

Nullità del contratto

CASSAZIONE CIVILE, sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170

Pres. Fiduccia - Rel. Segreto - P.M. Scardaccione (conf.) - P. ed altri (avv.ti Scrosati, Corselli) c. Cooperativa Est Ticino Arl (avv.ti Forgione, Romano)

Contratti - Nullità - Legittimazione ex art. 1421 c.c. - Rilevabilità d'ufficio - Condizioni
(Art. 1421 c.c.)

A norma dell'art. 1421 c.c., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione, procedendo ad un accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico - giuridico, idoneo a divenire giudicato.

...*Omissis*...

Motivi della decisione

...*Omissis*...

6.2. La Corte di Milano, nel negare la rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio in esame, si è uniformata ad una linea logica da questa Corte da lungo tempo espressa e decisamente prevalente, anche se non del tutto consolidata (Cass. 20 dicembre 1958 n. 3937; 4 marzo 1960 n. 402; 28 maggio 1966 n. 1390, 18 aprile 1970 n. 1127; 9 marzo 1971 n. 661; 28 gennaio 1972 n. 244; in epoca più recente, *ex multis*: Cass. 6 agosto 2003, n. 11847; Cass. 14 gennaio 2003, n. 435; Cass. 17 maggio 2002, n. 7215; Cass. 1 agosto 2001, n. 19498; 11 marzo 1988 n. 2398). In questo senso sono anche le decisioni delle S.U. di questa Corte 25 marzo 1988, n. 2572 e 3 aprile 1989, n. 1611, ma non in sede di composizione di contrasto o di esame di questione di particolare importanza, ma limitandosi ad applicare "giurisprudenza costante".

La lunga serie di decisioni afferma al riguardo che: «Il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. va coordinato col principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti; al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, la deduzione (nella prima ipotesi) di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e (nella seconda ipotesi) di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili: né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*».

6.3. Sul presupposto che la rilevabilità d'ufficio della

questione di nullità (art. 1421 c.c.) debba essere coordinata con il principio della domanda (art. 112 c.p.c.), lo schema argomentato seguito dall'indirizzo giurisprudenziale citato può essere individuato nei seguenti passaggi logici (come emerge dalla sentenza che più ampiamente ha motivato sul punto, Cass. n. 1127/70 citata):

a) L'art. 112 c.p.c. pone la domanda (atto di parte ex art. 99 c.p.c.) come limite assoluto della pronuncia del giudice; solo le eccezioni (sempre che non si tratti di eccezioni in senso stretto per cui la stessa legge richieda l'espressa manifestazione di volontà processuale della parte interessata) possono essere oggetto di pronuncia senza apposita istanza perché, essendo dirette a negare fatti costitutivi della pretesa attorea o ad affermare fatti impeditivi o estintivi, attengono a situazioni implicitamente già dedotte nella formulazione della domanda.

b) L'art. 1421 c.c. consente al giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, quando essa contraddice la domanda impedendone l'accoglimento. Quando, invece, la nullità configura una ragione che favorisce la pretesa attorea, sia pure in termini diversi da quelli prospettati dalla domanda, essa non opera nel campo delle eccezioni ma si iscrive nella zona delle difese dell'attore, della domanda che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto.

c) Di conseguenza la rilevabilità d'ufficio della nullità è consentita quando essa si pone come ragione di rigetto della pretesa attorea e ciò si verifica quando l'attore invoca il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto; ciò, invece, non si verifica quando l'attore intende escludere o eliminare gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità (azione di annullamento, rescissione o risoluzione), che poteva invocare ma che non ha invocato. Come espresso dalla sentenza n. 5341/84, la causa relativa all'adempimento del contratto è continente della causa autonoma volta alla dichiarazione di (non) nullità dello stesso contratto.

6.4. In senso contrario a detto orientamento, vi è la

dottrina pressoché unanime (ad eccezione di due Autori), che ha vigorosamente preso posizione contro questa soluzione.

Aderendo a detta posizione dottrinale Cass. 6 marzo 1970 n. 578; Cass. 28 gennaio 1986 n. 550, Cass. 18 luglio 1994, n. 6710, con specifico riferimento alla domanda di risoluzione del contratto, e, più in generale anche con riguardo alle domande di annullamento o rescissione, Cass. 2 aprile 1997, n. 2858, hanno statuito che la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l'annullamento (come pure la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente dedotta l'assenza di vizi determinanti la nullità del contratto, il cui rilievo da parte del giudice dà luogo a pronuncia non eccedente l'oggetto del causa, e la cui efficacia resta fissata in funzione dei limiti della domanda proposta, potendo quindi estendersi all'intero rapporto contrattuale se questa lo investa interamente, come nel caso (ricorrente nella specie) di domanda di annullamento di contratto non ricadente nell'ipotesi di cui all'art. 1446 c.c.

In particolare la predetta sentenza n. 2858/1997 (la più approfondita sul punto) ha statuito che: «a) la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.) ogni qual volta si presenti come questione pregiudiziale (art. 34 c.p.c.);

b) la questione condiziona anche la decisione delle domande di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto;

c) l'efficacia della decisione sulla nullità è fissata dalla domanda proposta: ciò non esclude che influisca sull'intero rapporto contrattuale se la domanda investe il rapporto per intero, come nel caso di domanda di annullamento in cui non ricorrano le limitazioni degli art. 1446 c.c.».

6.5. Ritene questa Corte di dover aderire, sia pure con alcune precisazioni, a tale orientamento giurisprudenziale minoritario, per le ragioni che seguono.

Il problema che si pone è quindi duplice: anzitutto se il giudice possa rilevare anche d'ufficio, non solo in sede di azione di esatto adempimento, ma anche di risoluzione, annullamento o rescissione la nullità negoziale ed, inoltre, quale sia l'effetto di tale rilievo d'ufficio.

Prendendo in esame le opinioni di dottrina espresse in forma critica verso la limitazione indicata dalla giurisprudenza, non può non condividersi che, oltre alla domanda di adempimento o di esecuzione, anche le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto e costituiscono mezzo giuridico per eliminarne, in taluni casi, gli effetti. Anche le domande di risoluzione e di annullamento implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento.

Ciascuna delle domande di adempimento, di risoluzio-

ne o di annullamento, pertanto, vengono avanzate con la premessa immancabile, ancorché implicita: "poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda di adempimento, di risoluzione di annullamento...".

Se la nullità sussistesse, nessun diritto o potestà potrebbe derivare dal rapporto dedotto in controversia, poiché lo stesso rapporto non sarebbe sorto.

La validità del contratto, di conseguenza, si pone come pregiudiziale sia delle domande di adempimento o di esecuzione, sia di quella di annullamento il cui potere, o inesistenza di potere, in quanto abbia fonte in un contratto valido, inerisce alla stessa domanda di annullamento proposta, non diversamente da quella di adempimento.

Conseguentemente, poiché l'art. 1421 c.c. richiede che d'ufficio la nullità del contratto, in quanto sussistente, venga "rilevata" (in via incidentale), e poiché, come indicato, la validità o nullità del contratto costituisce il presupposto anche della domanda di risoluzione alla quale inerisce, ne deriva che il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto, di cui sia stato chiesto la risoluzione, attiene alla domanda di risoluzione stessa, ed il relativo rilievo non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c. in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri di pronuncia del giudice.

Collocando la nullità nell'ambito della domanda, la posizione diretta a riconoscere che la nullità del contratto debba essere rilevata d'ufficio anche nelle cause di risoluzione o impugnativa contrattuale è difficilmente contrastabile.

6.6. Quindi la questione di validità del negozio è implicata allo stesso modo tanto nella domanda di risoluzione quanto in quella di adempimento (o di esecuzione), in quanto sono risposte alternative che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento. Anche la prima di tali domande, intatti, essendo fondata sull'affermazione che un determinato obbligo è stato inadempito e che non ricorrono circostanze di esclusione della responsabilità, implica necessariamente che un obbligo sia sorto in conseguenza del negozio, e ciò a sua volta presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio stesso. Anch'essa è dunque domanda di applicazione, poiché la parte postula che il negozio sia valido e abbia spiegato i propri effetti.

La domanda di risoluzione si poggia con identico grado di coerenza logica e giuridica sulla validità del negozio: da questo promana il rapporto, se ne chiedi la risoluzione o si esiga l'adempimento della prestazione in esso dedotta.

