

SPIGOLANDO A MARGINE DI CASS. 26242 E 26243/2014: LE NULLITÀ TRA SANZIONE E PROTEZIONE NEL PRISMA DELLE PRIME PRECOMPRESIONI INTERPRETATIVE

Di Stefano Pagliantini

| 213

Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative (Stefano Pagliantini)

SOMMARIO: 1. Nullità, l'interesse sovraindividuale che si impone da sé e l'interesse private seriale. – 2. Le nullità nuove come figure ancipiti: la sviante inutilità di una formula incompiuta. – 3. Dalla nullità di protezione virtuale alla nullità virtuale di protezione? – 4. Sei chiose finali (anche a margine di alcuni commenti).

1. Nullità, l'interesse sovraindividuale che si impone da sé e l'interesse private seriale.

Pure «in ordinamenti che non disciplinano espressamente il rilievo officioso della nullità, il connesso potere–dovere del giudice [è] tradizionalmente ammesso in quanto posto a tutela di interessi superindividuali». D'Altro canto, «proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica a un atto nullo» (§ 3.5).

Non è lo stralcio da una pagina classica della civilistica italiana ma il *Leitmotiv* delle sentenze (quasi) gemelle Cass. 26242 e 26243/2014: che dunque vedono le S.U. fedeli interpreti della rilevanza officiosa quale complemento necessario della nullità come *sanzione – rimedio* a salvaguardia dei

valori fondamentali dell'ordinamento. Quei valori, *ça va sans dire*, che il contratto nullo dimidia o dissattende a differenza di un'annullabilità che si attegga invece a vicenda operante a garanzia di interessi individuali episodicamente pregiudicati. Tutto, in realtà, è condensabile in una formula: una *nullità – limite*¹, in quanto strumento di controllo degli interessi privati, implica un art. 1421 c.c. trasformato in una tecnica di autotutela dell'ordinamento nei riguardi di un contratto immeritevole. Certo, in questo stilizzare l'art. 1421 alla stregua di una *norma materiale*², le S.U. rifuggono esplicitamente

¹ V., in luogo di tanti, DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, Torino, 2002, VII, 47 e R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, XXVIII, 875.

² Per una più ampia dimostrazione dell'assunto sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, in corso di stampa.



dall'idea di un rilievo *ex officio* quale deroga, al principio della domanda, giustificata dall'art. 2907, c. 1 c.c.³: lo spartito però non cambia perchè una nullità vestita coi panni della reazione ordinamentale, occasionata dall'«irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale» (§ 2.5), ha *in re ipsa* una rilevabilità, nel silenzio delle parti che non si avvalgano della *facoltà* di azionarla, quale strumento per attuare «una sanzione»⁴. Porte aperte perciò, come si è prontamente scritto⁵, ad un generale rilievo officioso quando sia fatta questione di un'impugnativa negoziale ed il contratto dedotto in giudizio sia per contro nullo: se l'interesse protetto è indisponibile, non è men vero che la *quaestio validitatis* fa parte della *causa petendi*.

Di qui, allora, subito una domanda: persuade un rilievo d'ufficio incistato sul disvalore del contratto o non è piuttosto vero, stando ad un primo appunto mosso in dottrina a queste pronunzie, che le S.U. si sono esercitate in un *long essay* incorrendo in un eccesso di semplificazione?⁶ Domanda, questa, di stringente vischiosità e che si presta, in realtà, ad una risposta multipla, senza per altro che il dato debba sorprendere. Certo, è assai probabile che l'intonazione generale del discorso che si va qui facendo potrà suonare ai più interlocutoria, così dimenticando scopertamente però che al tema in esame le tinte pastello o gli acustici si addicono più degli «accordi»⁷. Le ragioni, al riguardo, sono molteplici: anche se, tutto sommato, non sembra inappropriato farle orbitare intorno ad una coppia di motivi.

Il primo. Le S.U., rinnovando il trinomio nullità codicistica – struttura dell'atto – tutela di un interesse sovraindividuale, offrono una rappresentazione rigorosa di quella concezione normativistica della nullità tutta rinserrata nella logica della fattispecie e condensabile in un rifiuto netto di giuridicità: *quod nullum est, nullum producit effectum*. Ebbene, molto diverso invece è lo scenario che, di recente e con

grande suggestione, ha dipinto un'autorevole dottrina convinta che, quando si discute di nullità, debba tenersi distinto il discorso del legislatore da quello degli interpreti⁸. Coniugando elegantemente teorie economiche e concezioni tedesche tutt'altro che estranee per la verità al dibattito italiano⁹, questa dottrina taccia allora come mentitorie le teorie classiche della nullità, imputando loro un'enfasi strutturalistica falsante i termini del problema perchè sorde a spiegare «le forme legali dell'invalidità in ragione delle funzioni di governo degli scambi»¹⁰. Il metodo, si fa notare, andrebbe capovolto: il *proprium* non sta nella *struttura* ma nella *funzione* giacché le nullità, nel discorso del legislatore, hanno sempre obbedito ad una logica duale, di *repressione* certo quando comminate per contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume, altrimenti, e qui starebbe la *novitas* del ragionamento, di *protezione in senso stretto*, una protezione eletta a cifra che agglutinerebbe la classe delle nullità strutturali unilaterali unitamente a quelle connesse ad un *abuso in contratto*. Nell'art. 2744, si fa notare, la nullità è comminata per proteggere il debitore dalla prevaricazione locupletativa del creditore, nell'art. 1471 l'incapacità all'acquisto è funzionale ad un divieto dettato a tutela dell'alienante contro l'abuso del pubblico ufficiale mentre, nell'ipotesi dell'acquisto di una cosa propria, la nullità per mancanza di causa (art. 1325) vuole ovviare ad un agire negoziale sì irrazionale, perchè incongruo, ma nella prospettiva in prima battuta del contraente che depauperava il proprio patrimonio.

