

## LA NULLITÀ DI PROTEZIONE COME UNA CATEGORIA GIURISDIZIONALIZZATA?

Di Stefano Pagliantini

| 31

**SOMMARIO: Prologo. - 1. Nullo ed avvenuto? Da Betti a Spada nella cornice di una “dottrina” della Cassazione. - 2. Esiste un significato “primo” della nullità di protezione o il concettualizzarlo ha lo stigma della formula magica? - 3. Cass. 30555/2019, sull’esercizio abusivo della nullità di protezione: luci ed ombre. - 4. Pura nullità per una sopravvenuta estinzione del potere di impugnare? - 5. La nullità di protezione nella dualità di atto e rapporto? - Postilla.**

*ABSTRACT. Traendo spunto da alcune recenti statuizioni della Suprema Corte di Cassazione, ed in particolare dalla pronuncia n. 30555/2019 in tema di immobili da costruire, il presente saggio solleva dubbi circa la possibilità di considerare la nullità di protezione come una categoria rimediale assolutamente indistinta e pone l’attenzione, con riferimento al suo esercizio, sulla necessità di tenere in primaria considerazione gli scopi finali che la legge, per il suo tramite, intende realizzare. Drawing inspiration from some recent Supreme Court of Cassation’s rulings, and in particular from decision no. 30555/2019 relating to the guarantee provided for properties to be built, this essay raises doubts about the possibility of considering the nullity of protection as an absolutely indistinct remedial category and focuses, with reference to its exercise, on the need to take into primary consideration the final purposes that the legislative provisions intend to realize.*



**Prologo.**

Con il solito periodare finissimo, nel 2007 Giuseppe Benedetti fulminava il lettore scrivendo che il «pensiero moderno, a più voci, richiede e teorizza libertà costruttiva, opportunistica ed anarchica». La *reductio ad unum* pandettistica, in un contesto sif- fatto, «non trova più credito»<sup>1</sup>. Orbene, che dire allora, venendo subito al punto, della diffusa tendenza del diritto vivente a classificare la nullità di protezione come un *tertium genus*, interpolato tra nullità ed annullabilità, munito del corredo specifico di un suo autosufficiente regime normativo largamente divaricato da quello contrassegnante l'invalidità codicistica?<sup>2</sup> Già il fatto di ritenere che il pluralismo delle “nuove” nullità si sciogla in uno statuto disciplinare costante tradisce va da sé vistosamente quanto prosperi l'ambizione non a censire una campionatura di omonimie quanto a fissare, identificandolo una volta per tutte, un significato precettivo del lemma “nullità di protezione”.

Ecco la domanda, quand'è così: è più veritiera l'immagine neo – pandettistica di una nullità seconda che, in quanto *species* del *genus* nullità in senso proprio<sup>3</sup>, è riassorbita in essa, o coglie più nel segno la sofisticata intuizione di un Giuseppe Benedetti che, nel passo citato, arieggia la magistrale lezione di Vincenzo Scalisi? Siccome, nell'arco di tre lustri, le nullità protettive sono fiorite incessantemente entrando ormai in una dilagante dimensione monopolistica, è ferma opinione di chi scrive che soltanto un discorso problematico condotto ad ampio raggio eviti, in realtà di incappare in un dogmatismo di pura maniera. Di qui il nostro procedere provando ad abbinare, come direbbe Paolo Grossi<sup>4</sup>, allo scrutinio del singolo punto il senso della linea.

**1. Nullo ed avvenuto? Da Betti a Spada nella cornice di una “dottrina” della Cassazione.**

<sup>1</sup> In *La rescissione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, T. VIII, Torino, 2007, 42.

<sup>2</sup> V. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.* 2020, 8.

<sup>3</sup> V. Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242. In dottrina, tra gli altri, DI CIOMMO, *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido, Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di Di Ciommo e O. Troiano, Piacenza, 2018, 141.

<sup>4</sup> In *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *Id., Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 3 ss.

Replicando a Fedele, che reputava meramente concettualistica la figura della nullità relativa, nel 1954 Emilio Betti scrive, in una pagina di rara acutezza, che il «diritto non è aritmetica, né logica formale, né, tanto meno, causalità di leggi fisiche: è tutela di interessi»<sup>5</sup>. Orbene, se nullità è sinonimo di un *disconoscimento* di effetti in quanto ogni sua comminatoria è espressiva di una «legge [che] ricaccia nel nulla un fatto concreto», derubricandolo ad un «tentativo ... fallito»<sup>6</sup>, nel panorama odierno un trittico di sentenze della Cassazione apertamente squassano questo dogma. Statuendo infatti che il giudicato sulla nullità del contratto – quadro legittimo l'investitore a ripetere il singolo ordine *in default* soltanto quando il danno subito sia superiore al profitto complessivamente tratto dalla somma investita, Cass. S.U. 28314/2019, senza tante perifrastiche, istituzionalizza una nullità irretroattiva o, al più, a retroattività debole. A sua volta, sentenziando che il realizzarsi dell'immobile promesso, benché il preliminare sia nullo per la carenza di un presupposto oggettivo di validità (art. 2, comma 1 d. Lgs. 122/05), importa il rigetto della domanda di nullità quando questa sia abusiva, Cass. 30550/2019 fa in realtà dipendere la sorte dell'operazione dal dato fattuale di un interesse finale protetto che “non è più in alcun modo in pericolo”. Infine, facendo apertamente leva sul canone di un'interpretazione *ad finem*, Cass. S.U. 23601/2017<sup>7</sup>, mette in forma una rilettura dell'art. 1423 c.c. e vi associa una convalida retroattiva del contratto di locazione nullo ex art. 1, comma 346 l. 311/2004 epperò tardivamente registrato. In motivazione si legge che una sanatoria rampollante da un *adempimento* ben si amalgama con una nullità “funzionale” sancita per “inadempimento” all'obbligo di registrazione”. La replica, va da sé istintiva, di una marcata improprietà nel richiamarsi, fatto dalla Corte, all'art. 1423 non riuscirebbe, lo notiamo subito, a smontare l'argomento che, siccome una registrazione postergata realizza, seppur in tempi diversi, l'interesse tutelato, non c'è qui motivo per denegare al suddetto *fatto* l'idoneità ad un “recupero” del contratto, assicurando così “piena tutela” al conduttore quale “parte debole del

<sup>5</sup> In *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1955<sup>2</sup>, 483, nt. 20.

<sup>6</sup> Così IRTI, *Il “pathos della distanza”*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 177. Nella letteratura specialistica v., in luogo di tanti, FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, Artt. 1418 – 1424, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2015, 260, che addirittura paragona l'inefficacia originaria della nullità ad un «principio di logica».

<sup>7</sup> Cass. S.U. 9 ottobre 2017, n. 23601, può leggersi per esteso in *Contratti*, 2018, 25 ss., con nota (critica) di GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*.





rapporto”<sup>8</sup>. D’altro canto, il principio di diritto enunciato da Cass. 10116/2018 parla da sé<sup>9</sup>: all’investitore che agisca in nullità selettiva non è opponibile un’eccezione di dolo od una sopravvenuta sanatoria, “per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso”, non *in sé* ma quando il contratto – quadro *difetti* integralmente, la rinuncia e la convalida “essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente”.