D'altra parte, se il contratto è nullo, non vi sono effetti da eliminare, né è pensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento e magari ottenere anche la condanna al risarcimento laddove per la nullità del contratto non vi era alcun obbligo da adempiere.

6.7. Considerazioni analoghe vanno formulate con riguardo alla rescissione o all'annullamento: anche in

questo caso l'azione trova il suo presupposto nella validità del contratto.

Ritenere il contrario determinerebbe del resto conseguenze assurde, quali l'accoglimento di un'offerta di riduzione ad equità del contratto nullo, volta a paralizzare la domanda della controparte.

6.8. Ulteriore sostegno a tale tesi emerge, come ha rilevato autorevole dottrina, dall'esame delle relazioni intercorrenti fra la pronuncia di accoglimento della domanda di nullità proposta in via principale e gli eventuali successivi giudizi di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento dello stesso contratto.

Se si ritenesse irrilevante nel successivo giudizio "impugnatorio", la questione della nullità del contratto, tale sarebbe anche una precedente pronuncia di nullità e questa riuscirebbe *inutiliter data* perché non sarebbe idonea ad accertare l'assenza di vincoli all'adempimento. In tale situazione la nullità, benché già dichiarata, dovrebbe quindi farsi nuovamente valere, con il rischio tuttavia di una pronuncia difforme.

Poiché questa paradossale conclusione è inaccettabile, sarebbe necessario, almeno, riconoscere che nel giudizio successivo di risoluzione, annullamento o rescissione la nullità del contratto non sia irrilevante, e, poiché la relativa pronuncia ha per comune consenso carattere di mero accertamento, tale rilevanza non potrebbe che operare sul piano sostanziale.

Resta poi relativamente secondario che dalla rilevanza così riconosciuta si sia indotti a ritenere già implicitamente "decisa nel primo giudizio", ossia in quello di nullità, la controversia che forma oggetto del secondo, nel quale pertanto, in base al principio del "ne bis in idem" e secondo la prospettiva del c.d. effetto negativo del giudicato non si può ulteriormente disputare sullo stesso oggetto o su parte di esso, perché adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento costituiscono una specificazione, un dettaglio rispetto al tema della nullità o, invece, considerare che nel secondo giudizio la nullità, già dichiarata nel primo, imponga, secondo il c.d. effetto positivo del giudicato, "il rigetto delle successive domande" ivi proposte, senza così uscire dai confini segnati al successivo giudizio con quelle domande di cui appare tema necessario, parte inclusa e condizionante.

Ciò che conta, ai fini della questione in esame, è che in tutti questi giudizi la "questione di nullità" del contratto è sempre presente e che, pertanto, non si esorbita dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio *ex art.* 1421 c.c..

6.9. Sennonché mentre è condivisibile tale conclusione non pare che lo sia l'inquadramento sistematico, secondo cui l'art. 1421 non si iscrive nella cornice dell'atto nullo ma piuttosto in quella dell'art. 2907, comma 1 c.c., che assegna al giudice l'obbligo di pronunciare - nei casi tassativamente previsti dalla legge - senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda.

Con l'art. 1421 apparentemente si attribuirebbe al giu-

dice una facoltà ("la nullità ... può essere rilevata dal giudice") mentre in realtà, in connessione con l'art. 2907 cod. civ. si sancirebbe un'eccezione al principio generale, e cioè si vuol "assegnare al magistrato un compito che altrimenti non lo riguarderebbe nel senso che egli può supplire con il suo intervento alla mancata iniziativa della parte".

Osserva questa Corte che in realtà la previsione dell'art. 2907 c.c. sembra riferirsi ad un'ipotesi in cui al giudice è consentito di prendere iniziative per una pronuncia estranea al processo in corso (come è per l'art. 8 l. fall), quando cioè l'iniziativa non è richiesta per risolvere il merito della controversia, già sottoposta al giudice ad iniziativa di parte.

Il caso in esame, invece, riguarda la pendenza di una lite avviata su domanda di parte, con riferimento al contratto, e la nullità si pone proprio come condizione della decisione di merito su di essa: tra la domanda di parte e rilievo di nullità, vi è una relazione strettamente funzionale. Altrimenti l'art. 1421 c.c., non limiterebbe "a chiunque vi abbia interesse" la possibilità di far valere la nullità.

Qui, in altri, termini la nullità si pone come questione pregiudiziale inerente alla domanda della parte.

7.1. Inoltre, l'assunto dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, quanto meno rispetto all'azione di risoluzione, secondo cui il rilievo d'ufficio della nullità non equivarrebbe ad una pronuncia di accertamento della non validità, neppure fra le stesse parti, e non potendo formare giudicato sul punto non sarebbe quindi idoneo a rimuovere situazioni di incertezza, non si dà carico della sostanziale identità di presupposti fra la domanda di adempimento e quella di risoluzione contrattuale (messa in luce da Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533, ai fini del riparto dell'onere probatorio).

Posto che, sotto il profilo dell'onere probatorio, il creditore che agisca per la risoluzione deve, esattamente come colui che agisce per l'adempimento, provare solo il fatto costitutivo, ossia il contratto, è consentito ritenere allora che in entrambe i casi il diritto affermato dalla parte siccome posizione giuridica fondamentale nascente dal negozio, esiste solo che sussistano tutti gli elementi costitutivi di questo.

Non è quindi giustificato, come fa la giurisprudenza maggioritaria, escludere dal rilievo d'ufficio l'ipotesi della domanda di risoluzione, postulando l'estraneità rispetto ad essa del problema della validità del contratto, giacché il diritto alla risoluzione sorge solo in relazione ad un negozio valido, ed è vero quindi che quando si fa valere tale diritto si chiede al giudice una operazione di "applicazione" del negozio diversa solo per contenuto ma non per struttura da quella chiestagli in caso di azione di adempimento.

La tesi che esclude il rilievo d'ufficio della nullità sarebbe, come è stato detto, "chiaro frutto della mancata comprensione della struttura e della funzione del rimedio risolutorio".

Ora, con le domande di adempimento e di risoluzione altro non si fa valere in sostanza che il diritto "ad ottenere in uno od altro senso la reintegrazione del sinallagma funzionale" ed il loro fondamento si esaurisce nel "mero presupposto dell'esistenza degli elementi costitutivi del negozio".

7.2. Per ultimo, ma non ultima osservazione, va considerato che l'orientamento maggioritario suddetto che ritiene possibile il rilievo d'ufficio della nullità solo nel caso in cui essa si ponga come eccezione all'accoglimento della domanda e come ragione di rigetto della pretesa dell'attore, e quindi solo in ipotesi di azione di esatto adempimento e non anche nel caso di azione di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto, da una parte pone una limitazione a tale rilievo non prevista dall'art. 1421 c.c. e dall'altra presenta aspetti di non conciliabilità con le sue premesse.

Infatti anche nel caso in cui l'attore abbia richiesta la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto, il rilievo d'ufficio della nullità del contratto egualmente porta al rigetto di una delle tre domande suddette e non certo all'accoglimento della stessa. Anche in questo caso, infatti, come per la domanda di esatto adempimento, in caso di nullità del contratto il giudice dovrà sempre rigettare la domanda di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto, mentre la nullità del contratto, rilevata ed accertata incidentalmente dal giudice, costituirà solo la ragione su cui si fonda il rigetto della domanda dell'attore.

7.3. Ciò affermato in linea di principio, occorre vagliare quali siano le conseguenze del rilievo incidentale e d'ufficio della nullità in una causa proposta per la risoluzione del contratto, come quella in esame.

Per coloro che ritengono che l'art. 1421 c.c. vada correlato all'art. 2907 c.c., è evidente che la pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione, annullamento o rescissione faccia stato anche sull'eccezione rilevata d'ufficio di nullità.

Ma, come si è visto, questo inquadramento, non è condivisibile.

Qualche Autore, pur essendo favorevole all'affermazione che la questione della nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, poiché si tratta di una questione esaminata *incidenter tantum* sostiene che su di essa non può formarsi il giudicato, se non nei casi di cui all'art. 34 c.p.c..

Altro orientamento dottrinale restringe questo effetto di giudicato solo al caso di accertamento pregiudiziale rilevato nell'ambito di azione di risoluzione o di esatto adempimento e non al caso di azione di annullamento o rescissione, in cui pure il giudice deve rilevare di ufficio la nullità *ex art.* 1421 c.c..

7.4. In realtà è corretto ritenere che la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa e che attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pre-

giudiziale di nullità può condizionare l'esito di altri processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto.