È un elenco fitto, come si può notare, al quale verrà facile aggiungere il notare che l'adozione della forma prescritta dalla legge ha il significato, per le parti, di assolvere ad un *onere*, essendo sì imperative ma del genere *ordinativo* o *qualificativo* le norme che le prescrivono¹¹. Dunque le nullità nuove, in quest'ottica, non restituiscono una qualche immagine che possa comunicare un *estraniamento* per l'interprete: le coppie repressione-protezione, contratti immeritevoli/irrazionali *ex uno* latere sarebbero i τόποι che da *sempre* danno corpo alla disciplina delle nullità. Niente discontinuo, perciò, tra codice civile e quello del consumo, soltanto la ri-

³ Secondo quella che era la prospettazione suggerita per primo da STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 151.

⁴ Così, efficacemente, MONTESANO, «Pubblico» e «privato» in norme del codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1015.

⁵ Il riferimento è alla corposa pagina di CARBONE, «Porte aperte» delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss.

⁶ V. A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Il "long essay" delle Sezioni Unite sull'esercizio dei poteri officiosi ex art. 1421 c.c.: la seconda puntata sarà davvero l'ultima?*, in *Foro it.*, 2015, in corso di stampa.

⁷ Così, scherzosamente, CONSOLO, *Diritto civile e diritto processuale ovvero di un "gemellaggio" a rischio (quasi in un Vesperbild)*, in *Il diritto civile e gli altri*, a cura di Roppo e Sirena, Milano, 361.

⁸ Il riferimento, evidentemente, è a GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.

⁹ Due nomi su tutti, PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, 4, 37 ss., 101 ss. in Germania e G.B. FERRI, *Introduzione alla invalidità*, in *Tratt. Bessone*, XIII, T. VII (*il contratto in generale*), Torino, 2002, 9 ss. e 19 s. (nt. 28) nel panorama italiano.

¹⁰ Così GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 97.

¹¹ V., in luogo di tanti, MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 345.





produzione amplificata di una *variatio* originaria di discipline.

Ora, al netto delle perplessità che suscita l'iscrizione dell'art. 2744 nel novero delle nullità protettive¹², l'idea di differenziare tra le diverse cause edittali di nullità poggia su almeno tre solide basi:

-è esatto, infatti, che il principio di equivalenza tra le *variae causarum figurae nullitatis* è un falso storico prima ancora che dogmatico¹³;

-è doveroso distinguere tra *legittimazione* ed *interesse* ad eccepire la nullità perché, quando si fa questione di quelle strutturali o per abuso, difficilmente un interesse verrà riconosciuto a chi dal contratto trae un profitto;

-è vero che lo statuto delle nullità codicistiche è plurimo in quanto le singole comminatorie conoscono gradi diversi di intensità (artt. 799, 1972, 2126, 2652 n. 6 c.c. *et similia*), colla variabile di un contratto nullo eseguito che pone problemi di trattamento normativo molto diversi da quelle predicanti la fattispecie contigua difettante dell'esecuzione¹⁴. Il tutto al cospetto di un dato editale ove già le proposizioni eccettive degli artt. 1421 e 1423 c.c. lasciano intravedere una configurazione *binaria* del sistema delle nullità, con un *disporre* che il discorso degli interpreti, *non quello del legislatore*, ha voluto testuale in luogo di un *risultare* più realisticamente modellato sullo scopo della norma imperativa violata¹⁵.

¹² Per la ragione che la *ratio* dell'art. 2744 non sembra orbitare soltanto intorno alla dimensione patrimonialistica di una tutela contro l'appropriamento del creditore, ponendosi anche una questione di *giustizia esterna* legata alla tutela degli altri creditori in forza del combinato disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. Per una più ampia dimostrazione di questo assunto, che qui evidentemente non può illustrarsi neanche per cenni sommari, sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, 181 ss.

¹³ V. FILANTI, *La rilevabilità d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto*, in *Persona e mercato*, 2014, fasc. 3, 108. Si potrebbe poi aggiungere che l'irrazionalità dei contratti inutili od abusivi non è replicabile nell'area dei contratti illeciti: i quali sono spessi alquanto *razionali* nella logica che ha mosso le parti alla loro stipula.

¹⁴ V. DI MAJO, *La nullità*, cit. 118 ss.

¹⁵ Sulla questione sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 19 ss. e 196 ss. In una prospettiva simile, ma con un diverso apparato argomentativo, v. poi G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 80 ss.

Il problema però è, le S.U. sono davvero sorde a questa diversa interpretazione del dato normativo? Tutt'altro, viene facile rispondere, e non solo per il corposo resoconto, fornito a più riprese, del vivace dibattito dottrinale accesi da decenni *in subiecta materia*: se è vero infatti che la nullità come *sanzione civile* che si dà *oggettivamente* fa da perno a molti passaggi dell'apparato argomentativo, non è meno esatto che la diversa caratura delle nullità strutturali rispetto a quelle c.d. politiche è bene avvertita in quel § 3.7, ove la salvaguardia dalla stipula di *contratti inutili* è vista come la tutela *de relato* ed *indiretta* di un interesse della collettività. Recitano testualmente le sentenze in esame: con il «particolare si tutela comunque un interesse generale, seppure in via indiretta», perché è un «interesse proprio dell'ordinamento giuridico», provando qui a sintetizzare una prosa che rivisita modernamente la nozione di interesse pubblico (§ 3.7.)¹⁶, che si abbia un ordinato svolgersi del contrarre, salvaguardando di riflesso il valore della certezza nella circolazione dei diritti.

