conclusione***, attivando tale speculare potere rispetto a quello delle stesse parti di decidere della sorte del rapporto fondamentale, con scelte che non risulteranno prive di conseguenze processuali per quei soggetti del processo colpevolmente inerti, o callidamente silenti.

5. I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO – L'ORDINE LOGICO DELLE QUESTIONI

5.1. La questione dell'oggetto del processo è strettamente connessa a quella dell'***oggetto del giudicato e dei suoi limiti***.

E' espressa la segnalazione in tal senso contenuta in una delle due ordinanze di rimessione, che chiede al collegio di pronunciarsi in ordine alla *individuazione delle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del c.d. giudicato implicito esterno riguardante la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione rispetto alla successiva azione di nullità concernente lo stesso contratto*.



5.2. Il tema dell'oggetto del giudicato si estende, come noto, a quello **del giudicato implicito**, i cui problematici confini non possono essere analiticamente esaminati in questa sede.

5.2.1. Per quanto qui di rilievo, va osservato come, al di là delle varie posizioni assunte dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza di questa Corte, il nostro ordinamento positivo non riconosca cittadinanza all'idea di un giudicato implicito che postuli il rigoroso e ineludibile rispetto dell'ordine logico-giuridico delle questioni.

5.2.2. L'ordinanza interlocutoria n. 16630/2013 ritiene, difatti, di non prestare piena adesione al principio di diritto affermato nella sentenza n. 14828 del 4 settembre 2012, ove, per un verso, si sostiene che, poiché 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, previa instaurazione del contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso; e, per altro verso, si opina che il medesimo giudice di merito possa accertare la nullità *incidenter tantum* senza effetto di giudicato, a meno che non sia stata proposta la relativa domanda, pervenendo, tuttavia, alla conclusione che il giudicato implicito sulla validità del contratto si forma tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito.

E' quanto risulterebbe verificabile anche nell'ipotesi, oggetto della presente controversia, di rigetto della domanda per effetto della "ragione più liquida", ovvero in conseguenza **dell'esame esclusivo** di una questione assorbente, idonea, di per sé sola, a sorreggere la decisione e tale da non richiedere alcuna valutazione sulle questioni concernenti l'esistenza e la validità del contratto.

L'ordinanza interlocutoria sollecita invece una ulteriore e più attenta riflessione sul problema se sia o meno possibile rimettere in discussione la validità di un contratto dopo che, in una precedente causa promossa per ottenerne la sua risoluzione (ma analogo quesito è da porsi per le ipotesi di annullamento e di rescissione), il giudice si sia comunque pronunciato nel merito, in assenza di qualsivoglia indagine su un'eventuale invalidità del contratto stesso, senza che la relativa sentenza sia successivamente impugnata.

5.2.3. Si ritiene di generale applicazione il principio secondo il quale l'autorità del giudicato, tendente a impedire un *bis in idem* e un eventuale contrasto di



45

pronunce, copre il dedotto e il deducibile, vale a dire non solo le ragioni giuridiche dedotte in quel giudizio, ma anche tutte le altre, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali, benché non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere.

Questo principio di creazione giurisprudenziale rispetta in modo rigoroso l'ordine logico-giuridico delle questioni, portandolo alle sue conseguenze estreme.

Esso poggia sul seguente argomento logico: se il giudice si è pronunciato su di un determinato punto, ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso.

5.2.4. La dottrina offre del fenomeno una lettura parzialmente diversa.

Quanto alle questioni pregiudiziali di merito, si osserva da più parti che esse sono coperte dal giudicato solo se, per legge o per volontà delle parti, il giudice vi abbia esteso la sua diretta cognizione: diversamente, si tratterebbe di valutazioni rilevanti *incidenter tantum*.

Secondo altra impostazione, sarebbe sempre e comunque coperta dal giudicato la cd. "pregiudizialità logica" (distinta da quella c.d. "tecnica"), che comprende tutte le questioni le cui soluzioni non coerenti con la decisione sul merito ne avrebbero impedito la pronuncia.

Altri, infine, sulla premessa che proprio il rilievo della piena autosufficienza del giudicato esplicito renderebbe inutile la stessa nozione di giudicato implicito, ha messo in discussione la stessa configurabilità di pronunce implicite. In tal senso si è sostenuto che la decisione del giudice "è quella che è, e non quella che sarebbe dovuta essere: se il giudice, dovendo pronunciarsi su un certo requisito, non lo fa, dire che sul punto egli ha emesso una decisione implicita, rappresenta, con ogni evidenza, nient'altro che una finzione; in realtà, l'unica cosa che può correttamente affermarsi è che egli non ha deciso affatto".

L'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su un determinato punto ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, pur apparendo persuasivo, va opportunamente temperato.

Non sempre il rispetto dell'ordine logico nella trattazione delle questioni esprime una scelta di efficienza e di coerenza processuale: l'efficienza, la stabilità e la definitiva strutturazione di una decisione dipende invece dal tipo di controversia e

dal tipo di decisione che il giudice intende adottare, e costituisce un valore pregnante, ma non assoluto, delle decisioni stesse.

5.2.5. Non bisogna, pertanto, sovrapporre la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice con il quadro logico della decisione complessivamente adottata in esito ad esse, all'interno delle quali si collocano i passaggi che portano alla decisione finale.

L'ordine di trattazione delle questioni va infatti distinto dall'ordine di decisione delle stesse.

Il principio trova conferma nel diritto positivo: sia l'art. 276, secondo comma c.p.c., sia l'art. 118, secondo comma delle disposizioni di attuazione – del quale le modifiche originariamente apportate dall'art. 79 del D.L. 69/2009 sono state poi soppresse in sede di conversione – disciplinano rispettivamente l'attività del collegio e la struttura della motivazione del provvedimento decisorio finale, a conferma della correlazione tra ordine delle questioni e struttura della decisione.

Più in generale, anche a voler prescindere dal dato normativo, non sembra discutibile che il nostro ordinamento processuale contempli un modello di trattazione unitaria, in cui esame sul rito e trattazione del merito si svolgono all'interno dell'unico processo.

Una indicazione in tal senso si ricava dall'art. 187, secondo comma c.p.c., che consente la rimessione in decisione della causa in presenza di una questione preliminare di merito: né risulta che, a tal fine, il giudice debba avere previamente accertato l'esistenza dei requisiti processuali.

Le questioni preliminari di merito si modulano, invece, assai diversamente dalle pregiudiziali di rito, sempre avuto riguardo al tema dell'ordine logico-giuridico delle questioni, nel senso che non sempre soggiacciono a una rigorosa sequenza logica di trattazione e decisione. L'ordine col quale il giudice ritiene di esaminare e decidere ciascuna di esse in rapporto al medesimo *petitum* (inteso come bene della vita) deve essere stabilito caso per caso, alla ricerca di un equilibrio tra la discrezionalità di scegliere le questioni da trattare anche in ragione della necessità o meno di istruttoria (e quindi in funzione del principio di economia processuale che sostiene il c.d. canone della ragione più liquida) e il principio dispositivo che permea di sé il processo civile.



Pertanto, il giudice deve rigettare *sic et simpliciter* la domanda se la ragione che fonda la decisione non esige alcuna attività istruttoria.

5.3. Alla luce di tali considerazioni, la questione ***dei limiti oggettivi del giudicato*** va affrontata escludendo *in limine* la bontà della tesi, pur suggestiva, che individua nel collegamento dell'art. 1421 con l'art. 2907 c.c. la chiave interpretativa dei rapporti tra nullità e azioni di impugnativa negoziale.

Si sostenuto, con argomentazioni assai persuasivi, che proprio la norma di cui all'art. 2907 primo comma c.c., nel prevedere una deroga al principio della domanda e nell'imporre al giudice l'obbligo di pronunciare (nei casi tassativamente previsti dalla legge) senza impulso di parte, e al di là dei limiti della domanda stessa, consentirebbe, in considerazione degli interessi superindividuali protetti dalla nullità, una pronuncia *ex officio* di quel vizio genetico, pur in assenza di espressa domanda.

Si eviterebbe così la dissonanza logica e cronologica tra *rilevazione, dichiarazione* della nullità ed *effetto di giudicato* della relativa pronuncia.

5.3.1. Ma si è altrettanto efficacemente replicato in proposito che la statuizione dell'art. 2907 c.c. riconduce la rilevazione officiosa ai casi in cui il giudice può prendere l'iniziativa ***per una pronuncia estranea*** al processo in corso (com'era previsto per l'art. 8 l. fall. *ante* riforma del 2006), quando, cioè, l'impulso d'ufficio non è richiesto per risolvere il merito ***di quella stessa controversia***.

Essa non è dunque riferibile al distinto problema dei poteri del giudice relativi alla controversia promossa dalla parte.

Inoltre, sul piano degli strumenti processuali, altro è rilevare la nullità, altro è dichiararla con effetto di giudicato.

5.3.2. Il legislatore, configurando la nullità come oggetto di un'eccezione in senso lato ("il giudice può rilevare d'ufficio"), *non l'ha ritenuta meritevole di un'autonoma iniziativa officiosa volta ad un suo pieno accertamento sempre e comunque con effetto di giudicato, pur nel silenzio delle parti*, anche se ha nel contempo escluso ogni diretta e immediata correlazione tra l'art. 1421 c.c. e gli artt. 99 e 112 c.p.c.

5.4. Oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili.



48

Gli stessi autori che ne propugnano l'assoluta identità convengono poi con l'affermazione secondo cui la reale portata del giudicato, soprattutto in caso di *pronuncia di rigetto*, è determinata dai motivi della decisione, ove la controversia abbia riguardato esclusivamente un segmento del più ampio rapporto sostanziale (l'esemplificazione più significativa è quella della domanda di condanna al pagamento di una singola rata, pur oggetto di un più ampio rapporto contrattuale).

La pronuncia di rigetto fondata esclusivamente su motivi attinenti a tale limitata frazione del rapporto (rata non scaduta ovvero non dovuta o prescritta) induce anche i fautori dell'assoluta corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato a ritenere che *non si sia in presenza di alcuna statuizione vincolante* sulla esistenza/inesistenza del rapporto sostanziale, restando tale più vasta questione "assorbita" nel limitato *decisum* del caso di specie.

5.4.1 L'affermazione va condivisa, con la conseguenza che la perfetta corrispondenza, sempre e comunque, tra gli oggetti, rispettivamente, *della domanda, del processo e del giudicato*, non appare, ancor oggi, predicabile *tout court* in assenza di una esplicita previsione legislativa in tal senso.

Se oggetto della domanda (e del processo) sarà sempre il *petitum* sostanziale e processuale dedotto dall'attore (il pagamento della singola rata dell'obbligazione), anche se *ab initio* riferito, *ipso facto*, alla sua *causa petendi* (il negozio sottostante) – il che obbliga il giudice, pur in assenza di eccezione di parte, a rilevare ex officio eventuali profili di nullità della situazione giuridica sostanziale sottesa alla domanda stessa, valutata nella sua interezza (e cioè del negozio/rapporto sottostante) – non può escludersi che, proprio in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, quel processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale, con una pronuncia fondata **sulla ragione più liquida di rigetto della domanda** (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell'esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria.

Proprio la facoltà del giudicante di definire il processo celermente, sulla base della ragione più liquida (criterio di cui meglio si dirà in prosieguo) impedisce di affermare la perfetta sovrapponibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato.

5.5. Su tali premesse riposa la risposta alla questione del giudicato implicito sulla "non nullità" negoziale, di cui si rintraccia un sintetico riferimento nella sentenza 14828/2012.

Si è rilevato nell'ordinanza di remissione come non appaia del tutto coerente ritenere nel contempo che, in caso di rilevazione e trattazione della questione pregiudiziale sulla nullità del contratto, su di essa non si possa formare il giudicato "a tutti gli effetti", se non quando sia stata all'uopo proposta espressa domanda di accertamento incidentale ex art. 34, ma che, in caso di rigetto della domanda di risoluzione riconducibile all'accertamento in ordine alla insussistenza dell'inadempimento (o della sua gravità), ciò precluda irrimediabilmente successive azioni volte a far dichiarare la nullità di quel medesimo contratto.