Peraltro se tale principio può essere affermato (come in dottrina è stato sostenuto) nel rapporto tra il processo in cui la questione pregiudiziale di nullità sia stata rilevata ed altri procedimenti in cui vengano in rilievo gli effetti dello stesso contratto tra le stesse parti, eguale principio può essere applicato anche quando la nullità del contratto venga rilevata nei medesimi giudizi di risoluzione, rescissione e di annullamento e con riferimento alle stesse domande.

La nullità del contratto si riflette sull'intero rapporto, e deve essere ricevuta nei giudizi ad esso relativi, quando sia stata rilevata in occasione di una domanda di risoluzione, rescissione o annullamento che investa il contratto nella sua interezza.

7.5. Sennonché ciò che va specificato è che nella fattispecie non si verte nell'ipotesi di cui all'art. 34 c.p.c., come pure sostenuto da taluno, con conseguente difficoltà ad estendere fuori da quel processo gli effetti dell'accertamento incidentale sulla questione pregiudiziale sotto il profilo del giudicato, non essendo stato richiesto né dalle parti né previsto dalla legge un accertamento con tale efficacia.

Conformemente a quanto afferma una autorevole dottrina in tema di accertamento incidentale di questione pregiudiziale, va in primo luogo rilevato che l'art. 34 c.p.c., non riguarda soltanto le modificazioni della competenza per ragione di connessione e l'eventuale rimessione di tutta la causa al giudice superiore competente per materia o per valore a conoscere la questione pregiudiziale, ma attiene anche alla efficacia della pronuncia che deve essere emessa dal giudice. Il giudicato sulla questione pregiudiziale, infatti, si forma solamente se in tal senso vi sia stata un'esplicita domanda di una delle parti o se sia la legge a pretenderlo.

Va in secondo luogo precisato, sempre in aderenza all'opinione manifestata dalla medesima dottrina, che con l'espressione "questione pregiudiziale", contenuta nel suddetto articolo del codice di rito, il legislatore tuttavia ha inteso fare riferimento solamente alla pregiudizialità in senso tecnico e non anche alla pregiudizialità in senso logico.

Premesso che con la locuzione "pregiudiziale in senso logico" si indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice (c.d. punto pregiudiziale) o, come si sostiene in dottrina, "il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio" (ad esempio, la compravendita rispetto alla richiesta di pagamento del prezzo della cosa venduta), è indubbio che, in base a una tesi costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico - giuridico della pronuncia medesima (c.d. giudicato implicito: cfr. Cass. 27 marzo 2001, n. 4375; Cass. 19 gennaio 1999, n. 462; Cass. 7

marzo 1995, n. 2645; Cass. 13 febbraio 1993, n. 1811, Cass. 18 gennaio 1992, n. 576 e Cass. 11 febbraio 1988 n. 1473).

Secondo un'opinione dottrinale che merita adesione, infatti, in tal caso la necessità della formazione del giudicato anche sul punto pregiudiziale (e anche in assenza di un'apposita richiesta) deriva dal fatto che oggetto della decisione è in primo luogo l'indagine circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda.

Diversamente è a dirsi per la pregiudiziale in senso tecnico, con la quale si indica una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale si fonda tale effetto (ad esempio, la qualità di erede del creditore rispetto alla domanda di pagamento del prezzo oggetto del contratto di compravendita stipulato dal defunto). Tale situazione, poiché non concerne l'oggetto del processo, è solamente passibile di accertamento in via incidentale, salvo che, come si è detto sopra, per legge o a seguito di apposita domanda formulata da una delle parti, non sia richiesta una decisione con efficacia di giudicato (nel qual caso, qualora tutta la decisione appartenga alla competenza di un giudice superiore, la questione pregiudiziale assume la denominazione di causa pregiudiziale).

7.6. Peraltro, non riconoscere efficacia di giudicato implicito all'accertata questione pregiudiziale di nullità del contratto, comporterebbe la seguente conseguenza inaccettabile: la parte che si è vista respingere la domanda di risoluzione, (rescissione o annullamento del contratto), a causa della ritenuta nullità dello stesso, potrà essere convenuta per l'adempimento; le resta la facoltà di opporre ancora la nullità del contratto, ma con il rischio dell'insuccesso, mentre non potrà nuovamente invocare la risoluzione (rescissione o annullamento), ormai pregiudicata.

Ne consegue che, proposta azione di risoluzione del contratto, il giudice può rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale relativa alla nullità del contratto e costituendo essa una pregiudiziale sul rapporto giuridico fatto valere in giudizio, l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito.

7.7. Ovviamente rimane fermo il principio che la rilevanza d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 c.c. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare *ex actis* ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa (Cass. 28 gennaio 2004, n. 1552).

8.1. Ne consegue che nella fattispecie, avendo l'appellante lamentato con l'impugnazione che erratamente la sentenza impugnata di primo grado non aveva rilevato

la nullità della transazione perché contraria a norme imperative, in quanto prevedeva deroghe alle distanze legali tra fabbricati, contrarie alle norme regolamentari inderogabili, il giudice di appello avrebbe dovuto accertare se effettivamente sussisteva sulla base degli atti la dedotta nullità.

8.2. A tal fine va, infatti, osservato che, contrariamente a quanto ritenuto dalla resistente, in tema di distanze legali nelle costruzioni le prescrizioni contenute nei piani regolatori e nei regolamenti edilizi, a differenza di quelle contenute nel c.c., essendo dettate a tutela dell'interesse generale a un prefigurato modello urbanistico, non sono derogabili dai privati. Ne consegue l'invalidità - anche nei rapporti interni - delle convenzioni stipulate fra proprietari confinanti le quali si rivelino in contrasto con le norme urbanistiche in materia di distanze, salva peraltro rimanendo la possibilità - per questi ultimi - di accordarsi sulla ripartizione tra i rispettivi fondi del distacco da osservare (Cass., 4 febbraio 2004, n. 2117; Cass. 23 novembre 1999, n. 12984; Cass. 27 giugno 1987, n. 5711).

8.3. Se nella fattispecie detta violazione fosse stata ritenuta esistente dal giudice di merito, questi avrebbe dovuto accertare se essa atteneva solo ad alcune clausole contrattuali.

In quest'ultimo caso, il giudice del merito avrebbe dovuto valutare, a norma del I c. dell'art. 1419 c.c., se detta nullità parziale si trasferisse all'intero contratto.

8.4. L'accertamento in questione era pregiudiziale all'applicazione della disciplina di cui all'art. 1976 c.c., che - nel disporre che non possa essere richiesta la risoluzione della transazione se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione - presuppone che vi sia stata una valida transazione novativa, poiché solo questa può estinguere il precedente rapporto.

8.5. Peraltro, ove si fosse trattato solo di nullità parziale di singole clausole ed il giudice di merito avesse ritenuto non estendersi la nullità all'intero contratto a norma dell'art. 1419, comma 1, c.c., egualmente andava valutato, se, a seguito, della nullità di dette clausole, la transazione in questione conservasse il ritenuto carattere novativo del rapporto tra le parti, oppure costituisse solo una transazione c.d. "pura".

9.1. Ove, poi, si trattasse di nullità parziale del contratto, non estensibile all'intero contratto, e la transazione fosse ritenuta, nonostante detta nullità, egualmente novativa, con conseguente inammissibilità della risoluzione a norma dell'art. 1976 c.c., egualmente per la parte conservata del contratto, perché non colpita dall'estensione della nullità di singole clausole, andrebbe esaminata la domanda di esatto adempimento del contratto di transazione in parte qua.

Infatti con la domanda di esatto adempimento, proposta in via subordinata, l'attrice aveva richiesto in sede di conclusioni di primo grado "l'esecuzione dei lavori necessari per l'eliminazione delle opere irregolari per la loro modificazione in conformità agli obblighi ed alle

norme legali o regolamentari”, mentre con le conclusioni proposte in sede di atto di citazione aveva richiesto solo la condanna dei convenuti all’esecuzione di quanto stabilito nella transazione.

9.2. Se può condividersi l’assunto del giudice di merito, secondo cui questa domanda, come precisata in sede di conclusioni di primo grado, costituiva domanda nuova nella parte in cui inseriva nel *petitum* l’esecuzione di opere per conformarsi alle norme legali o regolamentari, non è condivisibile allorché ritiene nuova anche quella parte della domanda con cui si richiede la condanna all’esecuzione delle opere per conformarsi agli obblighi contrattuali, previsti in clausole non investite da nullità parziale (e sempre nell’ipotesi in cui la nullità non si estenda all’intero contratto).