Orbene, dobbiamo così dedurne, sulla scia di una raffinata dottrina giuscommercialistica<sup>10</sup>, che il brocardo francese “*nul et non avvenu*” sia ormai consunto e da sostituirsi con il ben più pragmatico “nullo e avvenuto”? Se la dovessimo pensare così manderemmo in archivio, rispetto almeno alla nebulosa delle nullità di protezione, due enunciati entrati nell’uso, rispettivamente la nobile idea che «le norme imperative sono “nientificatrici”, [alla lettera] produttrici del niente»<sup>11</sup> e l’immagine di una nullità di protezione come una «sanzione rafforzata» attesa anche una sua stragiudizialità *in rebus*<sup>12</sup>: quando è forse piuttosto vero che, se un sopravvenuto soddisfa dell’interesse protetto la rende una tecnica di tutela *disponibile*, ci troviamo in realtà al cospetto di una nullità *minus quam perfecta*. Non è forse vero, del resto, che, in luogo di un’impugnativa negoziale, il consumatore potrebbe *rinegoziare* il contenuto di una clausola vessatoria? Anche se la domanda intrigante che dovremmo farci è piuttosto un’altra, tutta incentrata sull’apprurare se una siffatta disponibilità sia nelle mani del professionista predisponente il quale, onde evitare una declaratoria di nullità parziale, alla maniera della rescissione (art. 1450 c.c.), offra una *modificazione emendativa*. Il divieto di riduzione conservativa, notoriamente sancito come un imperativo dalla Corte di Giustizia (*leading case Banco Español de Crédito*, C-618/10,

§ 65)<sup>13</sup>, è rivolto *direttamente* al giudice, al quale non è dato rettificare, come ribadisce adesso la Grande Sezione in causa *Gomez del Moral Guasch c. Bankia SA* (§ 58)<sup>14</sup>, la clausola: ma una negoziazione postuma, innescata da un professionista profittatore che si ravvede, non sembra che ne venga ostativamente toccata giacché, quale vicenda del rapporto, essa crea, diremmo alla Benedetti, «una situazione giuridica *nuova* che modifica ... quella preesistente derivante dal contratto lesivo»<sup>15</sup>. Del resto l’art. 34, comma 1 c. cons., quantunque non la menzioni, neanche preclude un atto di autonomia, rifiutabile sì dal contraente protetto ove reputato iniquo ma, laddove sia espressiva di un diverso *trattamento*, idoneo *recta via* diremmo a soddisfare l’interesse protetto seppure «in tempi e con modalità diverse da quelle tipicamente e fisiologicamente indicate dal legislatore»<sup>16</sup>. D’altronde, se la vessatorietà di una clausola è normativamente connessa all’assenza di una trattativa individuale, il distinguo da farsi ci parrebbe stare tra un negoziato postumo ed una cooperazione ricattata<sup>17</sup>. Dopo di che, la circostanza che qui non si versi in una fattispecie di convalida ex art. 1423 c.c., quanto e piuttosto di una sanatoria convenzionale, è un rilievo, ai limiti del lapalissiano, che vien da sé.

## 2. Esiste un significato “primo” della nullità di protezione o il concettualizzarlo ha lo stigma della formula magica?

Possiamo provare ad abbozzare una formula che, quantunque descrittiva, ha dell’espressivo: la nullità di protezione *sostiene* la libertà del contraente più debole ma non può trasmodare. Ogni finalità speculativa la corrompe. Ridotta all’essenziale una notazione del genere prelude al dire che, mentre il recesso di pentimento è rimedio *ad nutum* (art. 52, comma 1, c. cons.) epperò pure assoggettato ad un termine di decadenza (art. 53, comma 1, c. cons.), nella nullità di protezione l’interesse presidiato, quantunque benefici di un’azione imprescrittibile, funge invece da *limite* all’agire arbitrario del soggetto legittimato. La legittimazione relativa, che si legge nell’*incipit* eccettuario dell’art. 1421 c.c., non può riguardarsi, insomma, come una *formula in bianco*.

<sup>8</sup> *Adde* Cass. 20 dicembre 2018, n.32934, Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo, ove non registrato nei termini di legge, è sì nullo ma, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, “sia pure limitatamente al periodo di durata del rapporto indicato nel contratto successivamente registrato”. Nella specie, come possiamo trarre dalla narrativa del fatto, si era al cospetto di un contratto di locazione ad uso abitativo stipulato il 5 novembre 2011, ma registrato il 20 settembre 2012, con indicazione della data di inizio del rapporto del 1° settembre 2012.

<sup>9</sup> Cass. 24 aprile 2018, n. 10116.

<sup>10</sup> V. SPADA, “*Nulla e avvenuto*”: le nullità nel diritto commerciale, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 219 ss.

<sup>11</sup> Così IRTI, *Il “pathos della distanza”*, cit. 177.

<sup>12</sup> Così ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall’angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *Tutela dell’acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano 2006, 118 nonché DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 25.

<sup>13</sup> Abbiamo plurime volte affrontato la questione: da ultimo in PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561 ss.

<sup>14</sup> CGUE, 3 marzo 2020, causa C-125/18.

<sup>15</sup> In *La rescissione*, cit. 69.

<sup>16</sup> Così MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1053.

<sup>17</sup> A voler riprendere l’efficacissima formula di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, 28 ss.

Ebbene, davvero però una lettura siffatta, anziché fuorviare, riesce ad orientare persuasivamente l'interprete? Se infatti mutassimo di prospettiva e leggessimo il "di protezione" come espressivo non di una legittimazione relativa bensì di una *ad excludendum*<sup>18</sup>, il quadro muterebbe visto che qui il genitivo, stando ad indicare che una siffatta nullità mai può giovare al contraente forte, di per sé includerebbe, ove beninteso ridondante a favore del contraente debole, un'azione promossa da un terzo<sup>19</sup>; e tale, vien da sé, sarebbe il caso, nonostante il contrario avviso della giurisprudenza di merito<sup>20</sup>, del fideiussore<sup>21</sup>.

E non solo. Anche la parzialità necessaria vista come un attributo identificativo delle nullità di protezione quale rimedio a vocazione funzionale, già al netto del combinato disposto degli artt. 34, comma 2 e 36, comma 1, c. cons., somiglia fin troppo ad un luogo comune dottrinale che ha del mentitorio. Non a caso coglie ben più nel segno il dire che la parzialità è uno «dei possibili strumenti della nullità di protezione»<sup>22</sup>. Diversamente, lo (ri)notiamo, avremmo una categorizzazione claudicante premissiva, come sarebbe, di tutti i casi in cui la nullità

di protezione, rilevando da «strumento di complemento» di una forma scritta comandata *ad substantiam* (artt. 23 T.U.F. e 117 T.U.B.), di uno *ius poenitendi* calato nella fattispecie da requisito essenziale (art. 30, comma 7 TUF) ovvero di un formalità trasformata in presupposto oggettivo di validità del regolamento negoziale (art. 2, comma 1, d. lgs. 122/2005), è causa (non di una correzione parziale bensì) di un caducarsi del contratto<sup>23</sup>. Sostenere che il contratto è «ri-modulato, a dispetto della nullità demolitiva»<sup>24</sup>, coglie una delle due campiture, segnatamente quella ove si ha «superpresenza della legge»<sup>25</sup>.