L'aporia potrebbe, peraltro, risultare soltanto apparente.

Si legge al punto 2.4 della sentenza del 2012, che *il giudicato implicito **sulla validità** del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass. S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, **con esclusione** delle sole decisioni che **non contengano statuizioni** che implicano **l'affermazione della validità** del contratto.*

5.6. Il principio di diritto così esposto è stato interpretato da autorevole dottrina nel senso che, ove la motivazione sulla nullità, pur potendo, nessun problema si ponga e nulla dica (accogliendo o respingendo per altre ragioni la domanda proposta), ebbene allora e solo allora essa avrebbe l'attitudine a un giudicato di merito "a monte" sulla questione pregiudiziale del rapporto fondamentale, risultandone così accertata la non nullità del contratto nel suo complesso, anche in vista di ogni successiva e diversa lite e vicenda processuale.

La locuzione finale che si legge al punto 2.4. della sentenza poc'anzi ricordata (forse poco esplicita, perché permeata dell'eco della giurisprudenza formatasi sul giudicato implicito sulla giurisdizione, e dunque su di un giudicato processuale e non di merito), scomposta e semplificata, sembra invece significare che la

formazione del giudicato implicito sulla validità del contratto **è esclusa** per quelle decisioni **prive** di statuizioni implicanti (e cioè dalle quali implicitamente desumere) l'affermazione **della validità** del contratto.

Dunque, il giudicato implicito sulla non nullità andrebbe a formarsi con riferimento a quelle sole decisioni **contenenti** statuizioni che **implichino** (e dunque non affermino esplicitamente) la ritenuta validità del contratto.

La mancanza di statuizioni da cui ricavare, per implicito, un riconoscimento di validità contrattuale sarebbe, pertanto, ostativa al formarsi del giudicato implicito sulla non nullità del negozio.

5.7. Il tema non si presta a soluzioni generalizzate – e men che meno semplicistiche – , ma evoca la necessità di **una duplice distinzione**, a seconda, cioè, del tipo di sentenza (*di accoglimento o di rigetto*) pronunciata, e del tipo di comportamento (*mancata rilevazione, ovvero rilevazione senza dichiarazione in sentenza*) tenuto dal giudice nell'estensione della motivazione.

La questione andrà approfondita, ai fini che occupano il collegio, nel prosieguo della motivazione.

5.8. Così individuati i confini tra oggetto del processo e oggetto del giudicato, costituisce ulteriore e specifico tema di indagine la questione **dell'idoneità della pronuncia resa in seguito ad un'azione di impugnativa negoziale a divenire cosa giudicata**.

La giurisprudenza di questa Corte, con due delle pronunce che, più di altre, l'hanno affrontata *funditus*, si è espressa in modo non del tutto consonante.

5.8.1. Si legge in Cass. n. 6170 del 2005 che, a norma dell'art. 1421 cod. civ., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche quando sia stata esperita un'azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto, e deve procedere all'accertamento incidentale relativo a una pregiudiziale in senso logico-giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio), **accertamento idoneo a divenire cosa giudicata, con efficacia pertanto non soltanto sulla pronunzia finale ma anche (e anzitutto) circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda**.

La sentenza, dopo avere distinto tra questioni pregiudiziali in senso tecnico e questioni pregiudiziali in senso logico – definendo queste ultime come quelle

relative ai fatti costitutivi del diritto che si fa valere davanti al giudice – limita l'applicazione dell'art. 34 c.p.c. alle sole questioni pregiudiziali in senso tecnico. Con riferimento ai punti pregiudiziali in senso logico, viceversa, l'efficacia del giudicato coprirebbe, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenti come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (il c.d. giudicato implicito).

La maggiore e più rilevante novità di questa pronuncia, rispetto ad altre decisioni che pure si erano discostate dall'orientamento dominante sul tema della disomogeneità funzionale dell'azione di adempimento rispetto a quelle di risoluzione rescissione ed annullamento, risiede proprio nell'affermazione dell'efficacia di giudicato dell'accertamento incidentale della nullità.

A fondamento di tale conclusione, il collegio fece ricorso all'argomento cd. *per inconveniens*, costituito dal fatto che, a voler escludere il giudicato sull'accertamento della nullità, la parte che ha visto respingere la propria domanda di risoluzione per inadempimento a causa della nullità del contratto potrebbe essere a sua volta convenuta per l'adempimento, correndo in tal modo il rischio di una differente valutazione da parte del giudice della nuova causa, senza potere riproporre a sua volta la domanda di risoluzione.

5.8.2. In senso sostanzialmente opposto, Cass. n. 11356 del 2006 osserverà che la pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non più soggetta a impugnazione non costituisce giudicato implicito – con efficacia vincolante nei futuri giudizi – là dove del rapporto che ne costituisce il presupposto logico-giuridico non abbiano costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione del contratto. Con la conseguenza che la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione adottata sulla base del principio della c.d. "ragione più liquida", ovvero emessa in termini meramente apodittici, senza un accertamento effettivo, specifico e concreto del rapporto da parte del giudice, al punto da risultare evidente il difetto di connessione logica tra dispositivo e motivazione, non preclude la successiva proposizione di una domanda di nullità del contratto, in quanto in tal caso si fanno valere effetti giuridici diversi e incompatibili rispetto a quelli oggetto del primo accertamento, sicché, trattandosi di diritti eterodeterminati (per l'individuazione dei quali è

necessario, cioè, fare riferimento ai fatti costitutivi della pretesa che identificano diverse *causae petendi*), non può ritenersi che all'intero rapporto giuridico, ivi comprese le questioni di cui il primo giudice non abbia avuto bisogno di occuparsi per pervenire alla pronunzia di rigetto, il giudicato si estenda in virtù del principio secondo cui esso copre il dedotto ed il deducibile.

Nella sentenza è ben chiara la contemporanea necessità di garantire una inevitabile estensione oggettiva all'accertamento giurisdizionale e di armonizzare la pronuncia con i confini tracciati dalla domanda concretamente dedotta nel processo (armonizzazione chiovendiana, volta ad un accertamento giurisdizionale vertente sul singolo diritto fatto valere come *petitum*) e avverte come la radicalizzazione della questione possa condurre a conseguenze eccessive, chiarendo che, se un'estensione della portata oggettiva del giudicato trova fondamento nell'esigenza di evitare la formazione di decisioni definitive contrastanti, di pari dignità appariva l'esigenza di evitarne una dilatazione eccessiva limitando il portato del deducibile.

La seconda pronuncia della Corte appare condivisibilmente rivolta alla ricerca di soluzioni non meccanicistiche, e per quanto possibile equilibrate. L'accertamento vincola in altri processi se le parti lo hanno voluto, nel rispetto del principio dispositivo, ovvero se, nel nuovo processo, si discuta di un effetto giuridico non solo dipendente, ma inscindibilmente legato per ragioni di funzionalità sostanziale con l'effetto su cui si è già deciso. Solo questi "nessi di senso giuridico inscindibile" – ad esempio, il valore biunivoco del sinallagma – esigono non tanto un accertamento incidentale *ex lege*, quanto piuttosto un *vincolo selettivo* al motivo portante della prima decisione (soluzione che riecheggia da presso la teoria Zeuneriana *del vincolo al motivo portante*, di cui autorevole dottrina si è fatta sostenitrice in Italia).

5.9. E' indiscutibile che il sintagma "limiti oggettivi del giudicato", specie se riferito a rapporti cd. complessi, evochi situazioni in cui il *petitum* del processo sia parte di un rapporto giuridico più ampio, e, alla luce di quanto sinora esposto, la soluzione da offrire al tema delle impugnative negoziali non può prescindere dalla necessità di evitare una disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale irredimibilmente unitaria.

E' altrettanto certo che il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato hanno a loro volta dignità di *Generalklauseln* nel processo civile.

5.10. La complessa questione è destinata a ricevere soddisfacente soluzione alla luce dell'(ancor più valorizzato in sede legislativa con la riforma del 2009) **obbligo del giudice di provocare il contraddittorio** sulle questioni rilevabili d'ufficio **per tutto il corso del processo** (per quel che qui interessa, di primo grado).

Un obbligo che trova il suo diacronico fondamento normativo nel combinato disposto delle norme di cui **agli artt. 183 comma IV, 101 comma II c.p.c., 111 Cost.**

5.10.1. L'intervento legislativo del 2009, con la nuova formulazione dell'art. 101 comma 2, non dovrebbe consentire dubbi di sorta: il giudice ha l'obbligo di rilevare la nullità negoziale non soltanto nel momento iniziale del processo, ma durante tutto il suo corso, fino al momento della precisazione delle conclusioni.

E sulla rilevanza di tale obbligo, già l'art. 124 del codice di procedura penale del 1988 parve esprimere un più generale principio dell'intero universo processuale, non limitato al solo settore penale: l'obbligo pur non cogente dei magistrati di osservare le disposizioni codicistiche anche quando l'inosservanza non comportava alcuna sanzione di nullità, o altra sanzione processuale.

5.10.2. Quanto al contenuto ed alla portata precettiva dell'art. 111 della Carta fondamentale, è stato recentemente osservato da queste stesse sezioni unite (Cass. ss. uu. ord. 10531/2013) come il principio della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni in senso lato appaia funzionale ad una concezione del processo forse troppo semplicisticamente definita come pubblicistica, ma che, ad una più attenta analisi, trae linfa applicativa proprio nel valore di *giustizia* della decisione (lo stesso testo dell'art. 183, nel disegno di legge originario, prevedeva la possibilità di modificare la domanda solo tenendo ferma l'allegazione dei fatti storici, ma la formula venne abbandonata proprio per la rigidità che avrebbe conferito al sistema, ostacolando ogni allegazione nuova, ancorché volta a valorizzare risultanze acquisite agli atti). Per altro verso, l'introduzione di un sistema rigido di preclusioni ha reso più vivo il senso dell'obbligo del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, obbligo che si traduce in una tecnica di conduzione del processo che ne impone oggi la indicazione ben prima del maturare delle

preclusioni istruttorie - che prima dell'introduzione del secondo comma dell'art. 101 sembravano porsi come assolutamente ostative a un ampliamento del *thema decidendum*.

5.11. All'interrogativo circa i rapporti che, all'esito della rilevazione officiosa del giudice, corrono tra la domanda di nullità proposta dalla parte e quella originaria, è agevole rispondere come poco rilevante sia discorrere di *mutatio libelli* vietata ovvero di *emendatio* consentita.

Di per sé considerata, la domanda di nullità riveste un indiscutibile carattere **di novità**, se diviene oggetto di una richiesta di accertamento a seguito del rilievo officioso del giudice.

Ma tale *novum* processuale non potrà più esser destinato a cadere sotto la scure delle preclusioni imposte dall'art. 183 c.p.c. *post* riforma del 1995. Non si tratta, infatti, di consentire all'istante una tardiva resipiscenza processuale, bensì di riconoscere un senso ad un itinerario processuale che, nell'ambito della corretta dialettica tra le parti e il giudice, consente di pervenire a un effettivo e definitivo accertamento in relazione a una questione emersa per la prima volta, sia pur *ope iudicis*, in una qualsiasi fase del giudizio.

5.11.1. Sarebbe, d'altronde, un evidente paralogismo ritenere tempestiva una domanda nuova quando tale esigenza nasca dalla riconvenzionale o dalle eccezioni sollevate dal convenuto, e non anche quando essa tragga origine da una rilevazione officiosa obbligatoria (si badi, oggi a pena di nullità della sentenza), imposta al giudice a fini di completezza dell'accertamento e di giustizia della decisione lungo tutto il corso del processo di primo grado, anche in attuazione di evidenti esigenze di economia processuale.

5.11.2. E se la rilevazione d'ufficio della nullità realizza tra i suoi principali effetti l'instaurazione del contraddittorio, sembra assai arduo sostenere che tale stimolo officioso non possa risolversi nella ammissibilità della formulazione delle corrispondenti domande anche oltre il limite degli atti introduttivi.