9.3. Non può invece accogliersi la censura della ricorrente nella parte in cui lamenta che il giudice di merito non avrebbe dovuto dichiarare l’inammissibilità della domanda di adempimento sotto il profilo della novità, dovendo, invece procedere alla sostituzione di dette clausole nulle con le prescrizioni previste dagli strumenti urbanistici.

Infatti l’inserzione automatica di norme imperative in sostituzione di una clausola contrattuale affetta da nul-

lità può dirsi legittima, a norma dell’art. 1419, comma 2, c.c., soltanto se la sostituzione stessa debba avvenire “di diritto”, in forza, cioè, di un’espressa disposizione di legge la quale, oltre a comminare la nullità di una determinata clausola, ne imponga anche la sostituzione con una normativa legale, mentre la predetta inserzione non è attuabile qualora il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa (Cass. 28 giugno 2000, n. 8794; Cass. 2 settembre 1995, n. 9266).

9.4. Ciò comporta nella fattispecie, che ove fossero ritenute nulle solo alcune clausole della transazione, perché contrarie a norme imperative in tema di distanze legali previste dagli strumenti urbanistici, e che tuttavia la transazione continuasse ad essere valida nella restante parte (non ricorrendo l’ipotesi di cui all’art. 1421, comma 1 c.c.), non potrebbe richiedersi in questa sede di domanda subordinata di esatto adempimento di obbligazione contrattuale il rispetto delle normativa regolamentare sulle distanze legali, quale obbligo discendente da clausola contrattuale di transazione (stante l’impossibilità di sostituzione *ex art.* 1419, comma 2., c.c.).

...*Omissis*...

LA CASSAZIONE RILEGGE L’ART. 1421 C.C. E SI CORREGGE: È VERA SVOLTA?

di Vincenzo Mariconda

La recente decisione della Cassazione si discosta dall’orientamento giurisprudenziale di gran lunga prevalente che ammette la rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto nel solo caso di giudizio promosso al fine di ottenere l’adempimento, ed estende la regola dell’art. 1421 c.c. anche ai giudizi instaurati con azioni di risoluzione, annullamento e rescissione, concludendo nel senso che l’efficacia del giudicato di rigetto di una di dette domande a causa della nullità rilevata incidentalmente comprende anche questo accertamento.

1. - La fattispecie e la vicenda processuale che hanno dato origine alla annotata decisione della Corte di Cassazione, sono del tutto peculiari e non meritano particolare approfondimento se non allo specifico fine di evidenziare che la parte attrice, nel corso del processo di primo grado, aveva proposto tutte le domande e prospettato tutte le questioni ipotizzabili con riferimento ad una transazione di cui veniva lamentato l’inadempimento: vertendo la transazione su questioni di vicinato relative alla asserita inosservanza di norme di legge e regolamentari in materia di distanze tra costru-

zioni, l’attrice aveva originariamente chiesto la condanna dei convenuti alla esatta esecuzione di quanto stabilito nell’atto di transazione; successivamente, all’udienza *ex art.* 180 c.p.c., aveva modificato la domanda chiedendo in via principale la risoluzione della convenzione per inadempimento dei convenuti e in via subordinata la condanna all’adempimento degli obblighi e al ripristino delle distanze legali e regolamentari oltre al risarcimento dei danni.

Nel prosieguo del procedimento, con memoria depositata ai sensi dell’art. 183, comma 5, c.p.c., sempre l’attrice aveva prospettato la nullità della convenzione transattiva per contrarietà a norme inderogabili di ordine pubblico, asserendo che la relativa questione fosse rilevabile d’ufficio.

Entrambi i giudici del merito avevano dichiarato la inammissibilità di tutte le domande: della domanda di nullità perché proposta solo con la memoria *ex art.* 183, comma 5, c.p.c. e, quindi, tardivamente; della domanda di risoluzione per la ritenuta natura novativa della transazione, agli effetti dell’art. 1976 c.c.; della domanda di esatto adempimento, quale modificata rispetto a quella contenuta nell’atto di citazione, dal momento che con essa si era richiesta l’esecuzione delle opere previste dagli obblighi contrattuali e «dalle norme lega-

li o regolamentari» e, quindi, sotto quest'ultimo profilo, con domanda pure essa nuova rispetto a quella originaria. Alla inammissibilità delle domande era seguito il rigetto dell'accessoria domanda di risarcimento del danno.

La Cassazione, dopo aver ritenuto infondati i primi motivi del ricorso, ha valutato congiuntamente tutti quelli coinvolgenti l'omesso esame della questione di nullità della transazione, in relazione alla cui parziale fondatezza ha disposto il rinvio per un nuovo esame del merito enunciando il principio di diritto di cui alla massima.

2. - Dopo avere ricordato gli argomenti sui quali poggia l'orientamento di gran lunga dominante in giurisprudenza, in virtù del quale il giudice può rilevare d'ufficio la nullità nei soli casi in cui l'attore ha chiesto la pronuncia di condanna del convenuto all'adempimento (1), e quello minoritario formatosi in conformità all'insegnamento pressoché unanime della dottrina, che estende la rilevanza d'ufficio a tutti i giudizi relativi alle impugnative contrattuali (domande di risoluzione, annullamento e rescissione) (2), la decisione in commento motiva le proprie conclusioni favorevoli a questo secondo orientamento soffermandosi sui seguenti passaggi:

a) la nullità del contratto «pregiudica» non la sola domanda di adempimento ma anche le impugnative contrattuali dal momento che esse nascono dal contratto così come il diritto all'adempimento. Non potendosi concepire la risoluzione, l'annullamento e la rescissione, non meno dell'adempimento, di un contratto nullo, la questione di nullità si colloca «nell'ambito» di ciascuna di dette domande nel senso che «presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio stesso». La contraria opinione espressa dall'orientamento giurisprudenziale dominante porta a conseguenze abnormi, come, ad esempio, la possibilità che venga risolto un contratto nullo e il convenuto venga condannato al risarcimento del danno per inadempimento di una obbligazione inesistente (proprio a causa della nullità); ovvero che venga accolta un'offerta di riduzione ad equità del contratto nullo, volta a paralizzare la domanda di rescissione;

b) l'argomento principale su cui fa leva l'orientamento dominante in giurisprudenza, costituito dal preteso contrasto tra rilevanza d'ufficio della nullità e principio dispositivo, è contraddetto dalla formulazione letterale dell'art. 1421 c.c. e dal fatto che, non solo ri-

Foro pad. 1971, I, 742, con nota di Irti, *Risoluzione di contratto nullo*; Cass. 12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.* 1989, I, 1936, con nota di Massettani, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*; Cass. 8 gennaio 2000, n. 123, in *Contratti* 2000, 547, con nota di Carnevali (tutte relative alla domanda di risoluzione); Cass. SU 25 marzo 1988 n. 2572, in *Giur. it.* 1989, I, 1, 1760, con nota di Di Letizia; Cass. 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611, con nota di Laghezza (relative a giudizi originati da azioni di rilascio connesse ad un finito rapporto); Cass. 17 novembre 1999 n. 12769, in *Contratti* 2000, 456, (relativa genericamente a domande diverse da quella che verte sulla dichiarazione di nullità). Numerose decisioni si riferiscono poi alla non rilevanza d'ufficio di cause di nullità diverse da quella oggetto della domanda: tra esse cfr. Cass. 14 marzo 1998 n. 2772, in *Foro it.* 1998, I, 715 e Cass. 7 aprile 1995 n. 4064, in *Giust. civ.* 1995, I, 3011, con nota di Nullo. Il richiamo dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente si ritrova anche nella recente pronuncia di Cass., sez. un., 4 novembre 2004 n. 21095, in questa *Rivista*, 2005, I, 214, che ha confermato la nullità delle clausole anatocistiche dei contratti bancari. Avendo il giudice d'appello rilevato d'ufficio la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, le Sezioni Unite hanno affermato che detta rilevazione era stata fatta «in corretta applicazione del principio per cui la nullità, in tutto o in parte, del contratto posto a base della domanda, può essere rilevata, appunto d'ufficio, anche per la prima volta in appello (cfr. Cass. n. 2772/1998)»; e, dopo avere richiamato il proprio indirizzo relativo alla necessità di coordinare la rilevanza di ufficio con il principio della domanda, ha precisato che «le esigenze a tali principi sottese - rispettivamente di verifica delle condizioni di fondatezza della azione e di immodificabilità della domanda - possono trovarsi tra loro in contrasto ove, in particolare, alla pretesa di una parte relativa ad un credito *ex contractu* si contrapponga l'eccezione di nullità, dell'altra, che il giudice ritenga (come nella specie) di integrare con il rilievo di aspetti della patologia del negozio che la parte, interessata alla improduttività dei correlativi effetti, non abbia colto (o non abbia tempestivamente comunque dedotto). Ma un tale contrasto si risolve sulla base della considerazione che, se da un lato, il potere-dovere decisionale del giudice, in relazione alla domanda proposta, si estende agli aspetti della inesistenza o della nullità del contratto dedotto dall'attore, la deduzione in tal senso del convenuto non può costituire, od essere considerata, domanda giudiziale, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice sul punto, che già esiste». Con la conseguenza che si tratterebbe pur sempre di una mera difesa del convenuto che, attenendo alla inesistenza «per mancato perfezionamento o per nullità, del fatto giuridico, il contratto, dedotto dall'attore a fondamento della domanda», non condizionerebbe l'esercizio del potere officioso di rilievo della nullità fondata su aspetti distinti di patologia negoziale. Si è ricordato il filo logico presente nella menzionata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 21095/2004 perché esso appare significativo dello sforzo fatto per conciliare il principio enunciato dall'orientamento tradizionale con il caso specifico, nel quale la nullità era stata dedotta per una ragione diversa da quella ritenuta dal giudice di appello, sia pure al fine di contrastare la domanda di adempimento.