Già così perciò, vien facile notarlo, la sensazione di trovarsi al cospetto, detto alla Dolmetta maniera, di un «cantiere aperto» è di un'evidenza vividamente tangibile. Che sia allora vero, come notavamo in apertura, che tra il linguaggio delle disposizioni ed il metalinguaggio degli interpreti viene spesso ad intercorrere un rapporto (ben poco virtuoso) «di circolarità [ovvero] di costruzione circolare»<sup>26</sup>? Già per es. rispetto all'idea di una legittimazione *ad excludendum*, notiamo che, se il discorso può reggere rispetto agli artt. 36 c. cons. e 127-02, comma 2, T.U.B., la legittimazione relativa è invece testuale almeno, com'è risaputo, in un trittico di casi (artt. 134, comma 1, c. cons., 23, comma 3, e 30, comma 7, T.U.F.) ove l'impugnativa stilizza pure una sorta di «diritto di uscita» dal contratto. L'interprete smalizzato ne potrebbe allora ricavare l'impressione che ogni vocazione sostanzialista, cioè il ritenere che il sintagma «nullità di protezione» sia munito di un «significato primo ed indefettibile»<sup>27</sup>, è argomentativamente corretta fino a quando non trascorra in una «sopraffazione» della nomenclatura legislativa «da parte del concetto»<sup>28</sup>. Per inciso, la nullità relativa confezionata nell'art. 2 comma 1, d. lgs. 122/2005, quantunque appannaggio delle persone fisiche, non è riservata ai «consumatori» e neanche è funzionalmente subordinata alla destinazione della *res*, tanto è vero che l'immobile da costruire potrebbe pure *non essere* una casa di abitazione. Vien fatto così di domandarsi, visto che il lemma «nullità di protezione» riceve abitualmente

<sup>18</sup> Così DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, 27 febbraio 2020. La adombra, per l'ipotesi in cui il contratto agrario deroghi alle norme imperative dell'art. 58 l. n. 203/1982, Cass. 7 maggio 2019, n. 1183, che ricorsivamente qualifica come "di protezione" la suddetta nullità. È forse ancora più esplicita Cass. 17 gennaio 2017, n. 923, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 10, 55, che discorre di un rilievo officioso delle nullità protettive operante "in funzione del 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".

<sup>19</sup> Di *terzietà*, rispetto al fallito subentrando nell'amministrazione dei beni, discorre Cass. 6 settembre 2019, n. 22385, legittimando il curatore fallimentare a far valere la nullità di un contratto bancario per violazione dell'art. 117, c. 1 e 3 T.U.B.

<sup>20</sup> Così Trib. Siena, 19 aprile 2012, n. 136, stando alla quale la nullità dell'art. 117 TUB ha natura di nullità relativa di protezione, mentre nella specie la parte che ha dedotto la nullità dei contratti di locazione finanziaria non è la contraente dei medesimi, "bensì il fideiussore del contraente, posto che quest'ultimo invece per quanto sta in atti non risulta avere proposto opposizione a decreto ingiuntivo. Parte attrice opponente, che tra l'altro è essa stessa intermediario finanziario, per quanto interessata a far valere la nullità del contratto, non ha quindi titolo per formulare tale eccezione, spettante alla *sola parte contrattuale* in coerenza con la *ratio* protettiva dell'istituto".

<sup>21</sup> V. DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.* e GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, in *Contratti*, 2003, 204.

<sup>22</sup> Così DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.* Di un catalogo di fattispecie contrassegnate da «una finalità squisitamente sanzionatoria che si esplicita in una sorta di "sovradimensionamento" del rimedio, destinato a caducare l'intero contratto», discorre pure ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1158.

<sup>23</sup> Che ritorna, com'è risaputo, nell'ibrido a tre fattispecie dell'art. 67-septiesdecies, comma 3, c. cons., luogo nel quale la nullità si svolge entro il recinto di «una singolare commistione di piani»: così DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 28.

<sup>24</sup> Stando all'elegante sintagma coniato da DI MAJO, *Forma dell'atto o regolamento del rapporto?*, in *Studi in onore di Roberto Pardolesi*, cit. 286.

<sup>25</sup> Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016<sup>4</sup>, 1512.

<sup>26</sup> Così SPADA, "Nullo e avvenuto": le nullità del diritto commerciale, cit. 220.

<sup>27</sup> Cfr. SPADA, *op. ult. cit.* 221, nt. 2.

<sup>28</sup> Così SPADA, *op. ult. cit.* 220 s.





un'eterointegrazione di disciplina dedotta da un art. 36 c. cons. eletto a *norma generale*<sup>29</sup>, se fallace non sia proprio l'operazione argomentativa che tende ad estrarre il *genus* della nullità protettiva da quella un tempo apprestata per le clausole vessatorie e poi, più di recente, trasmigrata in sede di contratti bancari. È sintomatica la parabola di una dichiarabilità della nullità rimessa ad una manifestazione di interesse della parte protetta<sup>30</sup>, con un regime di asimmetria processuale che si vuole propria di ogni nullità protettiva. Al riguardo vero è che ragioniamo di un'asimmetria iscritta nel canone della Corte di giustizia, dove però è rinserrata entro l'orizzonte delle clausole abusive (*Pannon GSM*, C-243/08; *Banif Plus Bank Zrt*, C-472/11; *Profi Credit Polska*, C-419/18 e *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, C-70/17 e C-179/17)<sup>31</sup>, mentre la sua trasposizione domestica, operata risaputamente nel 2014 dalle S.U. gemelle 26242 e 26243, alle nullità di protezione del contratto finisce per innescare, in mancanza di un qualche contrappunto, il cortocircuito di una nullità sì a rilievo officioso ma «pienamente disponibile»<sup>32</sup>. Il che, per scongiurare allora il paradosso di un attuarsi per via giudiziale di un contratto asimmetrico *nullo*, ci induce a riprodurre l'idea di un potere di rigetto, “implicito” nella domanda, quando dovesse mancare il “fatto costitutivo” della pretesa<sup>33</sup>. Diversamente il *vulnus*, ad un rilievo officioso comandato alla tutela di un interesse generale, sarebbe in effetti macroscopico<sup>34</sup>. Che non sia vero, allora, che un seducente «sostanzialismo linguistico», per (ri)dirlo alla Spada maniera<sup>35</sup>, è asetticamente prevalso su di un approccio selettivo che, ispirandosi invece più costruttivamente alla tipolo-

gia o dell'interesse protetto o del vizio denunciato<sup>36</sup>, eviterebbe di trasformare in *regola* tanto il modello di una rilevabilità d'ufficio temperata quanto di ritualizzare il recitativo dell'art. 36, comma 3, c. cons. a guisa di un dispositivo eterointegrativo operante ogni qual volta la nomenclatura legislativa abbinata al *nomen* nullità soltanto una legittimazione relativa (artt. 67-*septiesdecies*, comma 5, 2 comma 1 d. lgs. 122/05)<sup>37</sup> od ometta di enunciare pure questo attributo (art. 72-*bis*, comma 3, 78, 124 c. cons., 44, c. 3 e 45, c. 2 c. tur.) ? Per arginare la fallacia di un apriorismo semantico «macroscopico»<sup>38</sup>, stando a questa impostazione, non avrebbe del temerario ritenere che si diano pure dei casi nei quali la mancanza di una regola scritta sia espressione di una «intolleranza»<sup>39</sup>, come metaforicamente si è ben osservato, alla regola (non scritta) del rilievo d'ufficio. Dopo di che, però, se possono darsi ben due casi nei quali la forma di un rilievo officioso *in senso debole* si trova a sporgere, non ha dell'estemporaneo notare che la nullità di protezione, quanto ad ambiguità, si apparenta non poco alla rescissione: se sappiamo come sia nata, allo stato «non si sa cosa sia» e forse, aggiungiamo, ancora non sappiamo bene che «cosa ci stia a fare»<sup>40</sup>. D'altronde non è forse vero che il “di protezione” conosce persino una pluralità di evidenze nelle quali va scisso da una testuale legittimazione relativa, dagli artt. 66-*ter* e 143 c. cons. a tutta l'area dei rapporti tra imprese (artt. 2, 6, 9, l. 192/98 ed art. 7 d.lgs. 231/2002) ?, donde il problema che un'eventuale rinuncia all'azione del contraente debole non escluderebbe qui che dei terzi potrebbero far valere l'effetto dirimente ove dal contratto ricevessero un pregiudizio. Qui fa capolino, ottimizzando un'interpretazione finalistica del dato normativo, quell'idea di una *nullità di protezione a legittimazione assoluta* che, a prenderla sul serio<sup>41</sup>, spargirebbe alquanto l'immagine eurounitaria di un inter-

<sup>29</sup> È emblematica, pur lasciando trasparire qualche dubbio, la prosa di SACCO – (DE NOVA), *Il contratto*, cit. 1504, nt. 67 («forse la formula dell'art. 36 risponde ai principii, e domanda applicazione anche là dove il legislatore non lo ha detto») (c.v.o aggiunto).