All'esito della rilevazione officiosa in sede di riserva della decisione, l'attore avrà ben più interesse a proporre (anche in via incidentale) una domanda di accertamento, anziché limitarsi a illustrare le eventuali ragioni che, a suo giudizio, depongono nel senso della validità del contratto. Ne deriva che, se la nullità venisse poi esclusa dal giudice nel provvedimento decisorio finale di merito, egli si

troverebbe a disporre di un accertamento di non-nullità dell'atto (idoneo a diventare cosa giudicata) opponibile al convenuto in qualsiasi altra occasione, mentre la dichiarata nullità del contratto a seguito di domanda di accertamento (pre)costituirebbe un titolo idoneo a paralizzare eventuali, successive pretese del convenuto fondate su quel medesimo contratto.

5.11.3. Il nuovo art. 101 comma 2 conferma tale conclusione e impone una interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domanda di nullità (e spiegare la conseguente attività probatoria) all'esito della sua rilevazione officiosa nel corso di giudizio sino alla precisazione delle conclusioni.

5.11.4. E' questo l'unico possibile significato da attribuire al sintagma "memorie contenenti osservazioni sulla questione", oltre a quello di consentire al giudice una migliore ponderazione della rilevanza assorbente della stessa nella decisione della causa. Ché, se il contenuto di tali memorie dovesse limitarsi a un'attività solo assertiva (come quella riservata, invece, all'interveniente adesivo dipendente, ex art. 268 c.p.c.: Cass. n. 15787 del 2005), si tornerebbe, in buona sostanza, alle sentenze "della terza via" ante-riforma, poiché quelle "osservazioni" non risulterebbero in alcun modo funzionali a coniugare il diritto di difesa delle parti con quelle esigenze di economia processuale che costituiscono, invece, la *ratio* dell'art. 101 comma 2.

5.11.5 La norma di cui si discorre consente, invece, una proposizione formalmente "tardiva" della domanda di accertamento.

5.11.6. Così rettammente interpretato il nuovo itinerario endoprocessuale disegnato dalla riforma del 2009, perdono in larga misura di significato molte delle riserve e delle obiezioni mosse all'idoneità di una pronuncia a costituire cosa giudicata anche a prescindere dalle conclusioni rassegnate dalle parti, e salvo le eccezioni che di qui a poco si esploreranno.

5.12. Non sembra, peraltro, che tale facoltà sia destinata ad operare in guisa **di conversione**, sia pure consentita *ex lege*, della domanda originaria, ponendosi piuttosto una questione di ordine decisorio tra domande.

5.12.1. La parte, difatti, potrà:

- **rinunciare** alla domanda originaria e coltivare la sola *actio nullitatis*, così che non di conversione né di modificazione della domanda originaria par

lecito discorrere, ma di vera e propria autonoma domanda di accertamento conseguente al rilievo officioso del giudice.

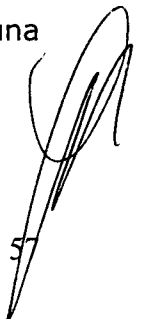
- **coltivare entrambe le istanze**, mantenendo ferma, a fianco alla domanda di accertamento (principale o incidentale ex art. 34), quella inizialmente proposta (adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento, revoca, scioglimento del contratto), per l'ipotesi che l'accertamento della nullità dia esito negativo, e che il contratto risulti infine valido, una volta espletata l'istruzione probatoria indotta dall'attività di rilevazione *ex officio*. Anche in tal caso, si assisterà ad un fenomeno non già di conversione, ma **di cumulo** (subordinato o alternativo) di domande – così che, evaporata la questione di nullità, il giudice dovrà pur sempre decidere della domanda originaria.

5.13. Perde così definitivamente di consistenza la questione della **novità** della domanda di accertamento della nullità, novità che, in dottrina, viene opportunamente esclusa anche "in virtù della sua forte portata sistematica". La ammissibilità della sua proposizione risulta, difatti, del tutto speculare alla (eventuale) tardività della rilevazione *officio iudicis*, poiché da essa finisce per trarre legittimità e fondamento. E altrettanto opportuna appare la riflessione secondo cui la questione non è rappresentata dalla novità, quanto dalla "complanarità" tra domande conseguenti ad una questione pregiudiziale rilevata *ex officio*.

5.13.1. L'efficacia del contemperamento tra attività officiosa di rilevazione/dichiarazione della nullità da parte del giudice, poteri delle parti ed idoneità all'effetto di giudicato della pronuncia si coglie, su di un piano effettuale, anche **sotto il profilo della trascrizione**.

5.13.2. Proprio dalla disciplina dell'istituto di pubblicità dichiarativa può desumersi il diverso interesse delle parti a introdurre o meno una domanda, incidentale o principale, di accertamento della nullità a seguito della relativa rilevazione officiosa.

Anche nei casi in cui la nullità dichiarata nella motivazione della decisione sia "catturata" nella regiudicata, ciò non significa che essa sarà opponibile indifferentemente a tutti i terzi, atteso che il regime di opponibilità varia a seconda che un vizio del contratto sia fatto valere mediante la proposizione di una domanda (anche riconvenzionale) ovvero in via di eccezione o d'ufficio.



5.13.3. L'art. 2652 cod. civ., nel disciplinare la trascrizione delle domande giudiziali, prevede l'operare della efficacia del meccanismo pubblicitario c.d. prenotativo nel solo caso della sentenza **che accoglie** la domanda - mentre le dichiarazioni giudiziali di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione o revoca sono soggette, ai sensi dell'art. 2655 cod. civ., *a semplice annotazione in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto*, con effetto *a valere dal momento della formalità*.

Pertanto, se l'attore abbia domandato la risoluzione/rescissione/annullamento del negozio, ma il giudice, accertata d'ufficio la nullità del contratto, **rigetti** la domanda, il conflitto fra l'attore e i terzi aventi causa dalla parte convenuta (che *medio tempore* abbiano acquistato un diritto incompatibile con quello dell'attore), quand'anche abbiano trascritto il loro titolo *dopo la trascrizione della domanda originaria*, viene risolto a favore degli aventi causa dal convenuto, a differenza di quanto accadrebbe in caso di sentenza di accoglimento. L'accertamento d'ufficio della nullità, pur ammettendone la "annotabilità" ex art. 2655 cod. civ. (la norma discorre, difatti, genericamente, di sentenza dichiarativa di atto nullo) non sarà comunque loro opponibile. In tal caso, al soggetto interessato a rendere opponibile la nullità del contratto in parola a tali terzi non resterebbe che proporre in un nuovo giudizio una domanda di accertamento della nullità, facendo valere il giudicato implicito che si è formato nel precedente giudizio in forza del rilievo d'ufficio e avendo cura di trascrivere tale domanda non oltre cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo (ex art. 2652, n. 6, cod. civ.). Appare allora evidente l'ulteriore profilo di interesse della parte a chiedere al giudice l'accertamento della nullità con effetto di giudicato sul punto nel primo processo, onde munirsi di un titolo immediatamente trascrivibile: il verbale o l'atto processuale contenente la domanda così formulata nel corso del processo sarebbe, difatti, trascrivibile quale "domanda diretta a far dichiarare la nullità" dell'atto trascritto.

5.14. Prima di trarre conclusioni definitive sull'idoneità all'effetto di giudicato della pronuncia che abbia rilevato una causa di nullità negoziale dichiarandola nella sentenza - del tutto analogo è il discorso con riferimento all'ordinanza ex art. 702-ter c.p.c. -, è necessario interrogarsi sui **rapporti tra giudicato implicito e ordine logico delle questioni di merito**.

5.14.1. La rilevanza degli aspetti strutturali di una decisione – e conseguentemente dell'ordine di trattazione delle questioni – va apprezzata ancora una volta con uno sguardo di sistema, che vede il processo civile scandire il suo itinerario dai principi di conservazione, conseguimento dello scopo, economicità, ai quali si affiancano le regole sulle preclusioni e l'acquiescenza, nel rispetto dei canoni costituzionali di giustizia (giusto processo e giusta decisione), di ragionevole durata, di rispetto del contraddittorio.

Il legislatore non lascia il giudice privo di riferimenti normativi.

Le regole maggiormente significative al riguardo vanno desunte dagli artt. 132, 276, 277 e 279 c.p.c., nonché 118 e 119 delle relative disposizioni di attuazione.

Si noterà come la legge pare indicare un ordine preciso nella trattazione delle questioni: l'approccio per fasi alla decisione finale è direttamente scandito dall'art. 276 (*deliberazione*), ma è desumibile anche dall'art. 279 (*forma dei provvedimenti del collegio*, anche se la rubrica suona al giorno d'oggi al tempo stesso anacronistica e recessiva).

5.14.2. Com'è noto, tale ordine prevede l'esame dapprima delle questioni pregiudiziali, poi del merito della causa (art. 276, secondo comma); fra le prime, la precedenza è accordata alle questioni relative alla giurisdizione e alla competenza, poi alle pregiudiziali di rito, indi alle preliminari di merito, infine al merito in senso stretto (art. 279, primo comma, nn. 1, 2 e 3).

5.14.3. La previsione di un tale ordine non è mai stata ritenuta espressione della imposizione di una sequenza obbligata dalla quale il giudice non possa discostarsi in base alle esigenze volta a volta emergenti.

Anche il più logico dei criteri assunti può dover essere adeguato alla fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Ne risulta confermata la tesi secondo cui, se, in linea generale, è indubbio che le questioni pregiudiziali (o impedienti o assorbenti) debbano essere esaminate prima di quelle da esse dipendenti, i parametri operativi ben possono essere molteplici, e quell'ordine è suscettibile di essere sovvertito.

Tali parametri sono costituiti dalla **natura della questione**, dalla sua **idoneità a definire il giudizio**, dalla sua **maggiore evidenza (c.d. liquidità)**, dalla sua **maggiore preclusività**, dalla **volontà del convenuto**.

5.14.4. Non è questa la sede per indagare *funditus* sulle formule *pregiudizialità* e *preliminarità*. E' sufficiente distinguere, per quanto è qui di interesse, tra questioni riguardanti il rito e questioni attinenti alla fattispecie sostanziale dedotta in giudizio, aventi ad oggetto sia elementi estintivi, modificativi, impeditivi, sia elementi relativi alla integrità della fattispecie stessa.

La risoluzione delle prime è funzionale a eliminare gli *impedimenti* che si frappongono all'accertamento della fondatezza della domanda. Le seconde svolgono una funzione strumentale e preparatoria.

5.14.5. Sotto tale profilo, la *pregiudizialità* delle questioni processuali assume un significato diverso da quella delle questioni di merito. La base positiva è offerta non soltanto dagli art. 187, secondo e terzo comma, e 279, secondo comma, ma soprattutto dall'art. 276, secondo comma, c.p.c., ai sensi del quale «*il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa*».

La disposizione è riferita non solo alla ipotesi di rimessione in decisione ad istruttoria completa, ma anche a quella provocata da una questione preliminare di merito, se l'art. 189, secondo comma dispone che «*la rimessione investe il collegio di tutta la causa, anche quando avviene a norma dell'art. 187, secondo e terzo comma*».

La necessità di rispettare l'ordine delle questioni *rito/merito* ha, così, quale unica conseguenza la inammissibilità di un rigetto della domanda sia per motivi di rito che di merito: dall'avvenuta verifica della insussistenza del requisito processuale discende sempre l'impossibilità di pervenire anche ad una statuizione sul merito.

5.14.6. L'assunto della inossidabile primazia del *rito* rispetto al *merito* va poi disatteso alla luce di una recente giurisprudenza di questa stessa Corte (*ex aliis*, Cass. ss.uu. 15122/2013), evocativa del pensiero di autorevole dottrina.

5.14.7. Maggiore liquidità della questione significa, in particolare, che, nell'ipotesi del rigetto della domanda, occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito. Alla base di tale criterio – inutile sottolinearlo ancora – vi è un'evidente esigenza di *una maggiore economia processuale*, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione.

Così riducendo i tempi del processo.