(2) Nel senso condiviso dalla sentenza in commento cfr. Cass. 18 luglio 1994, n. 6710 (in materia di risoluzione); Cass. 13 dicembre 1995 n. 10648 (in materia di simulazione); Cass. 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.* 1997, I, 2159, con nota di Vidiri. È soprattutto a questa ultima sentenza, relativa ad una domanda di annullamento, che la decisione in esame si richiama nelle sue argomentazioni, che sono in parte analoghe, anche se la motivazione della presente pronuncia appare molto più approfondita sia con riferimento al profilo della pregiudizialità della questione di nullità sia con riferimento alla spiegazione della estensione del giudicato all'accertamento della nullità. Entrambe le decisioni, quella in commento e quella n. 2858/1997, riprendono e condividono alcuni spunti presenti nella nota critica di Massettani a Cass. 12 agosto 1987 n. 6899 cit.. I riferimenti dottrinari favorevoli a questo secondo indirizzo sono addirittura superflui e si ritrovano, oltre che nelle note alle sentenze citate in precedenza, in Monticelli, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, 669; dello stesso Autore, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Judicium*, 2003; Bonfilio e Mariconda, *L'azione di nullità*, a cura di Alpa e Bessone, *Contratti*, IV, 1, 465; Sacco, *Il Contratto*, II, 2004, 493 ss., 557 ss..

Note:

(1) Nel corpo della sentenza sono riportati gli estremi di numerose pronunce della Cassazione che coprono il periodo dalla fine degli anni '50 sino al 2003, espressione della linea logica qualificata «decisamente prevalente», anche se non del tutto consolidata. Una nota di richiamo delle pronunce più significative, nel senso di detto indirizzo, può essere limitata alle decisioni arricchite da commenti frequentemente citati. Così, in specie, Cass. 18 aprile 1970, n. 1127, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 444, con nota di Amato; in *Foro it.* 1970, I, 1907, con nota di Proto Pisani; in

spetto alla domanda di adempimento, ma anche con riferimento alle impugnative contrattuali «il rilievo d'ufficio della nullità del contratto ugualmente porta al rigetto di una delle tre domande suddette e non certo allo accoglimento della stessa». Ed infatti, «come per la domanda di esatto adempimento, in caso di nullità del contratto il giudice dovrà sempre rigettare la domanda di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto, mentre la nullità del contratto, rilevata ed accertata incidentalmente dal giudice, costituirà solo la ragione su cui si fonda il rigetto della domanda dell'attore»;

c) chiarito che la rilevanza d'ufficio della nullità s'impone senza possibilità di distinguere tra giudizi promossi al fine di ottenere la condanna all'adempimento o una pronuncia di accoglimento in una delle impugnative negoziali, la sentenza esclude che l'intervento officioso del giudice trovi il proprio fondamento nel disposto dell'art. 2907 c.c. e che conseguentemente la pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione, annullamento o rescissione faccia stato, ai sensi dell'art. 2907 c.c., anche sulla nullità del contratto.

E, peraltro, dopo avere distinto tra questioni pregiudiziali in senso tecnico e questioni pregiudiziali in senso logico ed avere definito queste ultime come quelle relative ai fatti costitutivi del diritto che si fa valere davanti al giudice, la decisione in esame ritiene che l'art. 34 c.p.c., nella parte in cui esclude che il giudicato si estenda anche agli accertamenti incidentali, per i quali né le parti né la legge richiedono tale estensione, riguardi le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico. Per contro, con riferimento ai punti pregiudiziali in senso logico, la decisione conclude che «in base a una tesi costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (c.d. giudicato implicito)».

Dei tre riportati passaggi argomentativi, quello centrale costituisce la *pars destruens* dell'orientamento giurisprudenziale prevalente e va pertanto esaminato per primo: è infatti indubbio che il menzionato orientamento propone una interpretazione fortemente restrittiva della lettera dell'art. 1421 c.c., la cui bontà intrinseca va conseguentemente verificata alla luce dell'argomento logico-sistematico che dovrebbe sorreggerla. Se detto argomento non dovesse reggere alla critica, tornerebbe attuale in tutta la sua portata la lettera della citata norma che abilita il (e quindi impone al) giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, senza introdurre distinzioni di sorta tra il contenuto delle domande che hanno originato il giudizio.

3. - Com'è noto, l'orientamento giurisprudenziale che la pronuncia in commento definisce di gran lunga prevalente, restringe la rilevanza d'ufficio della nullità del contratto ai soli giudizi promossi al fine di ottenere la condanna del convenuto all'adempimento del con-

tratto, perché - si asserisce - in questi casi la nullità del contratto contraddice alla domanda e si colloca conseguentemente nel novero delle eccezioni che possono portare al rigetto della domanda stessa e che sono conoscibili senza apposita istanza o deduzione di parte.

Per contro, nei casi in cui l'attore intende ottenere una pronuncia di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto, la rilevanza d'ufficio della nullità troverebbe ostacolo nell'art. 112 c.p.c., che pone la domanda come limite assoluto della pronuncia del giudice: in tali casi, la rilevanza d'ufficio della nullità asseconderebbe, più che contrastare, la pretesa dell'attore, sia pure per una ragione diversa da quella prospettata con la domanda e, quindi, troverebbe ostacolo nel menzionato principio dispositivo. Va da sé che il riportato orientamento giurisprudenziale si riferisce alla rilevanza d'ufficio di una nullità che risulta dagli atti, essendo ovviamente escluso che il giudice possa effettuare accertamenti al fine di avere conferma dell'esistenza della ipotizzata causa di nullità (3). Per cui, le sentenze che si adeguano al menzionato indirizzo si riferiscono a casi nei quali il giudice, pur avendo certezza che il contratto oggetto della domanda sarebbe nullo, nondimeno dovrebbe emettere la pronuncia oggetto della domanda così come dovrebbe esaminare le eccezioni o domande riconvenzionali, quale ad esempio, quella volta a ricondurre ad equità il contratto rescindibile o risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta.

È stato autorevolmente sostenuto che con queste soluzioni la giurisprudenza dominante tenderebbe ad adeguare i casi nei quali è effettivamente applicato il principio della rilevanza d'ufficio della nullità ai casi in cui si avrebbe la formazione del giudicato in relazione alla nullità (4). In realtà, una opzione giurisprudenziale in tal senso non pare espressamente enunciata nelle decisioni di rigetto delle domande di condanna all'adempimento che siano motivate con riferimento alla nullità del contratto, non eccepita dalla parte ma rilevata d'ufficio dal giudice. Per cui, il discrimine tra i casi nei quali la regola dell'art. 1421 c.c. è effettivamente applicata e i casi nei quali la rilevanza d'ufficio è esclusa, non pare trovare altra giustificazione se non quella insita nel principio dispositivo, insistentemente quanto tralaticciamente richiamato da tutte le sentenze che si adeguano all'indirizzo dominante. Eppure, come chiarisce la sentenza an-

Nota:

(3) La circostanza è puntualmente sottolineata dalla pronuncia quale vera e propria «ovvietà»: «ovviamente rimane fermo il principio che la rilevanza d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 c.c. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare *ex actis*».

