

LA RILEVABILITA' D'UFFICIO DELLA NULLITA' E LA MANCANZA DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL CONTRATTO

Di Giancarlo Filanti

| 107

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L' "essenza" della nullità secondo le Sezioni Unite.* – 3. *Ambito applicativo nella rilevabilità d'ufficio secondo le Sezioni Unite.* – 4. *La nullità e le nullità.* – 5. *Funzione e oggetto del giudizio di nullità.* – 6. *Ratio della rilevabilità d'ufficio della nullità.* – 7. *Causa petendi e giudicato sulla validità.* – 8. *Presenza di elementi impeditivi e assenza di elementi costitutivi.* – 9. *Rilevabilità d'ufficio della nullità in caso di domanda di annullamento e di nullità per una causa diversa.*

1. Premessa¹.

La rilevabilità d'ufficio della nullità è nella bufera. Dopo quasi mezzo secolo di oscillazioni, la Casazione sembra disorientata di fronte alla semplice domanda: si può pronunciare la risoluzione per inadempimento di un contratto nullo? L'attesa risposta "definitiva" delle Sezioni Unite, consegnata alla sentenza 4 settembre 2012, n. 14828, è stata immediatamente messa in discussione dalla Sez. II. La quale ha ritenuto inapplicabile la soluzione ivi indicata ed ha pertanto investito di nuovo della questione le Sezioni Unite, invocando "un approccio più problematico e più ampio", poiché "la costruzione non sembra pienamente condivisibile e del tutto co-

erente" (Cass. Sez. II, 3 luglio 2013, n. 16630, ordinanza interlocutoria).

Mi sembra che non vi sia da aggiungere altro per comprendere come una effettiva soluzione sia oggi una chimera. Occorre, quindi, raccogliendo il suggerimento dell'ordinanza interlocutoria, collocare il tema della rilevabilità d'ufficio in un più ampio orizzonte di senso. Ciò significa ripensare la nullità ed il giudizio che la investe nei suoi fondamenti.

Essendomi già occupato del tema (monografia citata e voce Nullità, in Enc. Giur. Treccani), piuttosto che riproporre direttamente le mie idee, intendo confrontarle con argomenti e soluzioni espressi nella sentenza delle Sezioni Unite.

2. L'"essenza" della nullità secondo le Sezioni Unite

Con la sentenza richiamata le Sezioni Unite, ripercorso il lungo e tormentato cammino della giurisprudenza sulla rilevabilità d'ufficio della nullità in caso di domanda di risoluzione per inadempimento – ora negata in ossequio al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (tesi per lungo periodo dominante); ora ammessa perché logica-

¹ Ancora la nullità? Ironizzano colleghi ed amici. Voglio mettere le cose in chiaro: non sono io che la cerco, è lei che mi insegue.

La mia monografia "Inesistenza e nullità del negozio giuridico" vede la luce in tempi di calma piatta nella materia. Ma in seguito il legislatore si è dato da fare. Prima le nullità di protezione, poi l'introduzione nell'ordinamento della nullità dell'atto amministrativo. Provocazioni alle quali non ho saputo resistere (v. rispettivamente, la voce Nullità speciali, in Enc. giur. Treccani, e La nullità, le nullità e... Itaca, in Persone e mercato, 2013). Quanto alla giurisprudenza, il disorientamento sulla rilevabilità d'ufficio. Anche in questo caso cercherò di dare una risposta.



mente soltanto un contratto efficace può dar vita all'obbligazione che si afferma inadempita – individua il fondamento teorico della soluzione (vicina alla seconda tesi) che intende proporre nell'essenza stessa della nullità.

La quale, secondo consolidata tradizione, risiederebbe nella “tutela di interessi generali, di valori fondamentali che comunque trascendono quelli del singolo”.

Pertanto escludere la rilevanza d'ufficio in caso di domanda di risoluzione per inadempimento, significa “depotenziare” la funzione della nullità che esprime il “disvalore” dell'atto di autonomia privata che ne è colpito.

Cause di nullità che sono tutte da porre sullo stesso piano dal punto di vista della disciplina, ad eccezione delle c.d. nullità di protezione.