Bene, pure per la dottrina poc'anzi riassunta, la *ratio* protettiva di un interesse privato è destinata però a stingere in un interesse generale perché «*rei publicae interest*»¹⁷, ove l'irrazionalità e/o inutilità dello scambio individuale dovesse riprodursi in scala, che la disutilità della singola parte non si trasformi in una diseconomia sociale *seu* collettiva: risultato, l'interesse generale a che si abbiano dei contratti utili, *senza che per via giudiziale si dia esecuzione a contratti irrazionali*, fa così da marcatore ad entrambe le visioni. Sicché, verrebbe da concludere, sul punto della rilevabilità officiosa, *prima facie* il divario tra le due impostazioni finisce per mostrarsi più apparente che reale, nonostante la diversità di premesse. Neanche le S.U., sebbene la formula «*principi-cardine*» possa far equivocare, professano in realtà fino in fondo l'idea di un valore all'efficienza ed alla correttezza degli scambi trasformato in un principio *fondamentale* dell'ordinamento. Tutto questo *prima facie* però perché, se ben si compulsa il periodare nel suo insieme, un netto distinguo tra le due prospettazioni in realtà si finisce per trovarlo: quand'è questione di nullità protettive, e per le S.U. l'appellativo è di *esclusiva* pertinenza delle nullità incluse nella legislazione nuova, il contraente protetto ha infatti la *facoltà di non avvalersi della dichiarazione*, con un giudice che perciò accoglierà o rigetterà sì la (diversa) domanda senza però pronunziare la nullità, nep-

¹⁶ Sul quale acutamente FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 103 ss. e 134 ss.

¹⁷ Così GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 107.

pure in motivazione. Notano le S.U. che qui «non si pone alcun problema di giudicato [implicito]», anche se forse sarebbe preferibile ragionare di una preclusione extraprocessuale per le parti¹⁸, «attesa la peculiare natura della nullità» (§ 7.3). Già, se non fosse che l'escludere il formarsi di un giudicato implicito introduce, come si è fatto notare altrove¹⁹, al problema di come vada qualificato questo diniego del contraente protetto, se a guisa di fatto integrante una mera *rinuncia* ovvero, come per la verità parrebbe giusto concludere, di una convalida endoprocessuale in senso stretto. Ora, combinando tutte le tessere del mosaico, se fosse vero, come la dottrina poc'anzi citata doviziosamente argomenta, che le nullità nuove e quelle codicistiche, quando esplicitano una matrice protettiva, pur sempre ineriscono allo *stesso genere*, potrebbe aversi che il dualismo funzionale delle nullità di diritto comune prelude, in realtà, ad un debitore ex art. 2744 od un alienante secondo l'art. 1471 legittimati ad interpersi alla declaratoria di nullità, con un giudice che allora sentenza come se questa nullità non esistesse? Ergo questa *preclusione di non nullità*, come anche la si potrebbe chiamare²⁰, vincolante le parti per il futuro, funge da forma manifestativa di quella convalidabilità circoscritta in concreto ai soli casi previsti dalla legge? Se così fosse, l'art. 1423, già in seno alla disciplina di diritto comune, scoprirebbe un ampio perimetro di concretizzazione casistica: ed a poco varrebbe obiettare che, per la dottrina richiamata, neanche le nullità di protezione sono «tutte eguali»²¹. Le diversità di *species*, per quanto certifichino una multiformità dello statuto normativo, si danno pur sempre al cospetto di un'identità di genere: e l'avarsi oppure no, rispetto ad una nullità comune protettiva, di una convalida non sarebbe più una questione di *struttura* legandosi la stessa piuttosto al modo in cui, nel contesto circostanziale di riferimento, quell'interesse generale sovrastante meglio si armonizza coll'interesse privato protetto.

Dopo di che però, e la notazione è consequenziale, già si dovrebbe intuire il perché di un commento, come il presente, tutto costruito inanellando, a mo' di coppie sinottiche, punti e contrappunti: è la varietà di registri argomentativi, emergenti dal corpo di queste sentenze, che non consente di fare altrimenti.

¹⁸ V. *amplius* CONSOLO – GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in corso di stampa.

¹⁹ V. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, cit.

²⁰ E questo è l'appellativo di CONSOLO – GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit.

²¹ Cfr. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 114.

Ma veniamo, senza troppe perifrastiche, al *seconda* motivo.

In due pagine classiche della letteratura processualistica si legge che, nel rilievo officioso della nullità, si estrinseca il potere del giudice, fondato sul disposto dell'art. 112 c.p.c., di respingere, perché *infondata*, la domanda, di adempimento o di impugnativa contrattuale, «spiegata dal postulante»²². Insomma la nullità come una questione pregiudiziale, il qualificativo connotante il tutto è già in Oriani²³, di *merito*: rispetto a questo assetto la vera *novitas* delle S.U. sta nel fatto che già il rigetto di un'impugnativa per la nullità del titolo prodotto in giudizio rappresenta una dichiarazione accertativa della nullità. Dopo di che, *sic stantibus rebus*, forse l'ostacolo che ha paralizzato per decenni gli interpreti sta tutto qui, nell'aver sottovalutato in particolare che la rilevabilità, come si è cercato di evidenziare altrove²⁴, è tutt'uno col motivo del rigetto, se la vicenda estintiva (risoluzione) od ablativa (annullamento) che si vuole dichiarata difetta, in realtà, di oggetto «non essendosi realizzata la fattispecie base» (per mancanza di un contratto che «*ab origine* produc[a] effetti») ²⁵. Il che però prelude ad una domanda più insidiosa, almeno per il civilista: se un generale rilievo officioso trova direttamente la sua ragion d'essere nei principi del processo civile²⁶, siccome si tratterebbe di un potere che il giudice comunque avrebbe, non è che l'art. 1421, *in parte qua*, rappresenta allora una *norma superflua*? Giova per inciso rammentare che, nella situazione ante '42, la rilevabilità d'ufficio, per quanto dibattuta, costituiva una regola di conio giurisprudenziale: regola perciò virtuale, nel senso di *non testuale*, ma ben nota alle Corti che ne facevano uno sperimentato uso. Come notava Nicola Coviello, per quanto «la cosa sia molto controversa»²⁷, la nullità doveva essere pronunciata d'ufficio al fine, come prima meglio ancora aveva notato Leonardo Coviello²⁸, di

²² V. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 320.

²³ V. ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, VII, 288.

²⁴ In «*Parigi val bene una messa*»? *Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, in corso di stampa.

²⁵ V. rispettivamente GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit. 320 e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1980, II, 1, 171 ss.