(4) Cfr. quanto scrive Sacco in ordine al fatto che «invece di restringere la formazione del giudicato ai casi in cui l'azione di nullità è proposta, e allargare il rilevamento incidentale d'ufficio della nullità a tutti i casi possibili, essa (*la giurisprudenza*) estende la formazione del giudicato a tutti i casi in cui la nullità è rilevabile, e poi restringe l'area in cui la nullità è rilevabile ai casi in cui è proposta, alternativamente, l'azione di nullità o l'azione di adempimento».

notata sulla scorta delle argomentazioni già svolte in altra sentenza della stessa Cassazione (5), anche le domande di impugnativa contrattuale così come la domanda di condanna all'adempimento dovranno essere respinte qualora il giudice ritenesse che il contratto sia nullo: «se il contratto è nullo, non vi sono effetti da eliminare, né è pensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento ... considerazioni analoghe vanno formulate con riguardo alla rescissione o all'annullamento».

Dovendosi allora comprendere come mai la giurisprudenza abbia dato diverso rilievo alla regola dell'art. 1421 c.c. a seconda che vengano in considerazione domande di condanna all'adempimento o domande di impugnativa negoziale, pare che la spiegazione sia abbastanza semplice: nel caso di domanda all'adempimento la nullità del contratto contraddice sempre l'interesse dell'attore dal momento che la domanda presuppone l'efficacia del contratto che è invece esclusa dalla accertata nullità. Nei casi di impugnativa contrattuale, accomunati dall'interesse dell'attore ad ottenere una pronuncia costitutiva della inefficacia del contratto, questo interesse è sicuramente assecondato dalla accertata nullità, dal momento che la decisione di rigetto della domanda costitutiva andrebbe letta nel senso che non v'è bisogno della pronuncia costitutiva della inefficacia in ragione del fatto che il contratto è già inefficace a causa della sua nullità, rilevata d'ufficio. E, peraltro, quasi mai le impugnative negoziali sono proposte da sole, essendo esse per lo più domande principali rispetto alle accessorie domande di restituzione e/o di risarcimento del danno. È proprio con riferimento a quest'ultima domanda, quasi sempre presente allorché venga proposta la domanda di risoluzione per inadempimento, che l'orientamento giurisprudenziale dominante evidenzia tutta la propria intrinseca debolezza: ed infatti, la domanda di risarcimento del danno da inadempimento così come la domanda di adempimento, presuppongono allo stesso grado l'efficacia del contratto, per cui rispetto ad entrambe la nullità del contratto costituisce il medesimo ostacolo ai fini del relativo accoglimento.

Quanto alle domande di restituzione, esse, com'è noto, non trovano sempre la medesima disciplina nel caso di nullità o di accoglimento delle domande di risoluzione, di annullamento o di rescissione: basti considerare, ad esempio, che, a norma dell'art. 1458 c.c., la risoluzione dei contratti ad esecuzione periodica o continuata non si estende alle prestazioni già eseguite.

Se quanto precede è corretto, pare legittimo concludere che il principio della domanda non interferisce mai con la regola della rilevanza d'ufficio della nullità del contratto. Il principio della domanda impone infatti al giudice di non emettere pronunce che non sono collegate alle domande effettivamente proposte, ma non preclude allo stesso giudice di esaminare la fondatezza di dette domande alla luce di tutti gli argomenti a tal fine rilevanti, purché in relazione ad essi non vi sia il limite della necessaria eccezione della parte.

Questa conclusione si imporrebbe probabilmente anche se non vi fosse l'art. 1421 c.c., la cui formulazione letterale non è nel senso che il giudice possa dichiarare d'ufficio la nullità ma è nel senso che la nullità «può essere rilevata d'ufficio dal giudice», ai fini della pronuncia sulle domande effettivamente proposte.

Ulteriori argomenti confermano questa non interferenza. La pronuncia in esame si riferisce, in particolare, a quello che si può trarre dalla rilevanza che presenta la pronuncia di accoglimento della domanda di nullità proposta in via principale negli eventuali successivi giudizi di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento dello stesso contratto. Poiché, è indubbio che la sentenza che ha dichiarato la nullità spiega effetto nei successivi giudizi, restando solo da stabilire se detto effetto rilevi nella prospettiva del cosiddetto effetto negativo del giudicato ovvero in quella del cosiddetto effetto positivo (6), la Cassazione trae argomento da questa conclusione per affermare che in tutti i giudizi nei quali si controverta sul contratto la «"questione di nullità" del contratto è sempre presente e che, pertanto, non si esorbita dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio ex art. 1421 c.c.».

A volere, inoltre, ipotizzare che il soggetto convenuto in un giudizio promosso al fine di ottenere la risoluzione per inadempimento, eccepisca la nullità del contratto, non par dubbio che il giudice è tenuto ad esaminare l'eccezione e, nella ipotesi in cui la ritenga fondata, deve respingere la domanda di risoluzione. Ne deriva, a mio avviso, una ulteriore ragione di critica nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale dominante, che finisce col configurare, in chiaro contrasto con l'art. 1421 c.c., la nullità del contratto quale oggetto di eccezione in senso ampio o di eccezione in senso stretto, a seconda del contenuto della domanda (7).

L'irragionevolezza del menzionato orientamento giurisprudenziale emerge anche con riferimento all'ipotesi in cui si incrocino contrapposte domande di adempimento e di risoluzione per inadempimento: in tal caso il Giudice non potrebbe che respingere entrambe le do-

Note:

(5) Ci si riferisce a Cass. 2 aprile 1997, n. 2858 cit. che, però, non giunge alla conclusione, espressa a chiare lettere nella sentenza in esame, che il rilievo d'ufficio della nullità del contratto porta al rigetto sia della domanda di adempimento sia delle domande di impugnativa negoziale.

(6) Per l'approfondimento della distinzione tra effetto negativo ed effetto positivo del giudicato e per gli ulteriori riferimenti anche dottrinari, cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2003, I, 195 ss., in specie 206 ss., con particolare riguardo al differente modo di spiegare il problema della natura giuridica del giudicato, sul piano processuale, come «effetto preclusivo di indole schiettamente processuale», ovvero sul piano del diritto sostanziale, come ragione di rigetto della domanda «in quanto infondata, poiché il primo giudicato ha estinto il diritto».

(7) Sulla distinzione tra le due categorie di eccezioni, con particolare riguardo al problema della individuazione della relativa natura, cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, cit., 227 ss.; e, da ultimo, l'ampio ed approfondito saggio di Oriani, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)* in questo numero 1011, ove ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

mande, essendo inimmaginabile che, in coerenza con il criticato indirizzo, rilevi d'ufficio la nullità solo in relazione alla domanda di adempimento e non anche in relazione alla domanda di risoluzione per inadempimento.

4. - È peraltro indubbio che il rilevamento d'ufficio di una causa di nullità del contratto non invocata da alcuna delle parti, pone il problema della salvaguardia del principio del contraddittorio. Problema esaltato dalla recente sentenza di Cass. 21 novembre 2001, n. 14637 (8), che ha ritenuto che l'art. 183, comma 3 (ora divenuto comma 4), c.p.c., esprima la regola del contraddittorio che il giudice non solo è tenuto a far osservare ma deve osservare egli stesso, dovendo significare alle parti le questioni che ritenga rilevanti «cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute».

Poiché è noto che, salvi casi del tutto eccezionali, nella udienza fissata per la trattazione il giudice istruttore non sottopone mai alle parti le questioni «le questioni rilevabili di ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», il caso normale nel quale avverrà il rilevamento di ufficio della nullità, così come di altre eccezioni in senso ampio non formulate dalle parti, sarà quello della decisione della causa. In relazione a detta eventualità, la menzionata decisione della Cassazione ha ritenuto che «il giudice che ritenga dopo di tale udienza (quella ex art. 183 c.p.c.) di far rilevare un fatto o una questione non considerati dalle parti, deve segnalarli alle medesime e consentire che prendano posizione», così come si argomenterebbe dall'art. 184 bis c.p.c., norma dalla quale si ricaverebbe che «se il giudice si avvede tardivamente di una questione rilevabile di ufficio, e la indica alle parti dopo dell'udienza di trattazione, deve consentire ad esse di eccepire e di argomentare con analoga tardività».