5.14.8. Maggiore preclusività della questione equivale a sua volta ad *una migliore economia processuale*: tra più ragioni di rigetto della domanda, il giudice dovrebbe optare per quella che assicura il risultato più stabile (tra un rigetto per motivi di rito e uno per ragioni afferenti al merito, il giudice dovrebbe scegliere il secondo).

5.14.9. Volontà del convenuto sarà, di regola, quella volta a ottenere una pronuncia di rigetto che sia quanto più preclusiva di altri giudizi, al fine di non vedersi esposto alla reiterazione di pretese da parte dell'attore, anche se tale regola conosce una importante variabile, rappresentata proprio dalla rilevabilità d'ufficio di una determinata questione: in tal caso, infatti, non basterebbe la volontà del convenuto ad invertire l'ordine logico delle questioni, attraverso la richiesta di subordinazione dell'una all'altra.

5.15. La rilevazione officiosa della nullità da parte del giudice non è, quindi, soggetta ad alcun vincolo preclusivo assoluto, quanto alla sua trattazione ed al relativo ordine che ne consegue.

5.16. *All'esito della ricognizione che precede, possono affermarsi i seguenti principi:*

- ***La nullità deve essere sempre oggetto di RILEVAZIONE/INDICAZIONE da parte del giudice;***
- ***La nullità può essere sempre oggetto di DICHIARAZIONE/ACCERTAMENTO da parte del giudice;***
- ***L'espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza sarà idoneo a produrre, anche in assenza di un'istanza di parte (domanda o accertamento incidentale) L'EFFETTO DI GIUDICATO sulla nullità del contratto in mancanza di impugnazione sul punto;***
- ***La mancanza di qualsivoglia rilevazione/dichiarazione della nullità in sentenza è idonea, in linee generali ma non in via assoluta, e non senza eccezioni – come di qui a breve si dirà – a costituire GIUDICATO IMPLICITO SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO.***

6. LA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLE AZIONI DI IMPUGNATIVA NEGOZIALE



6.1. Prima di procedere alla elaborazione di una sorta di "quadro sinottico" (*infra, sub 7*) delle diverse ipotesi in cui la nullità negoziale rileva e spiega influenza in seno al processo, è necessario affrontare il tema dei rapporti (di omogeneità ovvero di eterogeneità) tra tutte le azioni di impugnativa negoziale.

6.1.1. La giurisprudenza di questa Corte, benché non sempre consapevolmente, ne ha quasi sempre accomunate le sorti, anche se la sentenza 14828/2012, sia pur soltanto a livello di *obiter dictum*, sembrò voler indicare, più pensosamente, la strada di una possibile differenziazione tra azioni di adempimento e di risoluzione da un canto, e azioni cd. "demolitorie" (rescissione, annullamento) dall'altro.

6.2. L'utilità sistematica di una soluzione predicativa **dell'omogeneità funzionale e di disciplina tra tutte le azioni di impugnativa negoziale** si desume, peraltro, dalla analisi dei rispettivi caratteri morfologici, da esaminarsi (anche) sul piano sostanziale, come emergerà dalle considerazioni che seguono.

a) L'azione di risoluzione

6.3. Con il *revirement* di cui a Cass. ss.uu. 14828/012 si ammette in via definitiva il potere/dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità in presenza di un'azione di risoluzione contrattuale, e si mette a nudo il fraintendimento determinato *in parte qua* dalla pretesa violazione dei principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, valorizzando *ad abundantiam*, ma del tutto opportunamente, il principio della collaborazione fra il giudice e le parti, sostanzialmente prescritto dall'art. 183 IV comma, oltre che formalmente indicato dall'art. 88 del codice di rito.

6.4. E' convincimento del collegio che tale soluzione sia da confermare *tout court*, specificando che essa deve ritenersi applicabile **a tutte le ipotesi di risoluzione**, e non soltanto a quella per inadempimento, oggetto di esame nella sentenza del 2012.

6.4.1. La rilevazione officiosa della nullità può, infatti, avere ingresso anche nel giudizio avente ad oggetto la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, attesa la facoltà alternativa di *reductio ad aequitatem* riconosciuta, ex art. 1467 comma 3, al contraente interessato comunque alla conservazione del contratto - *reductio* ovviamente non consentita in ipotesi negozio nullo.

La legittimità di tale rilevazione *ex officio* appare altrettanto necessaria in caso di domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, perché se è vero che si è

comunque in presenza di uno scioglimento di diritto del contratto – onde l'automaticità dell'effetto ablativo/liberatorio dovrebbe indurre ad escludere la rilevabilità officiosa – , non è meno vero che l'accertamento della *oggettività* ed *inevitabilità* dell'evento, ovvero dell'eventuale *parzialità* della sopravvenuta impossibilità, o ancora dell'eventuale necessità di individuazione *del momento della specificazione e della consegna della res* e della conseguente traslazione del rischio, potrebbero richiedere lunghi e defatiganti accertamenti processuali, mentre la *quaestio nullitatis* potrebbe essere risolta *de plano* e in tempi assai rapidi.

Né vanno trascurate *le differenze di effetti* costituiti dai profili risarcitori/restitutori delle rispettive declaratorie conseguenti all'uno o all'altro accertamento (si pensi al contratto di prestazione d'opera professionale stipulato tra un ente locale e un progettista, nullo per difetto di forma scritta ma del quale sia chiesta la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dell'*opus publicum*: è evidente che eventuali questioni risarcitorie e/o di indebito arricchimento riceveranno soluzioni diverse a seconda che, di quel contratto, si disponga la risoluzione ovvero si dichiari la nullità).

In tutti i casi di risoluzione contrattuale, inoltre, la incongruità di una soluzione che consenta la risoluzione di un contratto nullo e l'insorgere di un eventuale obbligo ancillare di risarcimento rispetto a un titolo inefficace *ab origine* impone di ritenere sempre e comunque rilevabile *ex officio* la nullità del negozio.

6.5. La questione posta dall'ordinanza di rimessione in ordine ***al giudicato sulla non-nullità negoziale*** merita, invece, una più approfondita riflessione, che condurrà (si anticipa sin d'ora) ad una soluzione che, pur nel solco delle argomentazioni svolte *funditus* dalla sentenza del 14828/2012, in parte dovrà discostarsene.

b) L'annullamento e la rescissione

6.6. Si pone al collegio la ulteriore questione della necessità di procedere, o meno, ad una radicale distinzione tra l'azione di *risoluzione* e le azioni *cd. demolitorie* del vincolo contrattuale rispetto alla rilevabilità *ex officio* della nullità negoziale.

6.6.1. La stessa sentenza del 2012 mostra, difatti, di dubitare, non senza ragione, della correttezza di una soluzione che estenda i principi adottati per l'adempimento e la risoluzione anche a alle azioni di annullamento e di rescissione.

6.6.2. La questione è stata, come già ricordato, oggetto di rimessione a queste sezioni unite.

6.6.3. L'ordinanza interlocutoria n. 21083/2012 muove, difatti, dalla premessa secondo cui, nella sentenza del 4 settembre 2012, n. 14828, si afferma testualmente che la soluzione adottata in tema di risoluzione non sarebbe *con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento*. Aggiunge, in proposito, il collegio remittente che *alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità é doverosa nei casi di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento. La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistono i presupposti per questa equiparazione*.

Con la pronuncia del 2012 si ritenne opportuno - volutamente, nel rispetto della specifica *quaestio facti* concretamente posta alle sezioni unite della Corte - lasciare impregiudicato il problema della estensibilità anche alle ipotesi di annullamento (o di rescissione) dei principi enunciati in tema di rapporti tra domanda di risoluzione e rilievo di ufficio della nullità del contratto, pur lasciando intendere che, con riferimento alle prime, il modello argomentativo adottato per la seconda non sarebbe stato facilmente replicabile.

6.6.4. Peraltro, l'ordinanza interlocutoria sottolinea ancora come, nella giurisprudenza di questa Corte, le ipotesi di risoluzione, annullamento o rescissione di un contratto siano state solitamente (quanto acriticamente e) accomunate tra loro, pur riferendosi la quasi totalità dei precedenti giurisprudenziali ad ipotesi in cui risultava proposta l'azione di risoluzione.

Proprio alla luce di tale giurisprudenza, la precedente ordinanza interlocutoria, del 28 novembre 2011, n. 25151, cui aveva fatto seguito la sentenza 14828/2014, indicò come più ampia questione da risolvere, rispetto a quella poi decisa, se *la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche allorché sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione (equiparandosi alla*

risoluzione lo scioglimento da parte del curatore ai sensi della legge fall., art. 72) del contratto stesso.

6.6.5. Si individuò, in particolare, come uno dei termini del contrasto giurisprudenziale, la pronuncia di cui a Cass. 2.4.1997, n. 2858, intervenuta in relazione ad una domanda di annullamento del contratto.

La Corte ritenne che la domanda di annullamento, allo stesso modo di quella di risoluzione, presupponesse, in realtà, la validità del contratto, facendosi valere con essa un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto, non meno del diritto all'adempimento. E poiché la validità del contratto è il presupposto anche della domanda di annullamento, il rilievo officioso della nullità da parte del giudice non eccedeva, per l'una come per l'altra, il principio sancito dall'art. 112 cod. proc. civ.

6.6.6. L'ordinanza interlocutoria esporrà ancora le principali ricostruzioni dottrinali in materia: da quella secondo la quale nullità ed annullabilità possono coesistere rispetto a una medesima fattispecie concreta, avendo entrambe la stessa funzione di eliminare *ex tunc* gli effetti negoziali (così che il giudice non potrebbe porre a base della sua pronuncia un fatto impeditivo differente da quello dedotto dalla parte senza cadere nella sostituzione d'ufficio della domanda proposta), a quella per cui la perdurante efficacia fino alla pronuncia di annullamento, dotata di effetto costitutivo, imporrebbe di ritenere che l'annullabilità sia oggetto di un diritto potestativo. E l'utilità del suo esperimento verrebbe meno, per mancanza dell'oggetto nell'ipotesi di nullità del negozio, senza che sia possibile riscontrare una significativa differenza fra azione di nullità ed azione di annullamento.

In tale prospettiva, è stato ancora affermato che, per rispettare il principio della domanda, il giudice non potrebbe "dichiarare" la nullità con effetti di giudicato, ma solo rilevarla *incidenter tantum*.

Viene infine riportata l'opinione secondo cui, mentre la validità e l'esistenza del contratto sono presupposti non solo da chi ne chiede l'adempimento, ma anche da chi ne domanda la risoluzione o la rescissione, la domanda di annullamento del contratto non ne presuppone tanto la validità, quanto l'inidoneità a produrre effetti, sicché la fattispecie dell'annullamento si differenzerebbe da tutte le altre azioni di impugnativa negoziale.



6.7.1 La questione posta dall'ordinanza di rimessione 21083/012 evoca, dunque, le perplessità sollevate *incidenter tantum* dalla sentenza 14828/012, le stesse che autorevole dottrina ha ritenuto in più occasioni di manifestare *in subiecta materia*.

6.7.1. In particolare, si è sostenuto che la proposizione di un'azione a carattere demolitorio (annullamento/rescissione) non consentirebbe il rilievo d'ufficio della nullità, avendo essa stessa *il medesimo scopo di "annientamento" del contratto*, ed avendo l'annullamento e la rescissione ad oggetto *l'azione stessa*; precisandosi peraltro che, in tema di rescissione, doveva darsi conto dell'esistenza di una peculiare ipotesi nella quale si ammette il potere-dovere del giudice di procedere al rilievo officioso della nullità, e cioè quella della nullità per violazione di norme imperative con conseguente sostituzione della clausola invalida con quella prevista per legge, ossia quando sia proprio la prima a determinare "le condizioni inique" ex art. 1447, ovvero la sproporzione tra prestazioni", ex art. 1448. In tal caso il giudice, rilevata la nullità della clausola e preso atto della sua sostituzione *ex lege*, dovrebbe riconoscere il venir meno dei presupposti dell'azione di rescissione e rigettare la domanda.

6.7.2. Altra dottrina ha proposto una ulteriore distinzione tra azione di rescissione (ritenuta omologabile *quoad effecta* a quella di risoluzione) e domanda di annullamento, della quale si afferma, viceversa, la incompatibilità con il rilievo officioso della nullità contrattuale.