²⁶ V. *amplius*, e perspicuamente, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 131 ss.

²⁷ In *Manuale del diritto civile italiano*, Milano, 1924³, 333.

²⁸ In *Eccezione elevata d'ufficio sulla nullità del contratto con causa illecita*, in *Giur. it.*, 1905, I, 2, 283 e significativamente F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel*



verificare da un lato il ricorrere delle condizioni minime dell'azione e per evitare, dall'altro, ove il negozio fosse risultato immorale, di garantire «il soccorso della legge a chi [avesse] compiuto un fatto illecito»²⁹. Dunque, com'è facile constatare, la rilevanza in un caso veniva a risolversi in un sindacato giudiziale tutt'uno col potere di accertamento preliminare del fatto costitutivo, nell'altro la si riconnetteva al tipo di causa fondante la nullità, *sanzione in purezza* evidentemente nell'ipotesi di immoralità. Ed allora, per tornare all'oggi, l'art. 1421 come una norma superflua a metà?

2. Le nullità nuove come figure ancipiti: la svante inutilità di una formula incompiuta.

Tornando al recitativo delle S.U., nel § 3.13. 2 si legge che le nullità di protezione hanno una «precipua natura ancipite» giacché sono vocate «alla tutela di un interesse tanto generale... quanto particolare/seriale»: e qui, per chi ben osservi, si situa in realtà il vero problema. Di per sé infatti *nullità ancipite* è uno stereotipo descrittivo e neutro, inutile se non si precisa in quale modo l'interesse privato seriale e quello generale si trovano ad interferire nel prisma variegato delle nullità *b2c* o, sebbene siano in numero assai più ridotto, *b2b*³⁰. Il quesito è il seguente: la natura anfibia delle nullità da asimmetria contrattuale involge una questione di specie che non è tale da intaccare il *genus* oppure edifica un altro *genere* in quanto *nullità rimedio* anziché *sanzione*?

zione?³¹ Sentenziano le S.U.: le nullità di protezione sono «ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrate sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa» (§ 3.13.2), il che, pure lessicalmente, riproduce così l'idea di una *specialità* delle nullità nuove³², classe governata dal canone ordinante di una *situazione complessiva* condizionante, già nell'*an* a ben vedere, l'operare di una nullità affrancata dallo schema della fattispecie. Quindi una nullità non più *automatica* ma spesso legata alla valutazione del contesto circostanziale di riferimento (art. 34, c. 2 c. cons.).

Vero, anzi a giudizio di molti, verissimo: non per tutti però, sebbene il dato venga spesso negletto, il sistema è così binariamente scolpito. Questa specialità già si attenua molto infatti nel periodare di chi prospetta il fine abbozzo di un *gemellaggio* tra le nullità comuni e quelle *extra codicem*, in ragione di una comune natura sanzionatoria aggregante il contratto illecito e quello abusivo³³, per scomparire d'incanto in chi propugna viceversa l'idea, lo si è visto poc'anzi, della protezione come *uno* dei (due) tratti originari del concetto (legale) di nullità. Anzi, in quest'ultima versione, il genitivo dell'art. 36 c. cons. diventa a ben vedere un pleonasma: già il sostantivo *nullità*, quando la comminatoria bolla una fattispecie di contratto inutile od irrazionale per abuso, vale invero ad esprimere di per sé la qualifica di *protezione*. Non è, giova ripeterlo, un problema di etichette: inclinare per una lettura che calibra la nullità sul registro della *sanzione* non annacqua soltanto la specialità, sistematicamente *riarticolata* lo statuto normativo della figura eponima consumeristica sul canovaccio degli art. 1421 e ss. per tutti gli aspetti in ordine ai quali l'art. 36, cc. 1 e 3 non dispone, giacché la normativa codicistica si applica *automaticamente* quando non risulta *deroga-*

diritto civile italiano, Milano, 1914², 266 s. Successivamente, in luogo di tanti, v. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit. 132. Leonardo Coviello, per la verità, aveva già anticipato esposto la sua concezione nella *Recensione dell'Unmoralische Vertrag di Lotmar*, in *Filangieri*, 1897, 351.

²⁹ L'immoralità, si faceva notare, visto che cozza coi principi fondamentali dell'ordinamento, importa la nullità del contratto «in modo obbiettivo ed assoluto»: tanto che sarebbe risultato paradossale escludere l'intervento *ex officio* solo «perché la controparte o per pudore o per qualsiasi ragione non abbia creduto di eccepire la *turpis causa*»: così L. COVIELLO, *Eccezione elevata d'ufficio sulla nullità del contratto con causa illecita*, cit. 283.

³⁰ Tanto per esemplificare, evitando così quell'affastellamento di comminatorie che troppo spesso capita purtroppo di riscontrare, il quinto comma dell'art. 2 l. 192/98 stilizza il contenuto minimo del contratto di subfornitura: epperò la nullità per indeterminatezza del prezzo è un'ipotesi classica di nullità assoluta, non certo di protezione. L'art. 3, c. 1 l. 129/04 prevede una forma *ad substantiam* per il contratto di affiliazione commerciale: nullità relativa ancorché il requisito sia di forma?

³¹ Per un attento quadro sull'intera questione v. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo, IV (Rimedi - I)*, Milano, 2006, 3 ss. e 37 ss.

³² È, notoriamente, la fine prospettiva di SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, 385 ss.

³³ Il richiamo è a BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contratto e reato*, a cura di Flamini-Ruggeri, Napoli, 2014, 38 ss. che, non a caso, nel quadro di un suggestivo percorso volto ad evidenziare come lo stigma della *sanzione* accomuni l'area dell'illecito in contratto e del torto, valorizza l'intuizione di GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 531, sulle sanzioni civili raffigurate come vicende facenti da «punto di congiunzione dell'interesse generale con l'interesse particolare, attiva[ndo] il secondo per realizzare il primo».



ta³⁴. La prospettiva è rovesciata nelle altre due visioni ma, siccome sono assai diverse le premesse, la consumerizzazione delle nullità codicistiche è una cifra argomentativa assente in chi vede *soltanto* le nullità protettive predicate da una funzione di *costruzione* del regolamento contrattuale³⁵.