3. Ambito applicativo nella rilevanza d'ufficio secondo le Sezioni Unite

Su queste premesse, il potere di rilevare d'ufficio la nullità non può che avere la massima estensione: quale che sia la domanda, quale che sia la causa di nullità.

Tuttavia una simile risposta al quesito esaminato deve essere sembrata eccessivamente disinvolta nei confronti del principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

Così, una volta che il giudice ha indicato alle parti le questioni rilevabili d'ufficio (fra le quali appunto la nullità), queste hanno la possibilità di proporre domanda di nullità (art. 183, comma 5, c.p.c.). Nel qual caso la domanda di risoluzione può essere convertita in domanda di nullità o cumulata con questa. La sentenza (ovviamente direi) avrà effetto di giudicato sulla nullità. Se, invece, le parti non propongono domanda, il rilievo della nullità porta al rigetto della domanda di risoluzione “con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto”.

La soluzione di compromesso fra la tesi favorevole al rilievo officioso, che chiamerò “sostanzialista”, e la tesi contraria, definita comunemente “processualista”, non convince

O la questione della validità rientra nella causa petendi della domanda di risoluzione al pari della domanda di esecuzione, ed allora la rilevazione d'ufficio della nullità dovrà comunque portare ad una pronuncia con effetto di giudicato. Oppure la questione della validità non rientra in quella causa petendi, ed allora la rilevazione d'ufficio è preclusa.

Questo è il rilievo che può muoversi dall'“interno” del ragionamento delle Sezioni Unite.

A me sembra, tuttavia, che le criticità della costruzione riflettano la fragilità delle fondamenta. Sì che per avviare il problema a soluzione occorre riconsiderare i presupposti relativi all'“essenza” della nullità e alla funzione della rilevanza d'ufficio.

4. La nullità e le nullità

Ravvisare l'“essenza” della nullità nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali, è un dogma di consolidata tradizione, ma ormai sottoposto a revisione critica da più parti.

La mancanza di accordo, la mancanza della forma ad “*substantiam*” sono testualmente indicati come cause di nullità (art. 1418, secondo comma, cod. civ.): e tuttavia non si vede quale possa essere l'interesse pubblico leso. Si tratta di atti semplicemente inutili, rispetto ai quali l'ordinamento è indifferente.

Meritevole di approfondimento è invece l'affermazione pressoché pacifica della equivalenza delle cause di nullità in generale e specificamente con riguardo al giudizio di nullità.

Se con tale assunto si volesse semplicemente dire che il negozio nullo non produce effetti, quale che sia la causa di nullità, non vi sarebbe alcunché da eccepire.

Se, invece, l'equivalenza è predicata in relazione alla disciplina della nullità, le cose stanno diversamente.

Le cause di nullità sono, nelle diverse tipologie, profondamente diverse fra loro: incompletezza della fattispecie, illiceità, contrasto con norme imperative, gli “altri casi previsti dalla legge”. Di fronte a simile eterogeneità - sconosciuta per l'annullabilità: sostanzialmente vizi della volontà e incapacità di agire - è incoerente e fuorviante ipotizzare una ratio unitaria e quindi una disciplina omogenea.

Così è ormai pacifico che le figure normative di efficacia “eccezionale” del negozio nullo (articoli 128, 590, 799, 2126, 2332, 2652, n. 6 del cod. civ.) non possono trovare applicazione in tutti i casi di nullità.

I quali, ai sensi del secondo comma dell'art. 1418, riguardano anche la mancanza dei requisiti essenziali. Si apre così la strada all'imperfezione della fattispecie negoziale, che non tollera logicamente alcuna limitazione alla sua essenziale negatività. L'approdo è il “non essere” del negozio nullo, non identificabile in termini positivi e perciò inidoneo a costituire il primo termine del binomio causa-effetti.

L'interprete deve pertanto, nelle ipotesi di efficacia del negozio nullo, volgere in positivo la formula, individuare cosa del negozio deve sussistere affin-





ché quegli effetti si producano. Ciò comporta una selezione fra le cause di nullità.

5. Funzione e oggetto del giudizio di nullità

Analoghe considerazioni si possono formulare riguardo al giudizio di nullità, al suo oggetto.