Non essendo d'altra parte immaginabile che il principio del contraddittorio assuma rilievo diverso nel processo di cognizione disciplinato dal codice di rito ed in quello introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la medesima segnalazione delle questioni rilevate di ufficio, dovrà avvenire nel corso della udienza di discussione di cui all'art. 16 del menzionato testo normativo. Con la conseguenza che, a meno di immaginare forme di adattamento che consentano alle parti di depositare scritti non espressamente contemplati dalla riforma, su dette questioni le parti potranno interloquire esclusivamente nel corso della discussione orale. Quando poi, sia nel processo disciplinato dal codice di rito, sia nel cosiddetto processo societario, il giudice rilevasse una ragione di nullità solo nella fase di emissione della propria decisione, dovrebbe rimettere la causa in istruttoria per consentire alle parti di prendere posizione sulla questione rilevata d'ufficio.

Nel caso di specie la domanda di nullità era stata proposta, sia pure tardivamente e su di essa aveva probabilmente interloquito anche l'altra parte del giudizio, per cui non pare che avesse ragione di porsi la questio-

ne sollevata dalla richiamata pronuncia di Cass. 21 novembre 2001, n. 14637.

5. - Una volta esclusa la fondatezza del richiamo al principio dispositivo al fine della interpretazione restrittiva del disposto dell'art. 1421 c.c., la sentenza in commento ha fondato il proprio convincimento, relativo alla necessità del rilievo incidentale d'ufficio della nullità del contratto, sull'argomento che detto rilievo «attiene alla domanda di risoluzione stessa», così come attiene alle domande di rescissione o di annullamento, dal momento che «anche in questo caso l'azione trova il suo presupposto nella validità del contratto» (9).

Questo concetto trova ulteriore sviluppo nel prosieguo della motivazione che, con specifico riferimento ai rapporti tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione per inadempimento, evidenzia l'identità dei relativi presupposti, rilevante anche ai fini della disciplina dell'onere della prova (10), ed in specie quello della validità del negozio oggetto delle domande: «giacché - si puntualizza - il diritto alla risoluzione sorge solo in relazione ad un negozio valido, ed è vero quindi che quando si fa valere tale diritto si chiede al giudice una operazione di "applicazione" del negozio diversa solo per contenuto ma non per struttura da quella chiestagli in caso di azione di adempimento».

La sentenza in commento pare pertanto configurare il requisito della assenza di cause di nullità del contratto quale elemento costitutivo del diritto che si fa valere nel momento in cui si chiede la risoluzione del contratto, anche se questo inquadramento, sul quale sarebbe interessante svolgere una più approfondita riflessione, non è direttamente rilevante ai fini della questione affrontata: sia pure nella nota difficoltà pratica di distinguere i fatti costitutivi dai fatti impeditivi (11), si potrebbe prospettare, in via alternativa alla configurazione della validità del contratto quale fatto costitutivo dei diritti da esso fondati, la nullità del contratto alla stregua di un fatto impeditivo degli stessi diritti. E, pe-

Note:

(8) La sentenza si legge in *Giust. civ.* 2002, 1611, ed è seguita dalla nota di Luiso, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*. A detta sentenza dà ampio rilievo Monticelli, *Limiti sostanziali e processuali cit.*, con particolare riguardo alla problematica delle clausole abusive nei contratti dei consumatori e alle nullità di protezione in genere.

(9) Sia la sentenza in commento sia il precedente di Cass. 2 aprile 1997 cit., mutuano questa parte delle argomentazioni da quanto sostenuto da Massettani nella citata nota a Cass. 13 agosto 1987, n. 6899.

(10) Significativo è il richiamo alla pronuncia di Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in questa *Rivista* 2001, 12, 1569, con mio commento.

(11) Difficoltà sulla quale si sofferma Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale cit.*, 231, che si occupa in specie della incapacità e dei vizi della volontà, al fine di sottolineare che essi sono qualificabili «come fatto costitutivo di quel particolare effetto giuridico che è il potere di azione costitutiva, volto alla sentenza di annullamento che sola, e per quanto retroattivamente (v. però l'art. 1445), caducherà il rapporto e i suoi effetti: fino ad allora efficacemente sorti, pur se in tal modo invalidabili». Ragionamento questo che si concilia con il contenuto della pronuncia annotata che, come visto, dà rilievo alle domande di annullamento, rescissione e rescissione, quali domande con cui si esercitano diritto potestativi che presuppongono la validità del contratto.

raltro, al fine di ammettere la rilevanza d'ufficio della nullità anche nei giudizi di impugnazione negoziale è sufficiente la considerazione che ciascuna delle azioni con cui si esercitano le impugnative negoziali trova il proprio fondamento nel contratto e, quindi, presuppone l'assenza di cause di nullità.

Risulta, pertanto, confermato che nessuna violazione del principio dispositivo realizza il giudice nel momento in cui rileva la nullità del contratto invocato al fine di ottenere le pronunce di risoluzione, annullamento o rescissione e ciò dal momento che egli non fa altro se non pronunciare d'ufficio su una eccezione in senso lato, la cui fondatezza risulta giustificata dagli atti di causa.

È stato giustamente sottolineato in dottrina che la questione di nullità del contratto è questione relativa ad una «situazione giuridica meramente preliminare», non descrivibile «come diritto soggettivo o rapporto giuridico, ma soltanto come la premessa dalla quale l'esistenza o inesistenza di diritti o rapporti può essere desunta» (12).

La portata di questa «situazione preliminare» è estesa a tutte le controversie originate da pretese che trovano nel contratto il proprio fondamento, con la conseguenza che, in relazione a tutte queste controversie e sempre che risultino acquisiti al processo i relativi elementi fattuali, il giudice potrà e dovrà rilevare d'ufficio la nullità al fine di escludere la fondatezza di ognuna di dette pretese.

Discorso a parte va fatto con riferimento alla possibilità per il giudice di rilevare una ragione di nullità diversa da quella invocata da chi ha proposto la domanda di nullità. In questo caso la soluzione favorevole alla rilevanza d'ufficio della diversa causa di nullità, non può essere argomentata in ragione del carattere pregiudiziale della nullità rispetto alla domanda effettivamente proposta, che, nel caso si ritenesse applicabile l'art. 1421 c.c., dovrebbe essere accolta, sia pure per una ragione diversa da quella invocata dall'attore.

A mio avviso, la ragione della ammissibilità anche in tal caso del rilevamento d'ufficio di una ragione di nullità diversa da quella fatta valere con la domanda, è costituita dal carattere autodeterminato della domanda; o, per esprimerci con altro equivalente linguaggio, dalla unicità della domanda rispetto alle singole cause di nullità. Da tale inquadramento è stata autorevolmente tratta la conclusione che «il giudicato di rigetto di tale domanda accerta dunque la (non in-) esistenza del rapporto contrattuale, e preclude rinnovate azioni di nullità di quel rapporto sotto ogni profilo, anche se quel giudicato ha conosciuto solo delle invalidità contrattuali allegati dall'attore» (13).

Ma se così è, pare logico e corretto ammettere che il giudice, proposta la domanda di nullità, sia investito della verifica della esistenza di tutte le possibili ragioni di nullità e non esclusivamente di quella indicata dall'attore, ponendosi con riferimento alle altre, unicamente la questione del contraddittorio menzionata in precedenza.

La conclusione che precede vale certamente nei

casi in cui il giudice proponga una differente qualificazione della ragione di nullità in relazione ai fatti allegati da chi ha proposto la domanda (ad es., nullità per illiceità dell'oggetto invece di nullità per illiceità della causa); ma dovrebbe valere anche in relazione ai fatti risultanti dagli atti processuali ma non indicati dalla parte quale causa di nullità (ad es. avvenuta stipulazione del contratto senza la forma scritta richiesta dalla legge a pena di nullità). (14)

6. - Se in relazione a detta estensione della rilevanza d'ufficio della nullità esiste una sostanziale concordanza in dottrina, che critica conseguentemente l'orientamento giurisprudenziale dominante, non altrettanto si può affermare con riferimento alla efficacia extraprocessuale dell'accertamento incidentale della nullità operato dal giudice che abbia respinto la domanda proposta, proprio all'esito di detto accertamento (15).