Di qui una notazione, però, soltanto all'apparenza lessicale: le S.U. discorrono indifferentemente di nullità relative, protettive o speciali (§ 3.5). Ebbene, in un contesto dottrinale, com'è arcinoto, nel quale nullità che giovano al consumatore (artt. 36, c. 3 c. cons. e 127-02, c. 2 T.U.B.) si alternano ad altre ove la legittimazione è testualmente relativa (artt. 134, c. 1 e 67-septiesdecies, c. 5 c. cons.), un rigore terminologico potrebbe tornare utile, non foss'altro in termini di pulizia concettuale.

Ma proseguiamo.

Per le S.U., lo si è ricordato altrove³⁶, l'art. 36 ha la parvenza di una norma generale: di talché, nel sottosistema della legislazione consumeristica, le nullità di protezione virtuale troveranno i frammenti di disciplina mancante, per il medio di un'integrazione analogica o di un'applicazione diretta, nel corpo dell'art. 36. Opporre che questa *reductio ad unitatem* cancella le differenze specifiche, correnti persino tra nullità consumeristiche in quanto si tratterebbe di una classe aperta³⁷, ha il difetto di moltiplicare la frammentazione del dato normativo compromettendo così quel valore di *calcolabilità*³⁸, se non lo si vuol chiamare di *certezza*, che le S.U. si sono apertamente prefisse di realizzare. E poi se pure la rilevabilità officiosa, abbinata alla legittimazione relativa in più di un luogo (artt. 36, c. 3, 67-octiesdecies, c. 1, 134, c. 1 c. cons.

³⁴ Non a caso BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit. 46 discorre «di un processo a ritroso che [muove] dalle nuove nullità verso una riconsiderazione sistematica della nullità codicistica dei contratti illeciti...». Sul diverso significato che parrebbe preferibile però dare al combinato disposto degli artt. 38 c. cons. e 1469-bis c.c., sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *sub art. 67*, in *La riforma del Codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di D'Amico, Padova, 2015, in corso di stampa.

³⁵ V. ancora SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 389 s.

³⁶ In *“Parigi val bene una messa”?* *Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e giudicato implicito*, cit..

³⁷ Secondo l'idea di una *categoria non unitaria* che «accoglie diverse specie e quindi diverse discipline»: così GENTILI, *La “nullità di protezione”*, cit. 111.

³⁸ Finemente indagato, nell'ottica di un rigoroso distinguo tra il decidere per fattispecie ed il sentenziare per valori, da IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss. e prima ancora, dello stesso, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 43 ss.

ed art. 127 T.U.B.), diventa intermittente, si vulnera l'effettività della tutela: mentre la rilevabilità cementa la protezione contro l'abuso contrattuale.

Già, senonché il problema è altrove: quando infatti, per accennare soltanto ad un caso, la nullità denunziata è quella dei contratti di subfornitura e degli ordinativi periodici di forniture privi della forma scritta (art. 2 l. 192/1998), l'integrazione si svolgerà nel canone dell'art. 1421 oppure l'art. 36 è provvisto di una *vis expansiva* oltre che *intra* pure *interordinamentale*? Come si è cercato di evidenziare, la *differentia specifica* timbrante le due figure, secondo il modulo delle S.U., non è da poco. Che allora, almeno nel versante delle nullità protettive, la seconda puntata di questa saga, come la si è ironicamente chiamata³⁹, sia destinata a diventare soltanto il primo atto? Perché, sullo sfondo, oltretutto, si affaccia un discorso del legislatore tutt'altro che esente da pecche, basti il seguente esempio: stando al secondo comma dell'art. 66-ter del codice del consumo riformato, le clausole contrattuali escludenti o limitanti, in maniera diretta od obliqua, i diritti riconosciuti dalle disposizioni ricomprese nelle sezioni da I a 4 del Capo I (artt. 45 – 68), «non vincolano il consumatore». Una nullità di protezione virtuale camuffata o una nuova figura spuria di invalidità europea ricalcante quella che già si legge nell'art. 6 dir. 93/13?⁴⁰ Ma, e per inciso *sub art. 66-ter* non vale l'esimente della trattativa individuale⁴¹, non era vero che *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*? Oltretutto, la non vincolatività riaffiora nell'art. 51, c. 2 per i contratti stipulate *online* e, volendo, in quel pasticcio del comma 6 dedicato ai contratti telefonici⁴²: nella veste, tanto per opacizzare ancora di più lo scenario generale, di una non vincolatività totale però, non a parzialità necessaria (com'è giust'appunto nell'art. 66-ter).

3. Dalla nullità di protezione virtuale alla nullità virtuale di protezione?

Nullità di protezione virtuale, recitano le S.U. (3.13.3), mentre mai compare il sintagma nullità virtuale di protezione, senza così uno scostamento

³⁹ V. A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Il “long essay” delle Sezioni Unite sull'esercizio dei poteri officiosi ex art. 1421 c.c.: la seconda puntata sarà davvero l'ultima?*, cit.

⁴⁰ Per la quale sembra inclinare G. DE CRISTOFARO, *sub art. 66-ter*, in *La riforma del Codice del consumo. Commentario*, cit.

⁴¹ Si è ripreso il discorso *funditus* in PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, in *Foro it.*, 2015, in corso di stampa.

⁴² Sull'argomento v. PAGLIANTINI, *sub art. 51*, in *La riforma del Codice del consumo. Commentario*, cit.



dalle sentenze gemelle del 2007⁴³: il che, condensando il tutto in una battuta, significa notoriamente iscrivere nel terzo comma dell'art. 1418, e non nel primo, le fattispecie documentanti una nullità per violazione del principio di buona fede. *Nullità testuale*, perciò, *non virtuale*: naturalmente fatta salva, ove ne ricorrano i presupposti, l'integrazione analogica.