La questione in tal caso è più delicata e complessa. Il giudizio di nullità non ha ad oggetto un negozio nullo ma efficace, ma semplicemente un negozio nullo.

Tuttavia, in quanto oggetto di giudizio il negozio nullo non si può risolvere nel puro non essere del negozio. Del negozio vi deve essere tanto o poco: comunque qualcosa².

Per individuare questo qualcosa occorre individuare l'interesse che il legislatore intende tutelare accordando l'azione di nullità. Operazione niente affatto agevole. Lo spazio fra interesse alla restituzione (ripetizione dell'indebitto, rivendica) e interesse alla eliminazione degli effetti (annullamento) è estremamente sottile, quasi impalpabile. Storia e comparazione lo confermano: ignota al sistema romano, francese e italiano sub codice 1865, assente nel Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927³, ignorata ancora oggi dal Progetto di riferimento quadro del diritto europeo dei contratti (Draft Common Frame of Reference), l'azione di nullità nasce nella sua configurazione autonoma con la pandettistica ed è introdotta in Italia da Chioven-da. Che ne ravvisa la funzione nell'esigenza di rimuovere l'incertezza sulla validità suscitata dal negozio (benché) nullo.

Un'incertezza ex re da distinguere dalla incertezza da contestazione che caratterizza l'azione generale di mero accertamento.

L'incertezza sulla validità mi sembra peraltro indicazione troppo generica. Quante volte un negozio suscita dubbi interpretativi sul significato di una o più clausole ed una delle interpretazioni possibili ha come esito la nullità del negozio, l'azione dovrebbe essere ammessa.

Troppo volte. Al giudice si finisce in tal modo per assegnare una funzione consultiva.

² Tale premessa epistemologica, non è condivisa da PAGLIANTINI S., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2011, p. 793 e ss.; il quale nella sua ampia analisi critica afferma tra l'altro che selezionare le cause di nullità contraddirebbe la lettera dell'art. 1418 (p. 773). A ciò si può replicare che la mancanza degli elementi essenziali e dei loro requisiti (secondo comma) porta ineluttabilmente dritto alla identificazione del negozio nullo con il "non negozio": una "non realtà" nella quale è facile smarrirsi.

³ GUARNERI A., *L'azione di nullità (Riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. Dir. Civ.* 1993, I, p. 41 ss. spec. 72 e pagine conclusive.

In realtà essa è proposta in via autonoma piuttosto raramente. Di regola si accompagna all'azione di ripetizione dell'indebitto rispetto alla quale nell'esperienza francese ha funzione puramente "ancillare".

Se, al di là delle enunciazioni astratte, si vuole ritagliare all'azione di nullità uno spazio autonomo, piuttosto angusto peraltro, bisogna pensare ad un interesse del tutto peculiare tutelato attraverso di essa.

Tale interesse è volto non già a rimuovere un'incertezza, bensì una relativa certezza. Quella che caratterizza un atto negoziale apparentemente valido. L'avverbio è polisensibile e in definitiva, in tale contesto, descrive empiricamente il fenomeno, senza un vero ancoraggio tecnico-giuridico.

Questo può desumersi da una norma chiave dell'ordinamento privatistico. Mi riferisco all'art. 2697, cod. civ., sull'onere della prova.

Se all'attore è sufficiente provare i fatti costitutivi del diritto del quale chiede tutela, ciò significa che da essi il giudice trae il convincimento della fondatezza della pretesa.

Ma se i fatti costitutivi "convincono" il giudice, è naturale che essi siano idonei a "convincere" anche i consociati. O, capovolgendo i termini, sono da considerare fatti costitutivi, fondativi della pretesa, quei fatti che segnalano ai consociati la presenza di un diritto.

L'ontologismo sostanzialista induce a pensare che la fattispecie sia integrata dalla presenza dei fatti costitutivi e dall'assenza dei fatti impeditivi⁴.

Un puro schema, una figura piatta, statica, avulsa dall'esperienza giuridica. Ma nel processo, dove si fa il diritto, non ci si affida a ciò che è ma a ciò che deve essere dedotto e provato.