In tema di rescissione – si osserva – l'art. 1450 c.c., attribuendo al convenuto il potere di evitare la caducazione dell'atto con l'offerta di una modificazione idonea a ricondurlo ad equità, finirebbe per garantire forza vincolante al contratto nullo. La differente disciplina della rilevabilità officiosa si fonderebbe, pertanto, sulla radicale differenza che, sul piano sostanziale, caratterizza il vizio che colpisce il contratto annullabile (il *vulnus* arrecato all'integrità del consenso) rispetto a quello rescindibile.

6.8. Entrambe le tesi postulano, dunque, una ulteriore frammentazione funzionale delle azioni di impugnativa negoziale.

6.8.1. Entrambe le tesi tralasciano, però, di considerare l'esistenza di altre speculari norme di sistema, il cui contenuto e la cui comune *ratio* non sembrano consentire la soluzione della irrilevabilità officiosa della nullità contrattuale in

presenza di azioni di impugnativa negoziale diverse da quelle di adempimento e di risoluzione.

6.8.2 Non è questa la sede per affrontare la delicatissima problematica delle azioni costitutive, e della possibilità di configurarne una categoria unitaria.

Ma un definitivo riconoscimento dell'omogeneità funzionale delle azioni di impugnativa negoziale appare al collegio una conseguenza inevitabile, una volta esclusa la fondatezza della tesi che considera oggetto dell'azione di annullamento non già le situazioni soggettive sostanziali sorte dal contratto, bensì il diritto potestativo di annullamento (sostanziale, ovvero a necessario esercizio giudiziale).

6.9. All'accoglimento di una tesi improntata al criterio del *distingue frequenter*, difatti, sembrano frapporsi ostacoli tanto di tipo strutturale, costituiti dall'esistenza un vero e proprio plesso di norme "di sistema", la cui *ratio* appare del tutto omogenea e del tutto analoga a quella dell'art. 1450 c.c., quanto di tipo funzionale, destinati a spiegare influenza sulle conseguenze di un eventuale predicato di non rilevabilità officiosa della nullità in presenza di una domanda di annullamento e/o di rescissione.

La questione da risolvere, difatti, non è il pregiudiziale accertamento della originaria efficacia dell'atto, una volta promossa l'azione di rescissione/annullamento, per le ragioni già esposte in ordine alla insoddisfacente ricostruzione delle impugnative negoziali come espressione di diritti potestativi.

6.9.1. Sul piano strutturale, e circoscrivendo l'analisi allo stretto ambito codicistico, gli ostacoli alla teoria della frammentazione sono costituiti, oltre che **dall'art. 1450, dagli artt. 1432 e 1446 c.c.** (a tacere dell'art. 1815 II comma c.c., norma, peraltro, specificamente settoriale dettata in tema di nullità parziale).

Le disposizioni in parola costituiscono l'esatto *pendant* **dell'art. 1467 c.c.**, dettato in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

E se appare comunemente assurdo ritenere che il convenuto in un giudizio risolutorio possa evitare la caducazione del contratto nullo offrendo di modificarne equamente le relative condizioni, è altrettanto impensabile che questo possa accadere per un negozio rescindibile o annullabile.

L'art. 1450 dispone: *il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità.*

L'art. 1432 stabilisce: *la parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offra di eseguirlo in modo conforme al contenuto ed alle modalità del contratto che quella intendeva concludere.*

E' appena il caso di aggiungere che, in entrambe le ipotesi, tale offerta può intervenire tanto in via stragiudiziale, prima che un'azione di rescissione/annullamento sia stata introdotta dinanzi al giudice, quanto in sede giudiziaria, *banco iudicis* e a lite in corso. Pur in assenza di una disposizione analoga al § 143 del BGB (secondo la quale l'effetto di annullamento è ricollegato all'atto di parte anziché alla pronuncia del giudice), sarà comunque la parte a porre fine alla controversia e ad ogni possibile accertamento sulla nullità del contratto.

L'art. 1446 recita: *nei contratti plurilaterali l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.*

Di tali disposizioni appaiono indiretto, ma significativo corollario **l'art. 1430**, che prevede la rettificabilità del negozio viziato da errore di calcolo, e **l'art. 1440**, dettato in tema di dolo incidente per l'ipotesi in cui i raggiri non siano stati determinanti del consenso, con obbligo di risarcimento dei danni per il contraente in mala fede.

6.9.3. Quanto **alle residue ipotesi di annullabilità** (dolo *causam dans*, violenza morale, incapacità), le disposizioni contenute negli artt. 1434, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439 sono tali da imporre *una serie di accertamenti di fatto* che potrebbero risultare assai complessi e defatiganti (il carattere ingiusto e notevole del male minacciato; le qualità e le condizioni soggettive del minacciato; la provenienza e la rilevanza della violenza diretta contro terzi diversi dai prossimi congiunti; la rilevanza determinante e non soltanto incidente dei raggiri; gli artifici usati dal terzo a beneficio del *deceptor* e la loro necessaria conoscenza da parte di quest'ultimo; le cause e l'entità dello stato temporaneo e transeunte di incapacità), ma che perderebbero ipso facto ogni rilevanza processuale una volta rilevata *de plano* la eventuale nullità del contratto ex art. 1421 c.c.

6.9.4. Le disposizioni di legge poc'anzi citate costituiscono un vero e proprio sottosistema normativo, sicuramente omogeneo, la cui univoca *ratio* consiste nel

riconoscimento della **facoltà di paralizzare l'impugnativa negoziale della controparte** che lamenti l'errore (essenziale e riconoscibile), il raggio (determinante del consenso), la violenza morale (ingiusta e notevole), l'approfittamento dello stato di bisogno.

Ciò in evidente sintonia con quanto previsto in costanza di giudizio di risoluzione per inadempimento o eccessiva onerosità sopravvenuta.

Se il potere di paralizzare l'azione di annullamento o di rescissione attraverso l'offerta *banco iudicis* di una efficace *reductio ad aequitatem* del contratto è destinato a stabilizzarne **definitivamente** l'effetto negoziale *non prohibente iudice* (o addirittura nell'inerte silenzio del giudice!), la originaria nullità di quella convenzione deve porsi, invece, in termini assolutamente impeditivi del perdurare di un effetto mai nato, e come tale irrimediabilmente ostativo all'attuazione dell'originario programma contrattuale.

Se al giudice fosse impedito l'esercizio del proprio potere officioso ex art. 1421 c.c., difatti, la *reductio ad aequitatem* si risolverebbe nella definitiva stabilizzazione dei (non) effetti dell'atto, in guisa di sanatoria negoziale diversa dalla conversione, che resta invece l'unica forma di possibile "sanatoria" di un negozio nullo.

Né vale obiettare che, in un successivo giudizio, la nullità di quel negozio potrebbe sempre essere fatta autonomamente valere.

A tacere dei differenti effetti in tema di trascrizione e di diritti dei terzi, di cui è cenno in precedenza, tale soluzione sarebbe in insanabile contraddizione con quanto sinora si è andato esponendo sul tema dell'oggetto del processo, dei valori funzionali ad esso sottesi, della stabilità ed affidabilità delle decisioni giudiziarie.

6.9.5. Sul piano funzionale, un ulteriore e non meno rilevante coacervo normativo si erge ad ostacolo insuperabile per la teoria della frammentazione.

L'art. 1443 dispone che, *se il contratto è annullato 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;*

L'art. 1444 prevede che il contratto annullabile *possa essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento mediante un atto che contenga la menzione del contratto, del motivo di annullabilità e la dichiarazione che si intende convalidarlo;*

L'art. 1445 dichiara *impregiudicati i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede dalla pronuncia di annullamento (che non dipenda da incapacità legale) salvi gli effetti della trascrizione della relativa domanda.*

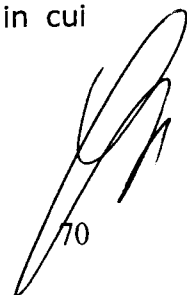
Anche sotto l'aspetto degli effetti di un processo in cui fosse impedita la rilevazione di ufficio della nullità, si coglie appieno, alla luce di tali disposizioni, la differenza tra una pronuncia costitutiva di annullamento/rescissione del negozio e una sentenza di accertamento della sua originaria nullità.

Ben diverso, esemplificativamente, sarà il comportamento processuale della parte che, proposta domanda di annullamento del contratto, dubitando dello spessore delle prove addotte, si determini nel corso del giudizio a convalidare il negozio, rispetto a quello conseguente alla rilevazione officiosa della nullità di quel medesimo contratto – rilevazione cui seguirà, con ogni probabilità, la domanda di accertamento, principale o incidentale ex art. 34, con definitivo tramonto di ogni intento di convalida di un atto insanabilmente inefficace.

Ancor più dissimili saranno le conseguenze di una sentenza che abbia accertato la nullità di un contratto contrario a buon costume del quale sia stata chiesta la rescissione perché concluso in stato di pericolo, con conseguente esclusione del diritto ad equo indennizzo.

6.9.6. La questione va ulteriormente considerata, *quoad effecta*, in relazione alle diverse declaratorie e ai diversi accertamenti contenuti nella sentenza rispetto ai terzi acquirenti, che vedranno fatti salvi i diritti acquisiti in caso di pronuncia di annullamento, ma non di nullità, e in relazione alle azioni risarcitorie conseguenti al tipo di pronuncia adottata. Se il giudice condannasse il convenuto al risarcimento del danno conseguente alla pronuncia di annullamento/rescissione, egli non farebbe che dare diverso vigore, sia pure soltanto sotto il profilo risarcitorio, al contratto nullo, in spregio all'art. 1421 c.c..

6.9.7. La diversità degli effetti restitutori rispettivamente derivanti dall'accoglimento di una domanda di annullamento e di una domanda di nullità si colgono poi con riferimento ai rapporti di durata: nel primo caso, e non nel secondo, difatti, le prestazioni eseguite saranno irripetibili (un contratto di locazione del quale si chiede l'annullamento o la rescissione, se dichiarato nullo, obbligherà il locatore alla restituzione dei canoni, diversamente dal caso in cui



70

l'azione originariamente proposta venga accolta senza alcun rilievo officioso della nullità della locazione).

6.10. Le azioni di impugnativa negoziale sono, pertanto, disciplinate da un plesso normativo autonomo e omogeneo, del tutto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale.

Ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità deve, pertanto, essere definitivamente espunta dall'attuale sistema processuale con riguardo a tutte le azioni di impugnativa negoziale.

6.10.1. La soluzione risulta del tutto omogenea a quella più volte adottata da questa stessa Corte di legittimità in ordine alla possibilità per il giudice cui venga richiesta la declaratoria di nullità di un contratto di pronunciarne invece l'annullamento sulla base dei medesimi motivi addotti dalla parte a fondamento della propria azione, in forza del rilievo che, in tal caso, si tratterebbe di un mero adeguamento riduttivo della domanda (Cass. 1592/1980; 6139/1988; 11157/1996). Se è lecito discorrere di adeguamento riduttivo della domanda sulla base dei medesimi fatti, non meno legittimo è riconoscere il principio della rilevabilità officiosa della nullità per evitare che di un contratto inefficace *ab origine* si discorra, comunque, in seno al processo, in termini di efficacia caducabile, con le conseguenze sinora esaminate.

6.10.2. Premessa la omogeneità funzionale ***di tutte le azioni*** di impugnativa negoziale, e indipendentemente dalla bontà della tesi dell'assorbimento della annullabilità nella *quaestio nullitatis*, è innegabile che le due fattispecie si trovino in una relazione reciprocamente conflittuale, che ne esclude qualsivoglia coesistenza o concorrenza. Al di là delle discussioni circa la validità/invalidità dell'atto annullabile (del quale va senz'altro riaffermata la duplice dimensione di invalidità/efficacia caducabile), quel che appare incontestabile è che l'atto annullabile sia produttivo di effetti, e che presupposto necessario della fattispecie dell'annullabilità sia proprio l'esistenza e la produzione di effetti negoziali eliminabili *ex tunc*.