Epperò qualche corposo dubbio che non tutto scivoli via così pianamente, in filigrana pure qui traspare. L'inghippo è nel § 3.12.1., laddove la natura ancipite od anfibia delle nullità di protezione vede l'interesse privato tutt'uno colle regole di un mercato concorrenziale improntato a correttezza, regole per le S.U. costituzionalizzate ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost. Se infatti la finalità di protezione è per così dire *collettivizzata*, perché tutelando l'interesse del singolo consumatore, poniamo, è garantita la protezione di un interesse generale, trasfuso in «valori costituzionalmente rilevanti», si instilla il sospetto che una nullità virtuale di protezione ex art. 1418, c. 1 abbia più di una ragione d'essere. Chi scrive è –e rimane– dell'idea che la *Fehlerhaftigkeit* merkliana, naturalmente lo si ripete entro i limiti dell'analogia, sia appannaggio sempre e solo della legge: ma non può fare a meno di notare che, se l'interesse individuale sotteso alla regola di comportamento violata è la concretizzazione di un interesse generale inderogabile⁴⁴, l'imperatività della tutela, in quanto «funzionale alla salvaguardia e realizzazione di costitutivi valori di sistema»⁴⁵, dà la stura nel senso che è idonea a fondare una *nullità virtuale speciale*. Un ordine pubblico di protezione, punto di convergenza tra i valori di efficienza del mercato e quelli di stampo personal/solidaristico, *riqualifica* la sanzione ogni qual volta l'abuso o l'omissione del contraente forte produca serialmente una decisione negoziale irrazionale. E la ragione è elementare: il giudice che commina la nullità, in quest'ordine di idee, persegue interessi di rango costituzionale e frena il prodursi di un danno all'integrità ed efficienza del mercato⁴⁶. Non parliamo poi, l'argomento *a fortiori* sarebbe infatti ri-

duttivo, se si dovesse inclinare per la lettura della nullità codicistica che ne fa una figura basculante da sempre fra protezione e sanzione⁴⁷: se il contrasto alla disutilità individuale serve a disinnescare delle diseconomie di scala, questo nella sostanza sentenziano le S.U., coniare delle nullità virtuali *si deve* – piuttosto che si può– ogni qual volta il vizio denunziato è causa di quell'irrazionalità negoziale combattuta *ex lege* per il tramite dell'invalidità. Non a caso si scrive che è «secondo, non contro le regole ordinarie, riconoscere l'invalidità ... della scelta dell'investitore che non sia [stato] messo in condizioni di sapere quel che fa»⁴⁸. In un contesto siffatto, invocare il precedente della *Martin Martin* (C-227/08), sarebbe *per incidens* scopertamente inutile. La Corte di Giustizia, è vero, non ha statuito che il giudice può dichiarare officiosamente la nullità di un contratto per violazione di una regola di responsabilità: ma semplicemente perché ha ritenuto che la scelta della sanzione, purchè sia appropriata allo scopo dello direttiva, sia di pertinenza dello Stato. *Ergo* la Corte ha soltanto sentenziato che la nullità virtuale di protezione *non è sistematica o automatica. Non che non vi può essere*. Certo, stante la nuova disciplina di un'informazione precontrattuale consumeristica immodificabile unilateralmente e costituente parte integrante del contratto (artt. 49, c. 6 e 72, c. 4 c. cons.), il problema è stato ridimensionato ed *in parte qua* (artt. 48 e 129, c. 2, l. c) nonché *de relato* Cass. 20182/2013) affidato al binomio di una risoluzione per inadempimento o di un risarcimento danni: epperò la questione rimane, specie in materia di derivati, settore nel quale una nullità di protezione virtuale avrebbe, sia detto per inciso, una maggiore linearità di una nullità sentenziata ricorrendo, in ottemperanza ad una concezione strutturalistica della nullità formalmente rispettosa del principio di legalità (art. 1418, c. 3), all'artificio della causa in concreto⁴⁹. L'investitore che lamenta l'esistenza di costi impliciti ovvero che eccede la non misurabilità dell'alea, perché l'intermediario gli ha taciuto la reale entità del *mark to market* iniziale, non è forse un contraente che ha stipulato una

⁴³ Per tutti D'AMICO, *Nullità virtuale, nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, 12 ss.

⁴⁴ Ma non *indisponibile*: e qui si dovrebbe annidare la convalidabilità. Per chi ci crede, naturalmente.

⁴⁵ Così SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 401.

⁴⁶ Non a caso A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Il "long essay" delle Sezioni Unite sull'esercizio dei poteri officiosi ex art. 1421 c.c.: la seconda puntata sarà davvero l'ultima?*, cit. discorrono di un interesse generale annoverato –o sarebbe meglio dire che deraglia?– tra i «diritti fondamentali».

⁴⁷ V., *amplius*, POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.

⁴⁸ Cfr. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit. 109 s.

⁴⁹ V. App. Milano 18 settembre 2013, n. 3459, in *Contratti*, 2014, 218 ss., con nota adesiva di INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*. In dottrina sono stringenti le critiche di ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 985 la causa concreta diventa banalmente un mezzo obliquo per dare evidenza al «divario di valore fra prestazione e controprestazione».



scommessa fraintendendo il grado di rischio assunto? Dunque un'irrazionalità negoziale occasionata da una condotta infedele della controparte. E d'altra parte, non è abituale trovare scritto che il distinguo non va ravvisato tra due tipologie di norme imperative bensì e più appropriatamente tra forme manifestative diverse del modo di in cui un divieto è infranto?⁵⁰

4. Sei chiose finali (anche a margine di alcuni commenti).

Sei battute finali, in rapida successione, alcune delle quali sollecitate dai primi commenti suscitati da questo nuovo *grand arrêt* delle S.U.