La fattispecie si scompone nella rappresentazione dinamica della realtà giuridica; i fatti costitutivi fondano la pretesa; i fatti impeditivi la paralizzano.

L'onere della prova è ripartito. Non fosse altro perché è estremamente arduo, anzi illogico, senza ricorrere ad indici presuntivi, richiedere la prova dell'inesistenza di un fatto.

Ebbene, con riguardo alla fattispecie negoziale nulla, gli elementi costitutivi del negozio suscitano nei consociati la (relativa) certezza della validità ed efficacia del negozio. Senonché tale certezza è fallace, in quanto sussistono (anche) elementi impeditivi dell'efficacia.

Ed allora l'azione di nullità mira a rimuovere l'apparenza di validità ed efficacia giuridicamente qualificata dalla presenza degli elementi costitutivi del negozio, in realtà negata dalla contestuale pre-

⁴ Sul punto, v. PATTI S., *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. Iudica - Zatti* - Milano 2010, p. 123.

senza degli elementi impeditivi. Sì che al giudice si chiede semplicemente di dichiarare l'inefficacia degli elementi costitutivi.

Questo, a mio avviso, l'oggetto del giudizio di nullità. Il quale, una volta esclusi i casi di assenza degli elementi costitutivi, si restringe notevolmente (si può pensare, ad esempio, al motivo e alla causa in concreto illeciti; alla simulazione, al negozio del falso rappresentante, entrambi oggetto di giudizio di nullità secondo la Cassazione).

In linea del resto con il dato statistico di cui dianzi si è detto e con l'estrema difficoltà con la quale tale azione ha trovato un suo spazio autonomo (tuttora incerto: v. Cass. 5775/2003 che afferma l'insussistenza dell'interesse alla pronuncia di nullità se l'azione di ripetizione dell'indebito è prescritta; v. anche Cass. 382/1997 e 27334/2005).

E l'assenza di elementi costitutivi? Essa segnala il mero non essere del negozio, al quale si può aggiungere l'affermazione di Kelsen: il caso di nullità assoluta è fuori dal diritto. L'azione di nullità, si è visto, è volta invece a rimuovere "qualcosa".

6. Ratio della rilevanza d'ufficio della nullità

Il "qualcosa", come dianzi individuato, oggetto dell'azione di nullità è contrastato dalla rilevanza d'ufficio.

La regola, a prima vista, sembra confortare l'idea tradizionale, condivisa dalle Sezioni Unite, della nullità come presidio di interessi generali che trascendono quelli del singolo. Finalità che dovrebbe caratterizzare ciascuna causa di nullità. Ma così, come si è visto, non è. Né varrebbe la pena ridurre le cause di nullità a quelle poste effettivamente a tutela di interessi generali. Si restringerebbe in tal modo l'oggetto del giudizio e della rilevanza in particolare alle ipotesi di contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume dell'oggetto o della causa del negozio. Un risultato che lascerebbe insoddisfatta la stessa dottrina che propugna quell'idea di nullità.

Non è dunque nelle cause di nullità che deve essere ricercata la ragione della rilevanza d'ufficio.

Un simile potere del giudice, che in qualche misura limita il principio dispositivo, chiama in causa un interesse ulteriore, questo sì di rango superiore rispetto a quello del privato che agisce in giudizio.

Tale interesse non ha una matrice "sostanzialista", non è desumibile dalle cause di nullità, come si è detto, ma è tutto interno al processo civile e ai suoi principi.

La presenza degli elementi costitutivi fonda pretese e diritti negoziali. La presenza di elementi im-

peditivi rivela che quell'apparenza di validità ed efficacia è fallace. Se al giudice non fosse accordato il potere di rilevare d'ufficio la presenza dei secondi, in assenza di un'iniziativa di parte, quell'apparenza di validità si consoliderebbe in virtù del giudicato.

Fin qui, si potrebbe osservare, niente di diverso da qualunque giudizio civile, il cui sviluppo ed esito è delimitato dal perimetro segnato dalle parti.

Senonché la nullità esprime, pur nella sterminata varietà delle cause di essa, un'inefficacia radicale, garantita dalla imprescrittibilità ed assolutezza dell'azione.