6.10.3. Appare legittimo l'approdo ***a una ricostruzione unitaria*** della fattispecie ***del negozio ad efficacia eliminabile***, che comprende tanto negozi invalidi ma temporaneamente efficaci (il contratto *annullabile* e quello *rescindibile*), quanto negozi validi ed inizialmente efficaci, ma vulnerati nella dimensione funzionale del



sinallagma (il contratto *risolubile*, quello destinato *allo scioglimento ex art. 72 L.F.*, ovvero *allo scioglimento per mutuo dissenso*).

6.11. Va pertanto affermato il principio secondo il quale la rilevabilità *ex officio* della nullità va estesa **a tutte le ipotesi di azioni di impugnativa negoziale** - senza per ciò solo negarne le diversità strutturali, che le distinguono sul piano sostanziale (adempimento e risoluzione postulano l'esistenza di un atto morfologicamente valido, di cui si discute soltanto *quoad effecta*, rescissione e annullamento presuppongono una invalidità strutturale dell'atto, pur tuttavia temporaneamente efficace).

6.12. L'impugnativa negoziale trova, in definitiva, la sua comune *Grundlage*, e cioè il suo fondamento di base, nell'assunto secondo cui, *non sussistendo ragioni di nullità, il giudice procede all'esame della domanda di adempimento, esatto adempimento risoluzione, rescissione, annullamento, scioglimento dal contratto ex art. 72 L.F., scioglimento del contratto per mutuo dissenso*.

c) La nullità diversa da quella invocata dalla parte

6.13. Il duplice quesito posto a queste sezioni unite dalle due ordinanze di remissione più volte ricordate non ricomprende esplicitamente la fattispecie del rilievo *ope iudicis* di una causa di nullità diversa da quella originariamente prospettata dalla parte con la domanda introduttiva.

6.13.1. Esplicite (e legittime) istanze di precisazioni in merito provenienti dalla dottrina, evidenti esigenze sistematiche, innegabili ragioni di completezza argomentativa sul tema delle impugnative negoziali inducono, peraltro, il collegio all'analisi di questa ulteriore tematica.

6.13.2. La giurisprudenza di questa Corte appare, sul punto, ampiamente consolidata (con l'isolata eccezione di cui a Cass. 4181/1980, in motivazione) nel senso *dell'impossibilità* per il giudice di procedere al rilievo officioso *di un motivo di nullità diverso* da quello fatto valere dalla parte (*ex multis*, Cass. 11157/1996, 89/2007, 14601/2007, 28424/2008, 15093/2009, 11651/2012).

E' stato evidenziato al riguardo come tale orientamento si fondi sulla riconducibilità dell'istanza di declaratoria della nullità alla categoria delle domande (relative a diritti) eterodeterminate.

6.13.3. Questo orientamento è stato oggetto di molteplici e penetranti rilievi critici da parte della dottrina, concorde nel ritenere che la domanda di nullità



negoziale, volta all'accertamento negativo della non validità del contratto, si identifichi in ragione di tale *petitum*, consentendo ed anzi imponendo al giudice di accertarne tutte le sue possibili (ed eventualmente diverse) cause.

Si osserva che la sentenza dichiarativa della nullità di un contratto per un motivo diverso da quello allegato dalla parte corrisponde pur sempre alla domanda originariamente proposta, sia per *causa petendi* (l'inedoneità del contratto a produrre effetti a causa della sua nullità), sia per *petitum* (la declaratoria di invalidità e di conseguente inefficacia *ab origine* dell'atto).

Si aggiunge che le domande aventi ad oggetto una *questio nullitatis* postulano l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, onde nessun mutamento sarebbe predicabile in relazione alle singole cause di nullità che l'attore possa dedurre.

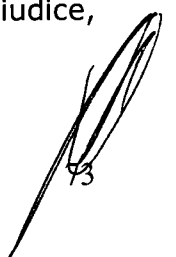
Si precisa infine che, a fronte di una domanda di accertamento e declaratoria di nullità del contratto, sussiste sempre l'imprescindibile potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio i diversi motivi di nullità non allegati dalla parte ex art. 1421 c.c., poiché il rilievo non avrà più ad oggetto una eccezione, ma un ulteriore titolo della domanda, in forza del quale essa potrà trovare legittimo accoglimento a condizione che la diversa causa di nullità emerga dalle rituali allegazioni delle parti o dalle produzioni documentali in atti.

6.13.4. La domanda di nullità sarebbe pertanto *unica* rispetto ai diversi, possibili vizi di radicale invalidità che affliggono il negozio: così, la doglianza dell'attore volta all'accertamento di un difetto di causa non esclude che, accertatane la validità sotto quel profilo, il contratto risulti poi patentemente nullo per difetto di forma.

E la rilevazione *ex officio* di tale vizio non contrasterebbe né con l'originario *petitum* (la domanda di declaratoria di nullità negoziale) né con la *causa petendi* (il contratto di cui si assume la nullità).

6.13.5. Al giudice cui sia stata proposta la corrispondente istanza dovrebbe pertanto essere riconosciuto il potere-dovere di accertare tutte le possibili ragioni di nullità, non soltanto quella indicata dall'attore, anche in ragione della *ratio* sottesa alla fattispecie invalidante.

In tal modo, e salvo sempre il rispetto del principio del contraddittorio ex art. 184 IV comma e 101 II comma c.p.c. sulle diverse cause di nullità rilevate dal giudice,



non si travalicherebbero i limiti imposti dal principio dispositivo, poiché la domanda di nullità pertiene ad un diritto *autodeterminato*, ed è quindi individuata a prescindere dello specifico vizio (*rectius*, titolo) dedotto in giudizio (E' stata felicemente evocata, in proposito, l'immagine del carattere "grandangolare" di tale giudizio).

6.13.6. La domanda di accertamento della nullità negoziale si presta allora, sul piano dinamico-processuale, a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, anch'esse articolate in base ad un solo elemento costitutivo. Il giudizio di nullità/non nullità del negozio (il *thema decidendum* e il correlato giudicato) sarà, così, definitivo e a tutto campo indipendentemente da quali e quanti titoli di nullità siano stati fatti valere dall'attore.

6.14. La soluzione opposta condurrebbe, sul piano processuale, a conseguenze assai problematiche.

L'eventuale giudicato di rigetto della domanda di nullità comporterebbe, difatti, *l'accertamento della non-nullità del contratto*, con conseguente preclusione di ulteriori azioni di nullità di quel rapporto negoziale sulla base di diversi profili, con il conseguente delinarsi di una (inammissibile) forma di sanatoria indiretta *erga omnes* di un contratto nullo, ma non più accertabile come tale.

La diversa soluzione della proponibilità in altro processo di una diversa questione di nullità è ancora una volta destinata ad infrangersi sulle argomentazioni sinora svolte in tema di valori funzionali del processo e del suo oggetto, e di esigenze di concentrazione e stabilità delle decisioni giudiziarie.

La domanda di accertamento della nullità del contratto ha ad oggetto, in definitiva, l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, così che il giudicato di rigetto di tali domande accerta la non nullità del negozio, la conseguente (non in)esistenza del rapporto, e preclude qualsiasi nuova azione di nullità di quel negozio sotto ogni ulteriore profilo.

6.14.1. Le incongruenze di una soluzione restrittiva emergono ancor più chiaramente proprio qualora la nullità sia invece opposta in via di eccezione dal convenuto.

Quest'ultimo, evocato in giudizio per l'adempimento del contratto, potrebbe difendersi tanto eccependo l'avvenuto adempimento, ovvero l'inadempimento

della controparte, quanto l'esistenza di una specifica causa di nullità che il giudice reputi infondata a fronte di una conclamata diversa causa di nullità. In tutti questi casi, e segnatamente in quest'ultimo, il differente vizio di nullità sarebbe rilevabile in via officiosa, ***trattandosi di eccezione in senso lato***, con evidente quanto ingiustificata disparità del trattamento riservate all'attore e al convenuto parti rispetto ad una medesima *species facti*.

6.15. Non pare condivisibile la pur seria obiezione di chi, paventando nella rilevazione officiosa di una causa diversa di nullità una inammissibile sostituzione del giudice all'impostazione difensiva della parte "che, per scelta tattica o strategica, o soltanto per errore, abbia fatto valere una causa di nullità, in ipotesi infondata, in luogo di un'altra invece sussistente": l'aporia di una nullità contrattuale non più accertabile non pare superabile impedendo poi all'altra parte, che avanzi una successiva pretesa fondata su quel contratto (nullo ma non dichiarato tale nel precedente giudizio), di agire in giudizio sulla base di una inammissibilità della domanda per abuso del diritto.

Proprio la preclusione all'intervento officioso imposta al giudice impedisce, in fatto, di ravvisare nella specie un'ipotesi di abuso dello strumento del processo, se nel precedente processo il *thema decidendum* sia stato confinato all'accertamento della causa di nullità dedotta dall'attore.

6.15.1. Né pare vulnerato il diritto di difesa del convenuto (del quale autorevole dottrina paventò, in passato, il rischio "dello spiazzamento delle difese"), volta che, rilevata dal giudice la diversa questione di nullità, alle parti sarebbe accordato tutto lo spazio difensivo conseguente a tale rilevazione, e ciò sino alla riserva in decisione della causa da parte del giudice alla luce dell'armonica architettura processuale oggi disegnata dagli art. 183 e 101 c.p.c. proprio in funzione della piena esplicazione del contraddittorio.

6.15.2. L'eco di una conferma, sia pur indiretta, della rilevabilità *ex officio* di una diversa causa nullità sembra potersi rinvenire nella sentenza di queste sezioni unite, n. 10955 del 2002, resa in tema di prescrizione.

Con quella pronuncia si specificò che, eccepita dalla parte una determinata tipologia di prescrizione, non è precluso al giudice rilevarne un tipo diverso, senza che a ciò fosse di ostacolo la sua natura di eccezione in senso stretto, a condizione che fosse stato attivato il contraddittorio.

Il fondamento di tale decisione apparve proprio l'esatta individuazione dell'oggetto del processo, vale a dire **la (invocata estinzione della) situazione sostanziale** fatta valere dalla controparte, della quale il convenuto chiedeva, al di là ed a prescindere dal tipo di prescrizione invocata, una declaratoria di definitiva estinzione dell'intero rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

6.15.3. Appare altresì consonante con tali principi l'opzione di queste sezioni unite *in tema di usi bancari e di anatocismo* di cui alla già citata sentenza n. 21095 del 2004, ove si legge che l'eventuale difesa del convenuto finalizzata a rilevare determinati profili di nullità, o a non individuarne affatto, non preclude il potere officioso del giudice di indagare e dichiarare, sotto qualsiasi profilo, la nullità del negozio (nel medesimo senso, ancora, in tema di abusivo riempimento di moduli da parte della banca quanto alle dichiarazioni di aumento delle fidejussioni, Cass. 17257/2013).

6.15.4. Va pertanto affermato il principio **della legittimità del rilievo officioso del giudice di una causa diversa di nullità rispetto a quella sottoposta al suo esame dalla parte.**

6.16. Il potere di rilevazione officioso del giudice deve essere altresì valutato in relazione **alla fattispecie della nullità parziale.**

6.16.1. La prevalente giurisprudenza di questa Corte ha sempre adottato, in materia, un orientamento fortemente restrittivo, affermando la eccezionalità dell'effetto estensivo della nullità della singola clausola all'intero negozio (tra le altre, Cass. 16017/2008, 27732/2005, 1189/2003, 4921/1980), e specificando che la pronuncia dichiarativa della nullità dell'intero contratto, a fronte di una domanda che miri all'accertamento della nullità della singola clausola, incorrerebbe nel vizio di ultrapetizione, essendo specifico onere della parte che abbia interesse ad una declaratoria di nullità *tout court* dimostrare che il contratto non si sarebbe concluso senza tale clausola, giusta disposto dell'art. 1419 c.c..

A fronte di tale pressoché unanime orientamento si pone il *dictum* di cui a Cass. 18 gennaio 1988 n. 32, che, in tema di collegamento negoziale, ha ritenuto *applicabile ai contratti collegati la disposizione di cui all'art. 1419 cod. civ., per modo che la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole di un contratto importa la nullità dei vari contratti collegati, nullità che può essere*

rilevata d'ufficio, allorché sia stato accertato il collegamento funzionale tra i negozi stessi.