<sup>30</sup> V. Cass. 5 febbraio 2019, n. 3308 e Cass. 22 ottobre 2018, n. 26614 (ove, in una fattispecie di nullità del subaffitto di fondo rustico per divieto dell'art. 21 l. n. 203/1982, si insiste sulla circostanza che i locatori, in qualità di unici legittimati a far valere la nullità, erano rimasti estranei al giudizio e, quantunque resi edotti, non avevano denunciato il vizio entro il termine di decadenza previsto dalla legge).

<sup>31</sup> V. CGUE, 6 giugno 2009, § 35; CGUE, 21 febbraio 2013, §§ 31 e 32; CGUE, 26 marzo 2019, § 52 e CGUE, 7 novembre 2019, un quartetto che adesso è CGUE, 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner c. Unicredit Bank Hungary Zrt*, a ribadire distintamente (§ 43)

<sup>32</sup> Così ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice, cit. 1160.

<sup>33</sup> V., per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 34.

<sup>34</sup> Perché è vero che, così ragionando, si rimetterebbe la garanzia di un interesse generale «alla convenienza particolare della parte»: così ALESSI, *op loc. ult. cit.*

<sup>35</sup> In “*Nulla e avvenuto*”: *le nullità del diritto commerciale*, cit. 228.

<sup>36</sup> V., elegantemente, NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, Milano, 2008, II, 235.

<sup>37</sup> *Incidenter* notiamo che l'art. 2, comma 1, probabilmente si presta ad un rilievo officioso che esita in una pronuncia se il promissario acquirente non dissente: ma per l'elementare ragione che qui la nullità, anziché scaturire da un difetto di forma comandato *ad substantiam*, rampolla dalla carenza di una *formatività* elevata ex art. 1418, comma 3, c.c. a presupposto oggettivo.

<sup>38</sup> Così SPADA, *op. ult. cit.* 221, nt. 2.

<sup>39</sup> Così ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice, cit. 1160.

<sup>40</sup> Così, riprendendone la ficcante formula, MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962<sup>2</sup>, 1.

<sup>41</sup> Come mostra di fare soprattutto POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica dell'invalidità negoziale*, Napoli, 2016, 48.

pello del contraente protetto preclusivo, a mo' di un «effetto di blocco»<sup>42</sup>, alla declaratoria di nullità.

### 3. Cass. 30555/2019, sull'esercizio abusivo della nullità di protezione: luci ed ombre.

| 36

Qualcuno, scorrendo Cass. 30555/2019<sup>43</sup>, visto che il suo recitativo fa parola di un “utilizzo distorto del diritto assegna[to] dalla norma istitutiva della nullità di protezione e quindi, in definitiva, di abuso del diritto”, ne trarrà istintivamente la deduzione che le S.U. 28314/2019 hanno subito fatto scuola: non è forse vero infatti che, in entrambi i casi, la Corte sanziona il contraente che, maneggiando le norme da negoziatore scaltro, usa l'arma della nullità protettiva, come leggiamo, al “diverso fine di sciogli[ersi] da un contratto che non reputa più conveniente”<sup>44</sup>. Al netto della diversità di fattispecie dedotte in giudizio, l'orizzonte euristico, si dirà, è somigliante, nel segno valoriale per altro di quella Cass. 8152/2014 ove, notiamo, l'inquadramento dell'*exceptio doli* come un rimedio fondamentale, da esperirsi giudizialmente quando delle attendibili evidenze probatorie lo consentano, riceve notiamo una (fin troppo) compendiosa statuizione<sup>45</sup>. Inoltre, verrebbe da aggiungere, già si conosceva il precedente dell'art. 13, comma 5, l. 431/98 che, nell'ipotesi di una locazione nulla per difetto di forma, spogliava notoriamente della legittimazione a domandare la nullità il locatore che avesse preteso di stipulare una locazione c.d. di fatto<sup>46</sup>. Quindi il *dictum* di Cass. 30555/2019, nel dare per sottinteso che il ricorso ad una *exceptio doli* mai ha un valore costitutivo del rapporto<sup>47</sup>, non costituirebbe di per sé una *novitas* rotonda.

Già, se non fosse, che le S.U. 28314/2019 non praticano, come già abbiamo osservato altrove<sup>48</sup>, una qualche disapplicazione della nullità di cui all'art. 23, commi. 1 e/o 3, T.U.F., secondo la ver-

sione di un'*exceptio doli* bypassante l'operare di norme imperative e/o inderogabili. La deroga c'è, ma la si pratica a valle sul piano del diritto a ripetere ex art. 2033 ss., quindi come uno stato di eccezione alla neutralizzazione retroattiva degli effetti (materiali) di un contratto dichiarato nullo. In pratica le S.U., sentenziando di una deroga all'art. 1422 c.c., operano a livello di quella serie congiuntiva di conseguenze, come la definisce Paolo Spada<sup>49</sup>, che di una declaratoria di nullità rappresentano, detto compendiosamente, gli effetti. In Cass. 30555/2019, il percorso argomentativo è invece assai diverso: siccome l'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 122/2005 protegge l'interesse a ripetere le somme versate nel caso di un fallimento<sup>50</sup>, un rilascio tardivo della garanzia fideiussoria unitamente ad un mancato *default* interinale del promittente venditore fungono, ecco la *differentia specifica*!, da circostanze ostative a che il promissario acquirente, munito di una nullità che gli è dedicata, vanti una legittimazione *meritevole* a denunciarla, difettando una compromissione dell'interesse “in vista del quale era stata specificamente dettata la previsione di invalidità” (§ 5.1)<sup>51</sup>. Da antesignane di Cass. 30555 sono, in realtà, le S.U. 898/2018, sul contratto monofirma, già artefici (lo si sa) di una compressione della tutela privilegiata del contraente debole nella misura in cui viene “davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche”<sup>52</sup>. La cifra delle S.U. 28314 aleggia semmai laddove Cass. 30555 rimarca che, accogliendo la domanda di nullità, si sarebbe pervenuti al risultato perverso di arrecare un sacrificio sproporzionato e *sine causa* ad un promittente venditore *in bonis*. Con un fabbricato ultimato ed agibile, non c'è ragione, leggiamo, “per

<sup>49</sup> In “*Nulla e avvenuto*”: le nullità del diritto commerciale, cit. 219.

<sup>50</sup> Dottrina consolidata: v., in luogo di tanti, LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015<sup>8</sup>, 200 s. e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit. 109.