La prima: dunque la rilevabilità officiosa, d'ora innanzi, si atteggia a potere – dovere operante ogni qual volta sia dedotta in giudizio una questione di *risolubilità* degli effetti negoziali⁵¹. Le S.U., per la verità, preferiscono la diversa denominazione di un art. 1421 che fa da corona alla figura di genere del negozio ad efficacia eliminabile. Non sembra però che lo scarto tra le due prospettive travalichi il dato puramente nominale: piuttosto, viene fatto di domandarsi, la rilevabilità officiosa involge pure il caso della simulazione perché la concorrente questione di nullità del contratto dedotto in giudizio funge da pregiudiziale logico – giuridica del decidere sulla domanda principale?⁵² Si pensi ad una domanda di accertamento della simulazione per interposizione fittizia di persona: ipotesi nella quale, stando almeno a Cass. 4645/1987⁵³, incorre nel vizio di ultrapetizione la sentenza che accogliesse la suddetta domanda ma rilevando un'interposizione reale, *dictum* rinnovato poi da Cass. 9505/2005 per il caso di una simulazione pronunciata pendente una domanda di risoluzione o di nullità del contratto⁵⁴. Epperò pare piuttosto evidente che, *se* la *ratio* della rilevabilità officiosa è tutt'uno coll'impedire l'esecuzione giudiziale di contratti nulli (§ 3.7), nella fattispecie illustrata per prima di una simulazione assoluta, difettante nella sostanza perché dovrebbe piuttosto farsi questione di un'interposizione reale, la preclusione

a rilevare officiosamente la nullità del contratto dedotto in giudizio si troverebbe a produrre l'effetto di dare giuridicità ad un obbligo, quello dell'intestatario del bene immobile di trasferirlo al beneficiario, in realtà *mai sorto*. E lo schema è destinato a riprodursi *tel quel* se la domanda di simulazione assoluta, infondata perché le parti hanno inteso piuttosto dissimulare, è da rigettarsi nel merito a motivo della sua nullità in quanto il contratto integra un mutuo con clausola commissoria⁵⁵.

La seconda. Con una generale rilevabilità *ex officio* basculante tra una *preclusione extraprocessuale inter partes* ed un *giudicato in senso proprio*, è più che fondato pensare che l'interesse a domandare un accertamento incidentale della nullità (art. 34 c.p.c.) sia destinato per riflesso a rarefarsi, con una tassonomia di casi tipici c'è da credere essenzialmente rinserrata intorno alle ipotesi in cui l'attore intenda munirsi di un titolo opponibile ai terzi. Già, non è detto però, e lo si è fatto acutamente osservare, che il rigetto della domanda di annullamento, *perché il contratto è nullo*, torni sempre utile all'attore. Se costui infatti, stante l'esecuzione interinale del contratto impugnato, avesse unitamente domandato la restituzione dell'immobile, il rigetto per nullità gli tornerebbe utile ove il convenuto non avesse provveduto nel frattempo ad alienare a terzi. In questa seconda ipotesi infatti, se la domanda di annullamento fosse stata trascritta in data anteriore alla trascrizione dell'avente causa dal convenuto, finanche «l'attore formuli prudenzialmente domanda di accertamento incidentale e la trascriva»⁵⁶, non è da scartare il rischio ch'egli finisca comunque per risultare soccombente, complice la circostanza che la trascrizione del terzo tendenzialmente risulterà sì posteriore alla domanda di annullamento ma *precedente* a quella di nullità.

Come dire, in realtà, che neppure col prontuario colto delle S.U. tutte le tessere del mosaico vanno al loro posto, nel tentativo di formalizzare un quadro rimediale improntato ad una stringente effettività delle tecniche di tutela.

La terza. Per le S.U. la domanda di accertamento della nullità è autodeterminata: sicché è rilevabile officiosamente un motivo di nullità diverso da quello addotto. Rinnovando un quesito già posto⁵⁷, viene però da chiedersi se la suddetta rilevabilità postula

⁵⁰ La notazione si legge in M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 49.

⁵¹ Il sostantivo è già in IRTI, *Concetto giuridico di comportamento e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, I, 1055 s.

⁵² La questione già non sfuggiva a CARRATTA, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, 182 ss.

⁵³ V. Cass. 22 maggio 1987, n. 4645, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Sentenza civile*, n. 21.

⁵⁴ V. Cass. 6 maggio 2005, n. 9505, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 24, 80.

⁵⁵ V. Cass. 22 marzo 2007, n. 6961, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 55.

⁵⁶ Così CONSOLO – GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit.

⁵⁷ In *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto*, ora in PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, 35 ss.



che le diverse cause si iscrivano tutte nel medesimo tipo normativo o se possa transitarsi da una nullità assoluta ad una di protezione e viceversa. Per es. denunciata la nullità, per difetto di forma, del contratto di carta di credito *revolving* (art. 125-bis, c. 1 e 2 T.U.B.), il giudice riscontra viceversa una nullità assoluta giacché il professionista non aveva la qualifica di agente in attività finanziaria iscritto nell'apposito albo (art. 1418, c. 1 c.c.): oppure può farsi il caso di un consumatore che eccepisce l'usurarietà del tasso di interesse praticato, donde una nullità ex art. 1815, c. 2 c.c., quando invece il giudice constata l'esistenza di una vessatorietà della clausola di modifica unilaterale del tasso⁵⁸, dunque una nullità di protezione. Orbene, stante la circostanza che la nullità, nel nuovo canone delle S.U., è *sempre* rilevabile, niente dovrebbe impedirne il vicevevole mutare, senza per ciò stesso incorrere in una sostituzione officiosa del *petitum* della domanda proposta. Naturalmente con una dichiarabilità che soltanto nell'ipotesi di una nullità di protezione potrà venir messa in non cale da una sopravvenuta opposizione del contraente protetto.