6.16.2. Anche su questo punto, parte della dottrina mostra di dissentire dalla quasi unanime giurisprudenza.

6.16.3. Si è difatti osservato che, sul piano dei principi, la formulazione dell'art. 1419 comma 1 c.c. non consente di desumere una regola generale dell'ordinamento volta a privilegiare la nullità parziale.

6.16.4. Si sono così indicati due essenziali criteri cui ancorare l'eventuale attività officiosa del giudice:

- Il criterio della volontà ipotetica volto alla ricostruzione del probabile e presumibile intento dei contraenti, tenuto conto dell'*id quod plerumque accidit*, se essi avessero saputo che una parte del negozio era priva di efficacia;
- Il criterio del giudizio oggettivo di buona fede (prevalente in altri ordinamenti europei, come quello inglese, dove vige la cd. *blue pencil rule*, secondo cui le parti nulle di una convenzione devono poter essere cancellate con un semplice tratto di matita affinché il contratto possa essere conservato), che postula un'attività di tipo controfattuale da parte del giudice volta ad accertare se il vigore del regolamento parziale sia coerente con il modello distributivo di oneri e vantaggi su cui i contraenti avevano consentito, o se, al contrario, la caducazione di parte dell'accordo provochi una tale alterazione dell'economia del contratto che il mantenimento e l'esecuzione del residuo comporterebbero conseguenze obiettivamente non riconducibili al disegno dell'autonomia privata, attraverso un giudizio di compatibilità tra quanto ancora attuabile e quanto inizialmente convenuto e programmato dalle parti.

6.16.5. A giudizio del collegio, le critiche non colgono nel segno, anche se le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità non possono essere tenute ferme, poiché appaiono fondate sulla sovrapposizione concettuale dei due distinti momenti della rilevazione e della dichiarazione della nullità totale.

E' innegabile che entrambi i criteri suggeriti dalla dottrina assegnerebbero al giudice un compito assai arduo, sovente inattuabile.

E' altresì innegabile che quel che rileva, nella specie, è la diversità strutturale del *petitum* rivolto al giudice: un *petitum* evidentemente volto alla conservazione e non alla dichiarazione di inefficacia/inesistenza degli effetti negoziali.

Ma tali legittime considerazioni – che hanno indotto la giurisprudenza di questa Corte a escludere l'ammissibilità di un potere officioso del giudice – vanno iscritte nella più vasta orbita della dissonanza e della diacronia tra rilevazione e dichiarazione-idoneità all'effetto di giudicato della nullità negoziale.

Non v'è, difatti, alcun motivo, sul piano normativo, né letterale né logico, per escludere il potere della (sola) rilevazione officiosa di una nullità totale da parte del giudice nell'ipotesi in cui le parti discutano invece della nullità della singola clausola negoziale.

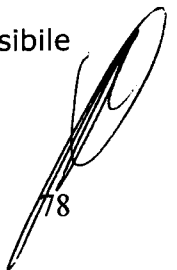
E appare probabile che, all'esito di tale rilevazione, una delle parti formuli domanda di accertamento di nullità totale dell'atto secondo le modalità indicate dagli art. 183 e 101 c.p.c.

L'ipotesi residuale, per cui entrambe le parti insistano nella originaria domanda di accertamento di una nullità soltanto parziale del contratto, vedrà il giudice vincolato ad una pronuncia di **rigetto della domanda**, poiché, al pari della risoluzione, della rescissione e dell'annullamento, non può attribuire efficacia, neppure in parte – fatto salvo il diverso fenomeno della conversione sostanziale – una (parte di) negozio radicalmente nullo.

6.17. L'ipotesi speculare – quella secondo cui, chiesta dalle parti la declaratoria **di nullità totale** del contratto, il giudice potrebbe dichiarare **la nullità parziale** senza incorrere in un vizio di ultrapetizione: così Cass. 16017/2008 – si presta a non difformi conclusioni.

6.17.1. Premessa la condivisibilità delle critiche mosse alla soluzione adottata con la citata sentenza – in ragione della *diversità della tutela* richiesta, volta che la nullità totale comporta un effetto *dichiarativo di caducazione* del rapporto negoziale e dei suoi effetti, mentre quella parziale mira ad un effetto *conservativo* di parte del negozio, così che una declaratoria di nullità parziale finirebbe per contrastare irrimediabilmente con il *petitum* attoreo – , va peraltro osservato come, anche in questo caso, il potere-dovere del giudice si limiti **alla rilevazione** di una fattispecie di nullità parziale, lasciando poi libere le parti di mantenere inalterate le domande originarie.

Ma è del tutto evidente che, confermate in sede di precisazione delle conclusioni le domande di nullità totale, non sarà in alcun modo consentito al giudice, attraverso l'emanazione di una non richiesta sentenza "ortopedica", una inammissibile



78

sovrapposizione del proprio *decisum* alla valutazione e alle determinazioni dell'autonomia privata espresse in seno al processo.

6.18. A non dissimili conclusioni deve pervenirsi in tema **di conversione del negozio nullo.**

Si è di recente ritenuto di offrire risposta positiva alla questione della relativa rilevanza officiosa, sostenendosi che, ove il giudice dichiara la nullità del contratto, le parti resterebbero spogliate della facoltà di avvalersi dell'art. 1424 c.c., vedendosi così precluso il risultato di conseguire l'assetto di interessi dapprima divisato.

6.18.1. L'argomentazione, pur suggestiva, non può essere condivisa.

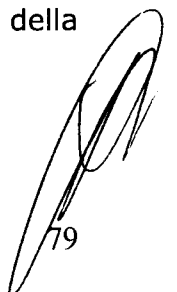
I poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale, difatti, non possono estendersi alla rilevazione (non più di un vizio radicale dell'atto, ma anche) di una possibile conversione del contratto in assenza di esplicita domanda di parte.

E' decisivo, in tal senso, il dato testuale dell'art. 1424 c.c., a mente del quale il contratto nullo può (non deve) produrre gli effetti di un contratto diverso.

La rilevazione della eventuale conversione, difatti, esorbiterebbe dai limiti del potere officioso di rilevare la nullità (*i. e. di rilevare la inattitudine genetica dell'atto alla produzione di effetti*), ma si estenderebbe, *praeter legem*, alla rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, di quella convenzione negoziale.

Soluzione del tutto inammissibile, in mancanza di un'istanza di parte, poiché in tal caso è di una dimensione di interessi soltanto individuali che si discorre, diversamente che per la nullità *tout court* (in tal senso, Cass. 195/1969, 3443/1973, 2651/2010, 6633/2012, nonché Cass. 10498/2001 in tema di conversione del licenziamento nullo in recesso *ad nutum*, "da eccipirsi ritualmente e tempestivamente da parte del datore di lavoro", e Cass. 6004/2008 che ha escluso la facoltà del giudice, che aveva accertato la nullità di una cessione d'uso perpetuo di posti d'auto all'interno di un condominio, di convertire il relativo negozio in un contratto costitutivo di un diritto d'uso trentennale avvalendosi del disposto dell'art. 979 comma 2 c.c.).

6.18.2. Deve pertanto escludersi che l'orientamento minoritario di cui a Cass. 9102/1991, 5513/1987 e 6632/1987, favorevole alla rilevanza d'ufficio della conversione, possa trovare ulteriore continuità.



*

7. I POTERI DEL GIUDICE NELLE AZIONI DI IMPUGNATIVA NEGOZIALE

7.1. I rapporti tra nullità negoziale ed impugnative contrattuali vanno così sintetizzati:

- 1) Il giudice ha **l'obbligo** di RILEVARE sempre una causa di nullità negoziale;
- 2) Il giudice, dopo averla rilevata, ha **la facoltà** di DICHIARARE nel provvedimento decisorio sul merito la nullità del negozio (salvo i casi di nullità speciali o di protezione rilevati e indicati alla parte interessata senza che questa manifesti interesse alla dichiarazione), e RIGETTARE LA DOMANDA - di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione -, specificando in motivazione che la ratio decidendi della pronuncia di rigetto è costituita dalla nullità del negozio, con una decisione che ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale;
- 3) Il giudice deve RIGETTARE la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento SENZA RILEVARE - NÉ DICHIARARE - l'eventuale nullità, se fonda la decisione sulla base della individuata ragione più liquida: non essendo stato esaminato, neanche incidenter tantum, il tema della validità del negozio, non vi è alcuna questione circa (e non si forma alcun giudicato sul) la nullità;
- 4) Il giudice DICHIARA LA NULLITÀ' del negozio **nel dispositivo** della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, all'esito della eventuale domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;
- 5) Il giudice DICHIARA LA NULLITÀ' del negozio **nella motivazione** della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;
- 6) In appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice HA SEMPRE FACOLTÀ DI RILEVARE D'UFFICIO LA NULLITÀ'.

*

7.2. Va infine osservato, prima di ricostruire attraverso un più articolato schema sinottico le varie ipotesi che possono verificarsi nel giudizio di primo grado, come la rilevabilità officiosa delle eccezioni in senso lato risulti posta in funzione di una concezione del processo che solo un'analisi superficiale può ritenere "eccessivamente pubblicistica", e che invece, più pensosamente, fa leva sul valore della giustizia della decisione.

7.3. II PROCESSO DI PRIMO GRADO

A - RILEVAZIONE EX OFFICIO DELLA NULLITA' DA PARTE DEL GIUDICE (art. 183 IV comma-art. 101 II comma c.p.c.)

1) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:

- La parte PROPONE DOMANDA di accertamento della nullità del contratto (in via principale ovvero incidentale);
- Il giudice ACCERTA e statuisce sulla nullità del contratto
- L'accertamento **è idoneo al giudicato sulla nullità negoziale;**

2) A seguito (e a dispetto) della rilevazione officiosa del giudice:

- le parti NON PROPONGONO DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELLA NULLITA', secondo un'ipotesi è definita, nella sentenza 14828/012 e da parte della dottrina, "soltanto residuale", ma comunque meritevole di esame al fine di una complessiva disamina della questione, pur senza ricorrere ad ipotesi di scuola (è il caso dell'attore adempiente per aver versato *in toto* il corrispettivo in denaro di una compravendita, il quale, nonostante la rilevata nullità, insiste nella domanda di risoluzione per ottenere, oltre alla restituzione della *res*, anche il risarcimento dei danni; ovvero del locatore e del conduttore che abbiano entrambi interesse a che il contratto di locazione, pur indicato loro *ex officio* come nullo, non sia dichiarato tale, volendo entrambi limitare il giudizio alla questione del pagamento o meno di alcuni canoni, se la questione può risolversi sulla base della ragione più liquida - prescrizione, comprovato adempimento, comprovato inadempimento della controparte);
- le parti chiedono al giudice, in sede di precisazione delle conclusioni, di pronunciarsi SULLA SOLA DOMANDA ORIGINARIA;

- In dispositivo, il giudice RIGETTA LA DOMANDA, *sic et simpliciter*, non potendo pronunciare la risoluzione, l'annullamento, la rescissione di un contratto nullo;
- In motivazione, il giudice DICHIARA di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale;
- L'accertamento/dichiarazione della nullità **è idoneo alla formazione del giudicato**, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del cd. *vincolo al motivo portante* - possono citarsi, in proposito, i classici esempi della compravendita che non potrà ritenersi esistente rispetto all'obbligo di consegnare la cosa al compratore quando il diritto del venditore al prezzo sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto (e viceversa); ovvero della locazione, che, parimenti, non potrà riconoscersi ai fini del pagamento del canone quando il diritto alla consegna della cosa sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto. Il vincolo del motivo portante, peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo (onde la necessità di discorrere di oggetto del processo *non soltanto in termini di rapporto*, ma anche di negozio *fatto storico/fattispecie programmatica*). Si evita così il (non agevole) riferimento ai "diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico", che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito.