<sup>51</sup> Così arieggiando il periodare di chi, in dottrina, discorre di un «costruttore [che] potrà agire con l'*exceptio doli*»: cfr. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, cit. 121 in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. 122/2005 e prospettive*,

<sup>52</sup> Senza che qui in alcun modo rilevi, questione sulla quale la Corte indugia fin troppo, un problema di convalidabilità: pure infatti a dare per buono che una qualche forma di nullità protettiva sia convalidabile, vien da sé che una siffatta convalida deve provenire dal soggetto protetto e non dalla controparte. E qui il rilascio tardivo della garanzia fideiussoria, per altro di un importo inferiore al prezzo riscosso dal venditore, è fatto ascrivibile al promittente venditore. Quindi, anche volendo, non può venire in gioco il disposto dell'art. 1423 c.c.

<sup>42</sup> È così che lo definisce RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 135.

<sup>43</sup> Cass. è consultabile in *Giur. it.*, 2020, fascicolo 2.

<sup>44</sup> Ovvero, così procede il recitativo, al deliberato scopo di “aggrare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte”.

<sup>45</sup> Cass. 8 aprile 2014, n. 8152 (Est. Lanzillo), in *Contratti*, 2014, 969 ss., con nota di CONFORTI, *Fraus omnia corrumpit*.

<sup>46</sup> Sul quale è ritornato lucidamente ADDIS, *In memoria di una norma abrogata (art. 13, 5 comma, l. 9 dicembre 1998, n. 431, in tema di nullità di clausole locative e riconduzione a conformità)*, in *Foro it.*, 2018, IV, 238 ss.

<sup>47</sup> Servendo soltanto, va da sé, a bloccare delle pretese: v. Cass. 8 aprile 2014, n. 8152, cit.

<sup>48</sup> In *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, 27.





sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare". Le nullità di protezione, secondo uno stereotipo che dal 2014 dilaga, hanno pur sempre una natura ancipite: *ergo*, non dando corso alla domanda di nullità, non si mortifica la libertà contrattuale del costruttore – venditore e nel contempo *si moralizza* il mercato immobiliare, valorizzando l'*agere* degli operatori virtuosi quali contraenti economicamente razionali. Il *commodus discessus* dell'abuso del diritto, potremmo chiosare così, diventa quindi l'occasione per dettare una *regula iuris* di corretto funzionamento del mercato, mettendo al bando tutte le domande di nullità camuffanti un recesso di pentimento che edittalmente ivi *non sta*. In estrema sintesi, Cass. 30555 fa così da sponda a quelle voci dottrinali che, muovendo dal dato lessicale di un costruttore sì "obbligato" precontrattualmente a procurare la fideiussione<sup>53</sup>, ma con una nullità eccezionale dal solo acquirente, legge il preliminare che ne sia carente come un contratto originariamente inefficace epperò suscettibile nel contempo di produrre effetti a mezzo di una sanatoria retroattiva disposta direttamente dal promissario acquirente. È l'idea, imbastita in dottrina da Matilde Girolami<sup>54</sup>, di una nullità di protezione come una *situazione di pendenza*, con un rapporto contrattuale quiescente alla maniera di uno sospensivamente condizionale, nel quale l'esercizio del potere di sanare potrebbe vestire i panni del sollecito ad un adempimento correttivo del costruttore – alienante, «mettendo così [il promissario acquirente] di fronte all'alternativa se far valere la nullità o dar corso all'esecuzione del rapporto»<sup>55</sup>. Orbene, se la nullità di protezione innesca una nullità pendente e se il rapporto scaturente da un preliminare incompleto è da riguardarsi come quiescente, non è implausibile immaginare che alla situazione di quiescenza sia abbinabile un'autonoma obbligazione *ex lege*, avente ad ogget-

to la prestazione mancante, il cui successivo darsi mostri le «sembianze di un'integrazione *ex lege* del regolamento»<sup>56</sup>. Ora, quantunque per un importo inferiore al valore del corrispettivo ricevuto dal costruttore<sup>57</sup>, anche in Cass. 30555 si verteva in una fattispecie di garanzia fideiussoria tardivamente prestata: e quindi, se si muove dalla premessa che i rapporti siano due, uno pienamente efficace e l'altro in pendenza, un'attività del costruttore che *regolarizza* il contratto e provvede in pari tempo alla costruzione potrebbe riguardarsi come una forma di *recupero* dell'operazione. D'altra parte, nota questa dottrina, siccome il promittente venditore da un lato è obbligato a costruire e, dall'altro, è esposto al gioco strategico di un promissario acquirente che, a motivo della nullità, potrebbe domandare la restituzione di quanto pagato in corso di rapporto, ove l'acquirente abbia dato piena esecuzione al preliminare, si avrà sì una sua rinuncia non tanto però alla nullità quanto e piuttosto «ad esercitare la pretesa volta alla restituzione dei corrispettivi pagati al costruttore in corso di rapporto»<sup>58</sup>. Tradotto, se stiamo a questa ricostruzione, *ogni convalida* del promissario acquirente sarebbe da intendere come inoperante prima che il preliminare nullo fosse stato interamente eseguito con il versamento, a *tranches* successive, del corrispettivo a garanzia della cui restituzione è associata dalla legge la fideiussione.

E sia (seppur con i distinguo che, tra breve, avremo modo di esplicitare). Noi, ad imitazione del processualcivilista, preferiamo in realtà dire che forse siamo dalle parti di una Corte che dovrebbe maneggiare la nullità di protezione alla maniera dell'art. 156, comma 3, c.p.c.: se una "nullità non può mai essere pronunciata, [quando] l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato", un'*immeritevolezza* che contamina l'interesse ad agire, perché l'interesse del promissario acquirente è *recta via* conseguibile, le è sorella. Non a caso la Corte, dopo il ricorsivo ricamo sulla solidarietà civilcostituzionale che innerva la buona fede (art. 3 Cost.), dubita della legittimità di un'azione di nullità quando, quantunque edittale, essa "sia funzionale alla tutela di un interesse che ormai non è più in alcun modo in pericolo". Il processualcivilista, se non erriamo, parlerebbe di una *convalidazione oggettiva* dell'atto nullo giacché, se il requisito di nullità è le-

<sup>53</sup> Mentre, nell'ottica più confacente ad una regola di validità, discorrono di "onere" LUMINOSO, *La compravendita*, cit. 205 e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, cit. 109. Di un'obbligazione *ex lege* del costruttore ragiona, senza tante *nuances*, ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, cit. 118. Di una contaminazione tra regole di validità e di comportamento ragiona LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, Torino, 2011, 33.

<sup>54</sup> In *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, p. 441 ss.

<sup>55</sup> Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. di r. civ.*, 2009, I, 621.

<sup>56</sup> Cfr. DELLE MONACHE, *op. ult. cit.* 622.

<sup>57</sup> E quindi prestata in un modo, diremmo, che non consentiva di reputare *esattamente adempiuto* l'obbligo a carico del costruttore: *idem*, va da sé, se la fideiussione prestata fosse risultata invalida o non rilasciata da un soggetto qualificato ai sensi dell'art. d.lgs. 122/05 oppure si prestata ma non per una durata idonea a garantire l'acquirente fino al trasferimento della proprietà.