Il punto di maggiore novità della sentenza annotata, rispetto alle altre che in precedenza si erano discostate dall'orientamento dominante, è proprio quello che riguarda l'efficacia di giudicato sull'accertamento incidentale della nullità.

La Cassazione esclude anzitutto che la questione della rilevanza dell'accertamento incidentale della nullità possa essere risolta mediante il riferimento (non all'art. 2907 c.c. ma) alla deroga al principio della domanda, ammessa dall'art. 2907 c.c., così come sostenuto da una parte della dottrina (16): la sentenza annotata riferisce la previsione dell'art. 2907 c.c. ai casi in cui il giudice può prendere l'iniziativa per una pronuncia estranea al processo in corso, quale ad esempio quella di cui all'art. 8 della legge fallimentare, ma non al distinto problema dei poteri del giudice in relazione ad una controversia avviata su domanda di parte (17).

Note:

(12) Cfr. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 652, ove ampi riferimenti dottrinari, con particolare riguardo alla inammissibilità di un autonomo accertamento delle situazioni giuridiche meramente preliminari al di fuori dei casi espressamente previsti dall'azione di nullità (art. 1422 e 2652, n. 6) e di simulazione (art. 2652, n. 4).

(13) Così Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale cit.*, 223 e 224.

(14) Sulla nozione ampia di *causa pendenti* ai fini della identificazione della domanda, cfr. Cass. 13 dicembre 1996 n. 11157 in questa *Rivista*, 1997, 6, 694, con nota di Papalia che si segnala anche per la non condivisibile conclusione per cui, proposta la domanda di nullità, il giudice la potrebbe convertire in domanda di annullamento dal momento che il più (la nullità) conterrebbe il meno (la annullabilità), allorché vi sia identità dei fatti invocati dall'attore rispetto a quelli che portano all'annullamento «di ufficio».

(15) Cfr. al riguardo il già richiamato pensiero di Sacco, *Il contratto cit.*, e quanto scrive Massettani nella nota a Cass. 12 agosto 1987 n. 6899 cit.

(16) Cfr. Irti, *cit.*, che asserisce testualmente che «l'art. 1421 c.c. non si iscrive nella cornice dell'art. 112 c.p.c., ma piuttosto in quella dell'art. 2907, comma 1, c.c., che assegna al giudice l'obbligo di pronunciare - nei casi tassativamente previsti dalla legge - senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda». Sul punto cfr. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, 366 ss.

(17) Su questa conclusione, che pare pienamente condivisibile, cfr. Massettani, nota cit., 1942.

Sulla base di detta premessa, la Cassazione passa ad esaminare la natura della questione pregiudiziale di nullità, sulla scorta della distinzione tra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica, utilizzata al fine di escludere dalla regola dell'art. 34 c.p.c., e quindi dalla portata meramente incidentale dell'accertamento allorché non vi sia esplicita domanda di una delle parti o espressa previsione della legge, gli accertamenti che, come quello relativo alla nullità del contratto, investono «il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice (c.d. punto pregiudiziale) o, come si sostiene in dottrina, «il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio» (ad esempio, la compravendita rispetto alla richiesta di pagamento della cosa venduta)». Questi accertamenti sarebbero coperti dal giudicato in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sul cosiddetto giudicato implicito.

Non essendo certamente possibile approfondire in questa sede un tema tanto delicato e complesso qual è quello investito dalla menzionata distinzione tra pregiudizialità tecnica e pregiudizialità logica (18), il ragionamento svolto dall'annotata sentenza trova proprio il punto di maggiore forza nell'argomento per inconveniente insito nel fatto che, a voler escludere il giudicato sull'accertamento della nullità, la parte che ha visto respingere la domanda di risoluzione per inadempimento proprio a causa della nullità del contratto, potrebbe essere a sua volta convenuta per l'adempimento e correbbe così il rischio di una differente valutazione da parte del giudice della nuova causa senza poter però riproporre la domanda di risoluzione.

A questo argomento, si potrebbe però replicare che la parte che sia interessata ad ottenere la estensione del giudicato anche alla statuizione di nullità, avrebbe pur sempre la possibilità di proporre la relativa domanda e che l'art. 34 c.p.c. è la sola norma che contiene una disciplina espressa delle questioni pregiudiziali. Ma lascio l'approfondimento di questo tema, così come di quello relativo alla portata del giudicato implicito, agli specialisti della materia processuale, limitandomi ad osservare che se si ritiene di aderire alla tesi per cui vi sarebbero accertamenti incidentali sottratti all'art. 34 c.p.c., in quanto coperti dal giudicato, parrebbe che l'accertamento incidentale della nullità possa rientrare tra essi dal momento che costituirebbe il presupposto logico necessario della decisione: questa conclusione si armonizzerebbe, in definitiva, con l'orientamento giurisprudenziale sul giudicato implicito non a caso richiamato dalla sentenza annotata (19).

7. - Come ricordato, nel caso di specie esaminato dalla Cassazione la questione di nullità del contratto aveva ad oggetto una transazione conclusa in relazione alla lamentata violazione di distanze legali tra costruzioni, coinvolgenti la disciplina contenuta nei piani regolatori e nei regolamenti edilizi.

La Cassazione ha ritenuto che se la lamentata violazione fosse stata effettivamente esistente, le clausole

della transazione contenenti le menzionate violazioni sarebbero state affette da nullità in ragione del carattere inderogabile delle prescrizioni sulle distanze contenute nei regolamenti edilizi; per cui il giudice del merito avrebbe dovuto valutare la rilevanza di detta nullità ai sensi dell'art. 1419 c.c., al fine di stabilire se la nullità si estendesse all'intero contratto e quali fossero le conseguenze di questi accertamenti in relazione alle proposte domande di risoluzione e di esatto adempimento.

Se si è fatto breve cenno al caso di specie è stato per evidenziarne la portata molto specifica rispetto alle più frequenti controversie in materia contrattuale: normalmente, infatti, la nullità del contratto comporta il venir meno di ogni contrapposto diritto. Per contro, nella vicenda che ha originato la pronuncia in esame, l'ipotizzata nullità parziale o totale della transazione comportava essenzialmente un mutamento dell'oggetto della tutela invocato dalla parte attrice; tutela costituita, in un caso, dal contratto di transazione e, nella ipotesi alternativa della nullità parziale o totale del contratto, dalla normativa legale.

È auspicabile che la decisione valga a segnare un effettivo declino dell'orientamento tradizionale e che ad essa seguano ulteriori conferme relative a comuni vicende contrattuali.

Note:

(18) Sulla distinzione «sattiana» tra pregiudizialità logica e tecnica cfr., per tutti, anche per le ampie citazioni dottrinarie, Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987. Sulla stessa distinzione, in chiave critica, cfr., Attardi, *In tema di limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss., che, a p. 491 scrive testualmente che «se si vuole, si distingue pure tra una pregiudizialità logica ed una pregiudizialità tecnica, così come è stato proposto; ma, seguendo il criterio che l'art. 34 detta, l'una e l'altra rientrerebbero nella «pregiudizialità» al quale lo stesso art. 34 fa riferimento». Cfr., inoltre, l'ampio studio di Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss., che, pur condividendo la «distinzione ontologica» tra le due categorie di pregiudiziali, peraltro da denominare diversamente, ritiene che «l'applicabilità ancor qui - ovvero anche alla dipendenza fra rapporto fondamentale e singoli suoi effetti - della disciplina dell'art. 34 discende per noi dalla presenza, pur nel caso certamente specifico del rapporto fondamentale, di una forma di pregiudizialità processuale che intercorre fra distinti oggetti di accertabilità giudiziale. Tale pregiudizialità allora viene definita meramente logica a rischio di poca felicità terminologica, od almeno equivocamente: essa infatti - diciamo pure così, per maggior chiarezza - se non da quello civilistico, almeno dal punto di vista giuridico-processuale non si palesa affatto come una pseudo-pregiudizialità, come una forma di preliminarità solo istruttoria od intellettuale».

(19) Così Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 59 ss. In giurisprudenza, recepisce espressamente la nozione di pregiudizialità logica, ai fini dell'estensione del giudicato, Cass. 19 gennaio 1999 n. 462. («Con riguardo alla questione pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima. Con riguardo, invece, alla questione pregiudiziale in senso tecnico disciplinata dall'art. 34 c.p.c. ed indicante una situazione che pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda, detta situazione è oggetto solo di accertamento incidentale (inidoneo a passare in giudicato), tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti»).