La sostanziale differenza dell'ipotesi in esame rispetto ad un accertamento *pleno iure* della nullità negoziale si coglie sotto (il già indagato) aspetto della trascrizione e della (in)opponibilità ai terzi dell'effetto di giudicato: l'attore che voglia munirsi di un titolo utile a tali fini dovrà, difatti, formulare, in quello stesso processo, una domanda di accertamento, in via principale o incidentale, della nullità come rilevata dal giudice.

3) A seguito della rilevazione officiosa del giudice di una nullità speciale:

- le parti NON PROPONGONO DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELLA NULLITA' e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;
- Il giudice RIGETTA (O ACCOGLIE) LA DOMANDA pronunciandosi soltanto su questa: pur avendo **rilevato** la nullità di protezione in corso di giudizio, **non la dichiara** in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata;
- Non v'è accertamento della nullità speciale nella sentenza, dunque non si pone alcun problema di giudicato, attesa la peculiare natura della nullità;

4) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:

- le parti NON PROPONGONO DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELLA NULLITA' e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;
- Il giudice ACCOGLIE LA DOMANDA pronunciandosi soltanto su questa: dopo aver **rilevato** la nullità nel corso del giudizio, egli **non la dichiara** in motivazione poiché, *re melius perpensa*, nel corso del processo, all'esito delle allegazioni e delle prove offerte, si convince che la nullità da lui in origine *rilevata* era in realtà insussistente e dunque non poteva essere *dichiarata* (è il caso della nullità per difetto di causa concreta del negozio, la cui esistenza e validità sia successivamente emersa in corso di giudizio);
- **Si forma il giudicato implicito** sulla NON-NULLITA' del contratto, la cui validità non potrà più essere messa in discussione tra le parti in un altro processo, non avendo le parti stesse – pur potendolo, nel corso del giudizio di primo grado, a seguito del rilievo del giudice – formulato alcuna domanda di accertamento incidentale, e non essendo, pertanto, loro consentito di *venire contra factum proprium*, se non abusando del proprio diritto e del processo, abuso il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

B - MANCATA RILEVAZIONE EX OFFICIO DELLA NULLITA' DA PARTE DEL GIUDICE

1. Il giudice ACCOGLIE LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): **la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio**, (salva rilevazione officiosa del giudice di appello);

2. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento): ***si forma il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui*** (ed è quello di specie) la decisione non risulti fondata ***sulla ragione cd. "più liquida"***, del cui fondamento teorico la processualistica italiana è tributaria di Bruno Rimmelspacher, e la cui *ratio* appare efficacemente distillata nel disposto dell'art. 187 comma 2 c.p.c. e dell'art. 111 Cost. e altrettanto efficacemente evidenziata nella recente giurisprudenza di questa Sezioni Unite (Cass. 9.10.2008, n. 24883, in motivazione). L'adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l'adempimento, la palese non gravità dell'inadempimento, l'ecceputa compensazione legale) a fronte di una eventualmente complessa istruttoria su di una eventuale *quaestio nullitatis* postula che il giudice ***non abbia in alcun modo scrutinato l'aspetto della validità del contratto***, con conseguente ***inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto*** (alla medesima soluzione si perverrà ove la *quaestio nullitatis* sia stata oggetto di mera difesa o di semplice eccezione da parte del convenuto, nel qual caso il giudice non avrà nessun obbligo di pronuncia in ordine ad essa, potendo ancora una volta decidere in base alla ragione più liquida, tale obbligo di pronuncia nascendo, di converso, soltanto in presenza di apposita domanda).
3. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento). ***Il giudicato implicito sulla non nullità del negozio si forma (in tutti gli altri casi) se, nella motivazione, egli accerti e si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio.***
4. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA, essendo stato SIN DALL'ORIGINE investito di una domanda di nullità negoziale, senza aver rilevato ALCUNA ALTRA CAUSA DI NULLITA' NEGOZIALE - L'accertamento ***della non nullità del contratto è idonea al passaggio in giudicato***, di talché, in altro giudizio, non potrà essere ulteriormente addotta, a fondamento dell'azione, una diversa causa di nullità.

*

8. Alla luce di tali premesse, osserva il collegio che il primo motivo di censura pone specificamente la questione ***dell'estensione e dei limiti dei poteri officiosi di rilevazione di una causa di nullità negoziale per il giudice di appello qualora in primo grado sia stata proposta una domanda diversa da quella poi formulata in sede di gravame, ove la parte abbia proposto per la prima volta una quaestio nullitatis.***

8.1 L'accoglimento ***del secondo motivo di ricorso***, come meglio si specificherà in seguito, deve peraltro ritenersi assorbente rispetto alle questioni poste con la predetta censura. Non si imporrebbe, di conseguenza, l'analisi della questione dei rapporti tra i poteri del giudice di appello e il principio della domanda (e delle relative preclusioni in sede di impugnazione).

8.2. La riunione dei processi disposta in primo grado ha comportato, difatti, un indiscutibile ampliamento del *thema decidendum*, dall'originaria questione di invalidità del lodo-negozio all'ulteriore e concorrente profilo della sua esecuzione, con il conseguente potere-dovere del giudice di appello di esaminare tutte le questioni di nullità nuovamente poste in quella sede – in tal senso dovendosi ritenere accolto il secondo motivo di ricorso.

8.3. Motivi di ordine sistematico impongono, peraltro, al fine di completare la ricostruzione dei rapporti tra nullità e impugnative negoziali, di esaminare *funditus* la questione poc'anzi accennata.

8.3.1. I principi affermati con riferimento al processo di primo grado (e la corretta individuazione dell'oggetto del processo) devono, con i necessari adattamenti imposti dal grado, essere applicati anche al giudizio di appello.

E' pressoché superfluo rammentare che, in sede di gravame, il *thema decidendum* resta definitivamente cristallizzato dal contenuto della decisione impugnata.

E' altrettanto noto che l'art. 345 c.p.c. detta il principio della inammissibilità, da dichiararsi d'ufficio, delle domande nuove proposte dinanzi al giudice dell'impugnazione.

La norma va tuttavia coordinata, nella sua portata precettiva, con il perdurante obbligo di rilevare di ufficio una causa di nullità negoziale imposto al giudice di appello (al pari di quello di legittimità) dall'art. 1421 c.c., che non conosce né consente limitazioni di grado.

8.4. Ne consegue:

- Da un canto, che al giudice di appello investito di una domanda **nuova** volta alla declaratoria di nullità di un negozio del quale in primo grado si era chiesta l'esecuzione, la risoluzione, la rescissione, l'annullamento (senza che il giudice di prime cure abbia rilevato né indicato alle parti cause di nullità negoziale), **è preclusa la facoltà di esaminarla perché inammissibile**.
- Dall'altro, che a quello stesso giudice **è fatto obbligo di rilevare d'ufficio una causa di nullità** non dedotta né rilevata in primo grado, indicandola alle parti ai sensi dell'art. 101 II comma (norma di portata generale e dunque applicabile anche in sede di appello);
- Dall'altro ancora, che tale obbligo deve ritenersi altresì attivabile **da ciascuna delle parti** ai sensi dell'art. 345 secondo comma c.p.c., che consente la proposizione **di eccezioni rilevabili di ufficio**.

8.5. La corretta coniugazione di tali, distinti aspetti processuali conduce:

- 1) Alla declaratoria di inammissibilità della domanda di nullità per novità della questione, che peraltro non ne impedisce (secondo consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte) la conversione e l'esame *sub specie* **di eccezione di nullità**, legittimamente proposta dall'appellante in quanto rilevabile di ufficio.
- 2) Alla (eventuale) rilevazione della nullità, nell'esercizio di un potere-dovere officioso, e alla indicazione del nuovo tema da esplorare in questa nuova fase del giudizio, se nessuna delle parti abbia sollevato la relativa eccezione.

8.6. Non può pertanto ritenersi preclusa al giudice, rilevata *in limine* la inammissibilità della domanda nuova, la facoltà di motivare in ordine alla ritenuta validità del contratto (come si è verificato nel caso di specie), con argomentazioni perfettamente speculari rispetto a quelle che avrebbe svolto se quella nullità egli stesso avesse autonomamente rilevato.

8.6.1. Lungi da risultare "sovrabbondante o illegittima", una tale motivazione si configura come doverosa disamina della (domanda inammissibile convertita in) eccezione di nullità negoziale formulata dalla parte appellante.

8.6.2. Egli non potrà, pertanto, limitarsi ad una declaratoria di inammissibilità in ragione della novità della domanda di nullità - emanando una pronuncia che racchiuderebbe, in tal caso, un significante esplicito (l'inammissibilità della

domanda) ed un implicito significato (la validità negoziale) -, ma deve, in conseguenza della conversione della domanda (inammissibile) in eccezione(ammissibile) di accertamento della nullità, esaminare il merito della questione.

8.6.3. Il potere/dovere di rendere la parte edotta delle ragioni della ritenuta validità del negozio oggetto della *res litigiosa* è stato, nella specie, legittimamente esercitato, sia pur soltanto *in parte qua*, dalla Corte bolognese con l'accertamento **della validità della clausola compromissoria** (ff. 16-19 della motivazione, ove correttamente si evidenzia come l'affermazione della nullità di una clausola compromissoria come quella in discussione avrebbe significato negare, in via generale, l'essenza stessa dell'arbitrato irrituale, che rappresenta non una mera sottrazione alla tutela giurisdizionale, bensì uno strumento di composizione negoziale delle controversie fondato sulla lecita esplicazione del principio, costituzionalmente garantito, della autonomia contrattuale delle parti, come affermato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 320 del 2002).

8.7. Non ignora il collegio che, a far data dalla sentenza di queste stesse sezioni unite n. 2078 del 1990, è consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento predicativo della carenza del potere di esame nel merito in capo al giudice che abbia pregiudizialmente rilevato la inammissibilità del gravame o della domanda (ovvero abbia declinato la propria giurisdizione o competenza: Cass. ss. uu. n. 5794/1992), con conseguente qualificazione in termini di ultroneità/superfluità/ininfluenza rispetto al dispositivo, perché rese *ad abundantiam*, di tutte le successive argomentazioni volte a rilevare la infondatezza nel merito della pretesa.

8.7.1. Tale orientamento, cui va data in questa sede ulteriore continuità, non appare peraltro in contrasto con la complessa fattispecie costituita dalla esistenza, nel procedimento di appello relativo a un'azione di impugnativa negoziale, **di una domanda di nullità inammissibile perché nuova** che, convertendosi **in una eccezione rilevabile di ufficio**, si sottrae alla sfera dello sbarramento preclusivo riservato invece *tout court* ad una domanda o ad una questione ormai irrimediabilmente preclusa dalle rigorose scadenze temporali imposte al processo.

8.8. Il primo motivo di ricorso va, pertanto, *in parte qua* rigettato.

8.9. Non risultano, di converso, esaminate dalla Corte territoriale le ulteriori questioni **dell'inapplicabilità all'arbitrato irrituale del principio di autonomia della clausola compromissoria** (sul punto, Cass. n. 8222 del 2000) e, quanto al merito, **della configurabilità di un procedimento simulatorio** nella costituzione di società finalizzata al solo trasferimento di diritti immobiliari. In proposito, l'accoglimento del secondo motivo risulta, in ragione della sua maggior liquidità, preclusivo dell'esame della restante parte del primo.

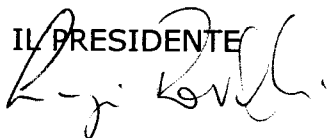
8.10. Sarà pertanto compito del giudice del rinvio esaminare e risolvere le due questioni sopraesposte, e in particolare pronunciarsi sul tema della simulazione e della sua rilevabilità di ufficio.

P.Q.M.

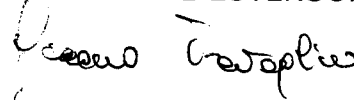
La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo, assorbiti i restanti motivi, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Bologna, in altra composizione.

Così deciso in Roma, li 8.4.2014

IL PRESIDENTE



IL CONSIGLIERE ESTENSORE



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Anna PANTALEO



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 12 DIC. 2014



Il Funzionario Giudiziario
Anna PANTALEO