<sup>58</sup> Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 629.

gato al verificarsi di un certo evento, difettando i presupposti, ove quell'evento non si verifichi, non c'è motivo perché l'atto cada<sup>59</sup>. Notiamo di passata che, dalla narrativa del fatto, non risulta però che il promissario acquirente, pienamente consapevole della causa di nullità, avesse *medio tempore* costituito in mora il costruttore ovvero gli avesse notificato una diffida ai sensi dell'art. 1454 c.c. oppure si fosse risolto ad esercitare un'azione giudiziale diretta ad ottenere l'adempimento degli obblighi assunti dal costruttore: tutti casi nei quali può supporre, come la dottrina prevalente reputa, che si materializzino gli estremi di un comportamento del promissario acquirente «che determina la sanatoria del rapporto contrattuale»<sup>60</sup>. Epperò, sempre stando all'esposizione dei fatti, in Cass. 30555/2019 tutto il problema rampollava dalla circostanza che il costruttore, essendo subito divenuto proprietario del terreno sul quale doveva poi sorgere l'immobile, già aveva riscosso per intero il suo corrispettivo. Di conseguenza, siccome si verteva nella fattispecie di una permuta di cosa presente (l'area edificabile) con una cosa futura<sup>61</sup>, *fin dal momento* del mancato rilascio della garanzia il promissario acquirente avrebbe potuto reclamare il proprio diritto sul fondo, quale modalità restitutoria dell'intero corrispettivo patuito. La dottrina è perspicua, al riguardo, nell'osservare che il qualificare come una conferma del preliminarizzare una permuta contestuale o immediatamente successiva alla stipula del primo svuoterebbe di effettività la tutela del promissario acquirente in quanto così avremmo degli «atti di conferma non sufficientemente ponderati o che si present[a]no come il frutto di un'imposizione del costruttore nei confronti della controparte»<sup>62</sup>. Il punto è se, sempre attingendo dalla narrativa del fatto, non poteva ivi ritenersi che una reiterata omissione della pretesa restitutoria, protratta per uno *spatium temporis* utilmente apprezzabile ai fini di una conferma del promissario acquirente<sup>63</sup>, non era almeno riguarda-

bile come *fatto* espressivo di un suo *venire contra factum proprium*: mentre, e lo ribadiamo, non ci pare che possa dirsi che il rilascio tardivo della garanzia fideiussoria, siccome rimedia al vizio originario della fattispecie, rilevi *di per sé* da fatto ostativo al perdurare di un «interesse prioritario del contraente destinatario della normativa di protezione a fare valere la nullità»<sup>64</sup>. Una consegna tardiva, quantunque *corregga* l'inadempimento originario, se non è corroborata da un contesto circostanziale univoco, non fa *automaticamente* venire meno «l'interesse all'azione da parte del promittente acquirente unico legittimato»<sup>65</sup>. È soltanto, diremmo, un *contesto qualificato* che trasforma il dispositivo della nullità protettiva in una tecnica disponibile: non il fatto *solitario* che una seconda *chance* del promittente costruttore abbia soddisfatto l'interesse tutelato in un *tempo* diverso da quello comandato dalla legge. Per ogni circolazione immobiliare che sporge, il rilievo vien da sé, abbiamo un dispositivo, ritualizzante una protezione, che si slabbra. Anche il dispositivo di Corte cost. 32/2018, che ha ritratteggiato il perimetro protettivo dell'art. 2<sup>66</sup>, obliquamente avvalorava una siffatta deduzione.

#### 4. Pura nullità per una sopravvenuta estinzione del potere di impugnare?

Potrà, naturalmente, venirci obiettato che non c'è motivo di scomodare l'art. 156, comma 3, c.p.c. se, già a livello di letteratura civilistica, si è discusso di una nullità inoperante quando «non abbia concretamente danneggiato ... l'interesse finale protetto

<sup>64</sup> Così Monticelli, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1050 – 1052. Nel senso del testo, invece, Trib. Parma, 18 luglio 2017, n. 1116.

<sup>65</sup> Cfr. MONTICELLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>66</sup> V. C. cost., 19 febbraio 2018, n. 32, in *Giur. cost.*, 2018, 1435 ss. con nota (critica) di F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, ove la statuizione del principio che la necessità della fideiussione sussiste solo quando si tratti di immobili per i quali sia stato ottenuto o almeno domandato il permesso di costruire, mentre la fideiussione non si dà quando si tratti di immobili da costruire per i quali il relativo permesso non sia stato né ottenuto, né richiesto. L'ordinanza di remissione era Trib. Siena, 23 giugno 2015, in G.U., prima serie speciale, n. 28/2016: e la si è rigettata in quanto, nelle fattispecie in cui il permesso di costruire sia stato già ottenuto o almeno richiesto, l'acquirente vanterebbe un *affidamento legittimo* a motivo di un contesto di tendenziale legittimità urbanistica nel quale l'operazione si iscrive, diversamente dalla situazione che si viene a delineare quando la richiesta del permesso di costruire non sia stata neanche presentata. In tal caso l'operazione risulta «maggiormente rischiosa e, del maggior rischio, l'acquirente non può non essere avvertito» (così ASTONE, *op. ult. cit.* 1438).

<sup>59</sup> V., in luogo di tanti, LUISSO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2019<sup>10</sup>, 422.

<sup>60</sup> Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 626.

<sup>61</sup> V. *amplius*, in luogo di tanti, CACCAVALE, *Problemi specifici della permuta di cosa presente con cosa futura alla luce dl d.lgs. 122/2005*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, cit. 57 ss.

<sup>62</sup> Così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 631.

<sup>63</sup> Donde il delinearsi, proviamo a dirlo così, di una fattispecie complessa nella quale è il gioco combinato di un atto e di un'omissione ad integrare quel contesto circostanziale che si mostra idoneo a poter valutare se il promissario acquirente si fosse risolto ad una sanatoria «in base ad una scelta adeguatamente meditata»: così DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 631.





dalla norma»<sup>67</sup>. Un siffatto interesse, si scrive, «potrebbe risultare preservato, sì da non precludere la ragionevolezza e la meritevolezza di una eventuale convalida» ovvero, e proprio nell'ipotesi di un venditore che si procuri successivamente la fideiussione mancante, la (parimenti conclamata) ragionevolezza di un «recupero [o di una] sanatoria»<sup>68</sup>. L'idea, sunteggiandola al massimo, è dunque quella di una nullità che *non si dà* se il vizio «non è penetrato nell'area del valore e non ha caricato di disvalore il regolamento contrattuale o l'operazione complessiva»<sup>69</sup>. Al netto dell'obiezione che il parallelismo ideato con gli artt. 30, commi 2 e 4 *bis* e 46, commi 1 e 4, t.u. ed. non tiene, giacché queste due disposizioni hanno ad oggetto sì il caso di un'allegazione successiva validante epperò laddove del certificato di destinazione urbanistica e/o del permesso di costruire difetti *soltanto* la menzione in atto<sup>70</sup>, una siffatta lettura è senz'altro suggestiva: ci piace tuttavia pensare che, in luogo di un contratto testualmente nullo, il quale ciò nondimeno «non è portatore di alcun disvalore funzionale»<sup>71</sup>, sia più convincente ragionare di un contratto che *sta* in quanto la nullità non può più pronunciarsi quando lo scopo di protezione, a presidio del quale una determinata comminatoria sia comandata, risulta ormai garantito. L'obbiettivo, in un contesto siffatto, è quello di «conservare piuttosto che sopprimere»<sup>72</sup>: e, come ha notato felicemente Rodolfo Sacco, guardando sì al contratto annullabile ma visto come l'epifania di una vicenda riproducibile altrove, al diritto vivente non è sconosciuta la fattispecie della *pura annullabilità*<sup>73</sup>: noi qui diremmo di un contratto nullo *ma senza*, per un'*estinzione* del potere del soggetto le-

gittimato a domandarla, che il giudice possa dichiararla<sup>74</sup>.