In qualunque tempo, chiunque vi abbia interesse può promuovere un giudizio di nullità.

Sì che su iniziativa ad esempio del terzo creditore dell'alienante, quel giudicato di validità (fra le parti del negozio) sarebbe travolto dalla successiva pronuncia di nullità e con esso pregiudicato l'interesse generale all'ordinato svolgersi dei rapporti giuridici (v. in tal senso Cass. 19903/2005).

Il potere del giudice trova dunque giustificazione nell'esigenza di impedire che si formi il giudicato sulla validità ed efficacia del negozio pur in presenza di elementi impeditivi.

Se così è, la regola entra in gioco soltanto quando il giudicato investe validità ed efficacia del negozio.

Ed è proprio su questo punto cruciale che le contrapposizioni giurisprudenziali sono irriducibili: Per rimanere al caso paradigmatico: in caso di domanda di risoluzione per inadempimento (accolta o rigettata che sia) si forma il giudicato sulla validità?

La tesi "processualista" lo esclude in omaggio al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato; la tesi sostanzialista dà risposta affermativa per la priorità logica dell'efficacia del contratto rispetto all'obbligazione di cui si lamenta l'inadempimento.

Coerentemente la prima esclude la rilevanza d'ufficio della nullità, la seconda ritiene la regola operante.

A me è sembrato che per dipanare la matassa fosse necessario individuare l'oggetto del giudizio di nullità e quindi della rilevanza d'ufficio di essa.

A tal fine ho cercato lumi nel dettato normativo sull'onere della prova. Si tratta di principio fondamentale dell'ordinamento privatistico, decisivo innanzitutto per individuare la causa petendi: nella specie dell'azione di risoluzione per inadempimento.

7. Causa petendi e giudicato sulla validità

Avendo ben chiaro che il processo "mette a fuoco" soltanto una parte del c.d. "diritto sostanziale",





chi vuol far valere il diritto alla risoluzione deve provare i fatti su cui la pretesa si fonda ossia la causa petendi: il contratto, nei suoi elementi costitutivi, e l'inadempimento. Se si riconoscesse al giudice il potere di rilevare la presenza di fatti impeditivi, ove non si avvedesse della loro presenza, si formerebbe il giudicato sulla validità del negozio. Benché l'accertamento non investa tale qualificazione, che è fuori dal perimetro del giudizio.

Chi, invece, vuol far valere il diritto all'esecuzione, allega e prova gli elementi costitutivi del contratto, postulando altresì l'assenza di elementi impeditivi, in quanto non solo il contratto ma anche la sua validità ed efficacia, integrano il fatto costitutivo su cui la sua pretesa si fonda ossia la causa petendi

La rilevanza d'ufficio degli eventuali elementi impeditivi, quindi della nullità, si colloca in tal caso nel perimetro del giudizio.

Se la presenza di elementi impeditivi non è rilevata, è del tutto logico e coerente che si formi il giudicato sulla validità.

In conclusione: nella domanda di risoluzione la causa petendi è il contratto (nei suoi elementi costitutivi) e l'inadempimento; nella domanda di esecuzione la causa petendi è la validità ed efficacia del contratto ossia elementi costitutivi del contratto e (postulata) assenza di elementi impeditivi.

Si capisce quindi perché la regola della rilevanza d'ufficio della nullità entri in gioco quando si chiede l'esecuzione del contratto e non la risoluzione di esso. Un ambito applicativo ristretto, certo, come circoscritto del resto è l'oggetto del giudizio di nullità.

8. Presenza di elementi impeditivi e assenza di elementi costitutivi.

E le cause di nullità rappresentate dall'assenza di elementi costitutivi?

Secondo la ricostruzione suggerita, sono fuori dal giudizio di nullità. La compravendita di immobile verbale, il dissenso palese, l'impossibilità materiale dell'oggetto sono semplicemente imperfezioni della fattispecie negoziale, la quale, al pari di qualunque altra fattispecie imperfetta (es. usucapione ordinaria invocata prima del decorso del termine ventennale), non integra il fatto costitutivo posto a fondamento del diritto fatto valere in giudizio. Non entra in gioco la rilevanza d'ufficio: l'esito è il rigetto della domanda (nel merito), esattamente come per ogni altra fattispecie imperfetta.