La quarta. Spigolando tra i primi commenti –già sono molti, ma d'altra parte era largamente prevedibile– una delle chiavi di lettura suggerite è quella, di taglio efficientista, che vede la nuova vocazione pervasiva della rilevabilità officiosa come una vicenda della contemporaneità: epifania di un'interventismo giudiziale animato da una *vis correttiva* dei fallimenti del mercato⁵⁹. Orbene, c'è sicuramente del vero in questa lettura condotta in chiave *law and economics*: e tuttavia che sia questa la tonalità dominante del registro argomentativo cessato dalle S.U. è quanto meno dubbio. Lo si è messo in evidenza altrove e sarebbe qui stucchevole ripeterlo *per extenso*⁶⁰: queste sentenze gemelle sono un raffinato esercizio di come si debba motivare quando una Corte sia chiamata a decidere *per valori*, sul presupposto che, depennando questo e quel paradosso dell'irrilevabilità, l'art. 1421 torni ad essere una disposizione giusta. La cifra, insomma, sembra piuttosto essere quella di una motivazione intrisa di una *ragione pragmatica*. Il che dischiude al vero interrogativo sotteso alla rigorosa e convincente *summa* delle S.U.: qual è il crinale che separa il decidere per principi da una fuga negli stessi? Ecco per quale ragione il dispositivo di queste senten-

ze, nonostante l'indiscutibile «ampiezza di visione sistematica» che le contrassegna⁶¹, potrebbe a breve trasformarsi in una *Baustelle* degli interpreti.

La quinta. La pagina del processualcivilista ha imputato alle S.U. la contraddizione, quando la nullità sia di protezione, di impastoiare per così dire l'idea portante dei due *dicta* perché, si è scritto, immaginare un diniego alla declaratoria di nullità opacizza l'assunto di un contratto nullo che, «in quanto contrario a interessi di ordine generale, deve essere rimosso dall'ordinamento ad opera del giudice, pur nell'inerzia dell'interessato»⁶²: il che, per l'insieme delle ragioni poc'anzi esposte al § 2, ha tutta l'aria di un rilievo non proprio irresistibile, a tacer del fatto che, se la nullità *deve giovare* al consumatore (art. 36, c. 3 c. cons.) e questo è stato debitamente informato in giudizio, il modulo argomentativo delle S.U. riproduce quello inaugurato da *Pannon* (C-249/08) e proseguito da *Banif Plus Bank Zrt* (C-472/11), nell'ottica beninteso non di un diniego *tout court* bensì *qualificato*. Quello delle S.U., il profilo va chiarito a scanso di equivoci, non è un *diniego per svista* o in contumacia ma *partecipato*: non così spurio o bizzarro, allora, se si rammenta che l'ordine pubblico è tanto di direzione che si protezione. *Jorös* (C-397/11), per inciso, lo ha certificato a chiare lettere.

La sesta. Perspicuamente si fa notare che, se l'oggetto del giudizio è il *rapporto contrattuale*, il canone decisorio della ragione più liquida, pur se non fa giudicato per le S.U. sulla validità del contratto, qualche guasto comunque lo crea. Gli è infatti che, se il giudice, al cospetto di un adempimento parziale o tardivo, ha rigettato la domanda di risoluzione perché l'inadempimento opposto non è grave ai sensi dell'art. 1455 c.c., quando il convenuto vittorioso dovesse successivamente domandare la condanna della controparte all'adempimento, il rilievo officioso di una nullità del contratto ad opera del secondo giudice finirà tanto per sapere di un procedere che fa deragliare e «sovertire i *nessi funzionali* tra diritti»⁶³. Insomma, l'impressione è che il criterio della *ragione più liquida per il rigetto*, pur se assicura in quanto assorbente una più celere e piana definizione della lite, vada assoggettato ad un utilizzo assai parcellizzato. Nella fattispecie sunteggiata, il rigetto invero crea incongruamente un'*apparenza*

⁵⁸ Fattispecie tutt'altro che di scuola: v. Cass. 12 luglio 2013, n. 17257, in *Contratti*, 2014, 18 ss.

⁵⁹ V. A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Il "long essay" delle Sezioni Unite sull'esercizio dei poteri officiosi ex art.*

1421 c.c.: *la seconda puntata sarà davvero l'ultima?*, cit. ⁶⁰ in PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, cit.

⁶¹ Il periodare è di PROTO PISANI, *Una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, in corso di stampa.

⁶² Così MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi quaderni del Foro italiano*, 2015, 8 e nt. 14.

⁶³ Cfr. MENCHINI, *op. ult. cit.* 22 (21 per la citazione che segue).



affidante sulla validità del contratto, col risultato di un convenuto che, allertato ex art. 183, c. 4 c.p.c., si troverà a dover domandare l'accertamento della nullità con annessa domanda restitutoria quando il tutto poteva evitarsi rilevando la nullità nel primo giudizio. Se processualmente la situazione è traducibile nella produzione di «decisioni a contenuto variabile», sul piano del diritto materiale la vicenda ricorda da vicino quella di una clausola *solve et repete*. La deduzione, una rilevabilità officiosa come tecnica di autotutela dell'ordinamento vincente sul canone della ragione più liquida, sembra imporsi da sé in quanto espressiva dell'approccio assiologicamente più meritevole. Diversamente l'esigenza di una maggiore economia processuale (§ 5.14.7), per una patente eterogenesi dei fini, potrebbe trasformarsi ... nel suo opposto !

L'ultima chiosa è di commiato: potrà convenirsi oppure no sulle premesse sistematiche delle S.U., ma è innegabile, come si è autorevolmente scritto⁶⁴, che si è provveduto a renderle col «massimo della chiarezza». Se poi la *dottrina delle Corti* vale ad ammodernare il sistema, ben venga una sentenza che ondeggia tra *fattispecie* e *valori*: la razionalità formale che la contraddistingue evita pienamente che l'interprete possa scambiarla per una «pura e nuda decisione che ha fondamento in se stessa»⁶⁵. Potrà piacere, d'altronde, oppure no: ma, ammesso che ne sia mai esistita una, l'attuale non è certo la stagione nella quale si possa dire che *optima lex quae minimum arbitrio iudicis relinquit*, senza per ciò stesso immaginare una tirannia dei valori.

⁶⁴ Così PROTO PISANI, *Una decisione storica delle sezioni unite*, cit.

⁶⁵ Come IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit. 17 finemente designa quel giudizio che sia unicamente reso secondo valori, «non propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma **presa di posizione** dinanzi ad un episodio di vita» (neretto nel testo).