## 5. La nullità di protezione nella dualità di atto e rapporto?

Dopo di che, *nulla quaestio* sulla circostanza che la condotta del promissario acquirente scopertamente ivi ritualizzasse uno scopo speculativo, mirando l'attore a sciogliersi da un'operazione economica che non reputava più conveniente<sup>75</sup>: epperò, nella specie, un interesse questo promissario lo vantava giacché, domandando la nullità del preliminare ed agitando l'argomento del collegamento negoziale con la permuta del fondo, costui mirava in realtà a recuperare proprio il terreno trasferito *medio tempore* al costruttore. *Ergo*, uno spoglio attento della vicenda avrebbe dovuto implicare uno scrutinio in merito alla condotta del promissario acquirente onde appurare il tipo di comportamento tenuto nello spazio temporale utile ad una sua eventuale conferma ovvero ad una rinuncia agli effetti della nullità<sup>76</sup>. Se può esser vero che una garanzia fideiussoria postuma è riguardabile come una prestazione (del costruttore) suscettibile di un effetto sanante, non è meno esatto che un rifiuto tempestivo opposto dal promissario acquirente, lungi dal mimare uno *ius poenitendi* sleale, ben si cala nella cornice di protezione di un contraente che pur sempre reagisce ad un inadempimento della controparte. Il problema, per dirlo di nuovo alla Sacco, è l'arco temporale nel quale alla parte legittimata è consentito discrezionalmente «inchiodare lo stipulante ... al testo contrattuale o alla sua irrilevanza»<sup>77</sup>. Diversamente dalle nullità consumeristiche, qui invero si materializza un problema di opponibilità ai terzi subacquirenti di una nullità riconnessa alla sola volizione del contraente protetto<sup>78</sup>: e la sorte dei negozi derivati, in quanto postulanti la validità del preliminare, scopertamente rappresenta un valore che va ad impattare sul conformarsi di una siffatta impugnativa. È intuitivo che qui la nullità potrebbe venire utilizzata per

<sup>67</sup> Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 56 e, in termini consimili, MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1051 s.

<sup>68</sup> Cfr. G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.* 59.

<sup>69</sup> V. PERLINGIERI, *op. ult. cit.* 60 e pure MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1051.

<sup>70</sup> Dunque, sunteggiando al massimo il discorso, la sanatoria del TUED suppone che la nullità sia *formale* e non *sostanziale*. Nella trama del TUED l'inconfermabilità dell'atto, perché il titolo all'atto della stipula non è esistente, può ben intendersi a guisa di un'incommerciabilità del bene. V. CATAUDELLA, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadr.*, 1986, 487 ss. Il dover essere del TUED, diremmo, non contempla una sopravvenienza di un titolo *originariamente* mancante. Ce lo ricorda puntualmente ORLANDO, *Le S.U. sulla circolazione degli edifici abusivi. Note minime sulle nullità documentali "non formali"*, in *Contratti*, 2019, 539 (al quale si rinvia anche per una bibliografia mirata).

<sup>71</sup> V. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>72</sup> Così SPADA, *"Nulla e avvenuto": le nullità del diritto commerciale*, cit. 229.

<sup>73</sup> V. SACCO, *Il contratto*, cit. 1498.

<sup>74</sup> Perché, e qui concordiamo con PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. 60 «l'interesse finale protetto dalla norma non è stato leso, è rimasto soddisfatto pur se attraverso procedure diverse da quelle tipicamente o fisiologicamente previste dal legislatore».

<sup>75</sup> Aggirando «surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte».

<sup>76</sup> Ovvero, per dirlo alla SACCO, *Il contratto*, cit. 1497 ad un silenzio che «equivale [ad un] sopravvenuto interesse del contraente alla conservazione dell'atto».

<sup>77</sup> Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1540.

<sup>78</sup> V. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 40 s.

ottenere un prezzo più basso di quello originario ovvero perché il promissario è in procinto di stipulare un contratto sostitutivo ad un prezzo più conveniente.

E poi due domande: se la nullità va rigettata quando il risultato atteso sia conseguibile, *quid* ladove la garanzia fideiussoria non venga mai rilasciata senza però nel contempo che il costruttore vada *in default* ultimando nei tempi previsti l'immobile?<sup>79</sup> Vero è che ivi non è dato riscontrare un atto «rispettoso della forma», benché eseguito in un momento temporale diverso da quello prescritto dalla legge<sup>80</sup>: e tuttavia, se ne facciamo una questione di *lesione* dell'interesse protetto, neanche qui l'omissione del promittente alienante mette in realtà a repentaglio l'utile perfezionarsi dell'operazione economica, il *fatto* dell'esecuzione rendendo infatti «la situazione giuridica successiva al contratto non più va da sé lesiva ma equa»<sup>81</sup>. Ed allora, *sic stantibus rebus*, dobbiamo supporre che una domanda di nullità andrebbe rigettata pure allorché, avendo pattuito una rinuncia preventiva alla garanzia fideiussoria, quale va da sé corrispettivo di un prezzo di acquisto inferiore, il promissario acquirente si dovesse risolvere *ex post* ad impugnare il contratto? Anche qui la slealtà della domanda, allorché sia una sopravvenienza a mutare il tasso di convenienza economica dell'affare, diviene un fatto la cui evidenza è, diremmo, diagnosticabile *ictu oculi*.<sup>82</sup> Venuto ad esistenza il bene, se già non si verte nell'ipotesi di un acquisto automatico della proprietà in quanto la fattispecie è da riguardarsi a guisa di una vendita di cosa futura (art. 1472, comma 1, c.c.), basta in effetti che le parti stipolino un comune contratto di compravendita. La dottrina, d'altronde, è pressoché unanime nel ritenere operante una volontà sanante nell'ipotesi in cui il pro-

<sup>79</sup> Forse che, ragionando nella prospettiva del *rapporto*, dobbiamo pensare che il *fatto* del realizzarsi dell'unità immobiliare negoziata ha la virtù di rendere il contratto inattaccabile?

<sup>80</sup> Cfr. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. 81.

<sup>81</sup> Così BENEDETTI, *La rescissione*, cit. 40. In precedenza, notiamo, abbiamo sostenuto una tesi simile in PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 220 s. Per il rilievo di una buona fede oggettiva «a misura dell'ammissibilità dell'azione di nullità», v. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 42.

<sup>82</sup> Se volessimo complicare l'esempio potremmo però pure immaginare che, stante la domanda di nullità ovvero un rifiuto alla stipula notificato stragiudizialmente, il costruttore stipuli una compravendita dell'immobile ultimato con un terzo. Se il promissario acquirente dovesse pentirsi offrendo il residuo del prezzo, il costruttore potrebbe opporre una *replicatio doli*? V. SACCO, *Il contratto*, cit. 1499 nonché LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 47. E, trascorrendo ad un secondo esempio tutt'altro che di scuola, *quid se*, nel frattempo, il costruttore avesse alienato a terzi il terreno ottenuto in permuta?

missario acquirente, edotto della nullità del preliminare, si risolve consapevolmente a stipulare il contratto definitivo<sup>83</sup>. Di passata, ci vien poi fatto di notare, che qui verrà a fare da sponda pure l'argomento, non meno dirimente di quello ottimizzante un effetto traslativo che abbia azzerato i rischi per i quali era stata normativamente confezionata la garanzia fideiussoria, di un'autonomia causale tra preliminare e definitivo escludente va da sé che i vizi del primo possano trasmettersi al secondo.