E ciò accade quale che sia il petitum: esecuzione o risoluzione.

Nel primo caso la soluzione mi sembra lineare: mancano gli elementi costitutivi del contratto sul quale si fonda la pretesa.

Nel secondo caso si tratta di intendersi sulla causa petendi. Se essa, come ho detto, è rappresentata dal contratto e dall'inadempimento, l'imperfezione del primo connotata dall'assenza degli elementi costitutivi, conduce dritto al rigetto della domanda.

Impropriamente si richiama la rilevanza d'ufficio della nullità, che è regola per così dire più sofisticata, estranea al giudizio di risoluzione.

Vi è una pronuncia della Cassazione che ha contribuito notevolmente alla "svolta" in senso sostanzialista della rilevanza d'ufficio (sent. n. 2956/2011).

Di fronte ad una domanda di risoluzione per inadempimento di preliminare di vendita immobiliare verbale, la Cassazione ha rilevato e pronunciato la nullità del contratto.

Tale sentenza in realtà ha contribuito a rendere ancora più inestricabile la matassa.

Accettato acriticamente il dogma della equivalenza di tutte le cause di nullità, la conseguenza non può essere altra che quella tratta dalla sentenza in questione. Quale che fosse il convincimento sulla questione generale della rilevanza d'ufficio, la Suprema Corte non poteva cadere nel paradosso di una pronuncia sulla risoluzione di preliminare orale.

Secondo la distinzione proposta fra le cause di nullità, la soluzione lineare doveva portare al rigetto della domanda per mancanza del contratto ossia dagli elementi costitutivi di esso e quindi di uno dei due fatti su cui si fonda la domanda di risoluzione: come si è visto, il contratto (e non anche la sua validità) appunto e l'inadempimento.

9. Rilevanza d'ufficio della nullità in caso di domanda di annullamento e di nullità per una causa diversa

Le Sezioni Unite, nella sentenza più volte richiamata, rinviavano ad un successivo autonomo giudizio l'esame della questione in epigrafe.

Mi sembra di poter dire, secondo la linea di pensiero esposta, che quando si chiede l'annullamento o la nullità per una causa diversa (in ipotesi insussistente), l'oggetto del giudizio verte sulla efficacia del contratto, come in caso di domanda di esecuzione. Nel secondo caso se ne afferma l'efficacia nel primo l'inefficacia.

Negare la rilevanza d'ufficio della nullità nelle ipotesi in questione, porterebbe, ove risultasse insussistente il vizio invocato come causa d'annullamento o di nullità, al formarsi del giudicato sulla validità ed efficacia del contratto esattamente

te come quando la domanda ha ad oggetto l'esecuzione del contratto.

Giudicato peraltro caduco di fronte alla domanda di nullità di un terzo per causa di nullità (o per causa di nullità diversa). Con le conseguenze dianzi rilevate in termini di turbamento dell'ordine giuridico e sociale.

| 112

L'ingresso nel discorso fin qui svolto dell'azione d'annullamento richiede alcune precisazioni.

Ritengo che domanda di annullamento e domanda di nullità, quanto alla causa petendi, obbediscano al medesimo schema. Elementi costitutivi del contratto inficiati dalla presenza di elementi impeditivi.

Diverso è naturalmente il *petitum*, perché in un caso ricorrono gli elementi impeditivi che portano all'annullamento, nell'altro gli elementi impeditivi che sono a fondamento della dichiarazione di nullità.

L'accertamento dell'inefficacia degli elementi costitutivi obbedisce a sua volta a regole diverse nei rispettivi giudizi, secondo una graduazione di risposte alle rispettive violazioni della fattispecie negoziale, che si traducono comunque in entrambi i casi in fatti impeditivi dell'efficacia degli elementi costitutivi.

Tali violazioni – fatti impeditivi sono testuali in caso di annullabilità; spesso virtuali e, per le ragioni dette, indeterminate in caso di nullità. L'esigenza di individuare le seconde in modo coerente con le regole del giudizio di nullità non è ancora sufficientemente avvertita. Di qui il disorientamento di fronte alla rilevabilità d'ufficio.