La chiosa deducibile ha però dell'intuitivo: se la bussola è il realizzarsi dello scopo, al cui presidio la singola comminatoria è comandata, per qualche nullità di protezione non può supporre che, in quanto *nullità sospesa* (*schwebende Nichtigkeit*)<sup>84</sup>, essa basculi tra un atto di convalida ed uno di sanatoria, nella cornice più generale di un c.d. recupero del contratto nullo per una sopravvenuta insussistenza di un interesse ad impugnare?<sup>85</sup> Probabilmente, ci sia consentita la battuta, ragionare di un atto comunque idoneo a raggiungere lo scopo, nonostante la carenza originaria del requisito comandato, oltre ad introdurre nel discorso un pragmatismo di buon senso<sup>86</sup>, avrebbe l'utile risultato di sottrarci all'*horror vacui* di una nullità di protezione declinabile, pirandellianamente parlando, ... alla "Come tu mi vuoi", in un crescendo di definizioni mimante

<sup>83</sup> V., in luogo di tanti, DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 632 e MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, cit. 115. *Idem* MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1052, ad avviso del quale, «una volta stipulato il contratto definitivo si [ha] una sorta di "sanatoria implicita" del contratto preliminare nullo per l'omessa consegna della fideiussione».

<sup>84</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, 749, che la illustra problematicamente come una nullità «se si verificherà un evento ...successivo alla conclusione del contratto», sulla scia di CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, 372 s. Illuminante è SACCO, *Il contratto*, cit. 1506, laddove scrive «tutto si semplifica se parliamo di incertezza, di situazione sospesa». Il parallelismo tra nullità di protezione e nullità sospesa è, dicevamo, il *leit motiv* della bella monografia di GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit. 441 ss. che però, diversamente da quanto qui proponiamo, lega la sospensione al monopolio di una ponderata volontà sanante del contraente protetto.

<sup>85</sup> V. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, cit. 633 e, per chi lo volesse, già prima PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit. 27 e 67 s. nonché MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi - I*, a cura di Gentili, Milano, 2006, 139.

<sup>86</sup> V., succosamente, C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 197 ss.



la consueta «guerra dei nomi»<sup>87</sup>. Viceversa, incorniciata in una *dualità* di prospettive, ad un tempo statica (fattispecie) e dinamica (rapporto), ci possiamo più costruttivamente spingere a pensare ad una nullità di protezione il cui stare è condizionato, alla maniera dell'art. 1448, comma 3, c.c. al perdurare del pregiudizio fino al momento in cui la domanda viene ad essere proposta?<sup>88</sup> Così ragionando, il rilievo vien da sé, si esalta l'idea che un diverso contesto situazionale, rispetto a quello esistente all'atto della stipula, possa mettere in forma un «*nuovo orizzonte di senso* per la disciplina del caso concreto»<sup>89</sup>. Piuttosto che di abuso del diritto, stiamo dicendo, avrebbe allora ben più senso ragionare della nullità di protezione come un rimedio che vede la *quaestio nullitatis* evolvere in chiave *sincronica*. L'intuizione, fin troppo negletta dalla dottrina, è in una pagina di Giuseppe Benedetti, lucido nell'evidenziare che possono darsi degli «atti esterni alla fattispecie cui tuttavia il legislatore» discrezionalmente riconnette il «trattamento dell'invalidità del contratto»<sup>90</sup>. Certe decisioni di merito, molto opportunamente, sembrano cominciare a prenderne contezza<sup>91</sup>, esaltando la rilevanza del «regolamento»<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1503, nt. 63.

<sup>88</sup> Con il dubbio, semmai, se la domanda proposta precluda un adempimento tardivo alla maniera di cui all'art. 1453 c.c.: v., al riguardo, LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 49.

<sup>89</sup> Così BENEDETTI, *La rescissione*, cit. 66.

<sup>90</sup> In *La rescissione*, cit. 48, un'invalidità, prosegue emblematicamente l'a., vestita con i panni «spesso [della] cosiddetta nullità di protezione».

<sup>91</sup> L'allusione è a Trib. Ancona sez. I, 21 febbraio 2019, n.349, nel mutuo di scopo, si legge, «poiché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con i relativi interessi, ma anche a realizzare l'attività programmata», la destinazione delle somme mutate è un *essenziale* del regolamento di interessi, con l'obbligo assunto dal mutuatario che viene ad avere rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma. Ergo è un impegno munito di rilievo causale nell'economia del contratto. Se così tuttavia, tuttavia, «l'accertamento di un eventuale difetto di causa non può prescindere dalla verifica dell'attuazione o meno di tale risultato, tanto che neppure l'*eventuale parziale* utilizzazione delle somme mutate per estinguere eventuali debiti precedenti determina la nullità del contratto *ove comunque sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi*» (c.vo aggiunto). Ma si tratta di un periodare che si sta diffondendo ricorsivamente.

<sup>92</sup> V. DI MAJO, *Forma dell'atto o regolamento del rapporto?*, cit. 286.

### Postilla.

Se da un lato ha ormai del ricorsivo l'idea che le cause di nullità si «vanno elasticizzando»<sup>93</sup>, dall'altro è pressoché unanime l'opinione che la nullità relativa dell'art. 2 sia un rimedio inefficiente<sup>94</sup>, non garantendo affatto una tempestiva restituzione di quanto versato al costruttore. Tutto vero, beninteso, senza però che la critica abbia sortito un qualche effetto visto che il d. lgs. 14/2019, seppur istitutivo di nuove tutele per gli acquirenti<sup>95</sup>, non ha innovato in argomento<sup>96</sup>. Rimane così intatta l'impressione che la diffusa seduzione ad istituire una corrispondenza necessaria di statuto invalidante quando, lo ribadiamo, il contratto viziato sia asimmetrico davvero alimenti più problemi di quanti in realtà ne risolva: al netto delle criticità sopra esposte, il ricondurre il «di protezione» ad una sostanziale unitarietà dimentica che, se la parzialità necessaria, in deroga all'art. 1419, comma 1, c.c., veicola l'interesse (del consumatore) ad un contratto (mutilato) non più abusivo, una nullità dell'intero contratto realizza invece una tutela ablativa, in forma specifica, ove l'interesse finale, di stampo ripristinatorio<sup>97</sup>, è ben diverso. Non è forse vero, d'altro canto, che, quando la nullità protettiva sia totale, non si dà mai un concorrente scrutinio di adeguatezza o di iniquità del contenuto, il contratto ivi cadendo per difetto di una formalità o di un requisito strutturale?

Alle corte: ben che vada, chi cede alla tentazione di credere ad una disciplina generale, comune a tutte le nullità di protezione, se non un rigido involucro, maneggia una formula magica.

<sup>93</sup> Così DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 27.

<sup>94</sup> V., in luogo di tanti, LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit. 34; DE CRISTOFARO - COSTOLA, *Le misure di protezione degli acquirenti degli edifici da costruire, introdotte dal D. legisl. 20 giugno 2005: prime considerazioni*, in *Studium Juris* 2005, 1006 ss. e P. MAZZAMUTO, *L'acquisto degli immobili*, Padova, 2007, 10-12.

<sup>95</sup> V., per tutti, MEZZASOMA, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Corr. giur.* 2019, 1266, alla cui copiosa bibliografia si rimanda.

<sup>96</sup> Semmai raddoppiando visto che alla regola, già fissata dall'art. 2, per l'ipotesi di mancanza della fideiussione, la novella aggiunge, al comma 1 dell'art. 4, d.lgs. n. 122/2005, l'inciso per cui l'obbligo della polizza assicurativa è previsto «a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente». Dopo di che è vero che una siffatta statuizione Tale previsione ben si amalgama con il disposto dell'art. 5, d.lgs. n. 122/2005, ai sensi del quale è nulla e deve intendersi come non apposta ogni clausola con cui l'acquirente rinunci alle tutele accordate dal decreto.

<sup>97</sup> Non ci parrebbe diverso il discorso di DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit. 25.