
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Il giudicato implicito alla luce del nuovo orientamento delle sezioni unite in tema di nullità negoziali

Nota di Lorenzo DELLI PRISCOLI

(Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale)

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenze 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243
Presidente Rovelli; Relatore Travaglino

Nullità negoziali – “Rilevazione” e “dichiarazione” - Rispettive modalità operative.

La “rilevazione” “ex officio” delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità “di protezione”) è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata “ragione più liquida”, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro “dichiarazione”, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità di

protezione, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione.

Nullità negoziali - Nullità cosiddette "protettive" - Rilievo officioso - Possibilità - Fondamento.

La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una "species" del più ampio "genus" rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo.

Le lunghissime motivazioni delle due sentenze n. 26242 e 26243 del 2014 sono identiche quanto alla parte motivazionale "astratta", ossia con funzione nomofilattica, non rivolta soltanto alla soluzione del caso concreto ma diretta a dare indicazione ai giudici per il futuro: qui se ne riportano le parti - a nostro giudizio - più significative

[Omissis] MOTIVI DELLA DECISIONE [Omissis]

La questione prospettata, al pari di tutti i profili ad essa connessi e che rilevino in tutte le azioni di impugnativa negoziale, va esaminata, anzitutto, alla luce della recente pronuncia di queste sezioni unite (Cass. n. 14828 del 4 settembre 2012), che ha affermato il seguente principio di diritto: alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purchè non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità incidenter tantum senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste. E' stato così composto il contrasto emerso nella giurisprudenza di legittimità intorno alla questione della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto da parte del giudice investito di una domanda di risoluzione del medesimo accordo negoziale. [Omissis]

La soluzione di cui si è detto finora non è pienamente condivisa dal collegio remittente, che invoca un approccio più problematico e più ampio alla questione relativa alla individuazione delle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del cd. giudicato implicito esterno riguardante la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione rispetto alla successiva azione di nullità concernente lo stesso contratto. L'affermazione - trasparente dalla sentenza n. 14828 del 2012 - secondo la quale, nel caso in cui sia rilevata d'ufficio la questione di nullità del contratto, la decisione su di essa non dà luogo a giudicato se non su esplicita richiesta delle parti - conclude il provvedimento interlocutorio - non pare conciliabile con l'asserzione in virtù della quale, ove la questione di nullità non sia sollevata, la decisione sulla risoluzione è idonea a determinare la formazione di un giudicato implicito sulla non nullità del contratto stesso. Infatti, la prima affermazione implica che si tratti di questione pregiudiziale non in senso logico, ma in senso tecnico (alla quale si rivolge l'art. 34 c.p.c.), suscettibile di accertamento solo incidenter tantum in mancanza di domanda di parte, cosicchè sarebbe inidonea a comportare la formazione di un giudicato implicito, il quale presuppone una pregiudizialità in senso logico. Al riguardo, costituisce principio pacifico che, in tema di questioni pregiudiziali, occorre distinguere quelle che sono tali soltanto in senso logico, in quanto investono

circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa e devono essere necessariamente decise *incidenter tantum*, e questioni pregiudiziali in senso tecnico, che concernono circostanze distinte ed indipendenti dal detto fatto costitutivo, del quale, tuttavia, rappresentano un presupposto giuridico, e che possono dar luogo ad un giudizio autonomo, con la conseguenza che la formazione della cosa giudicata sulla pregiudiziale in senso tecnico può aversi, unitamente a quella sul diritto dedotto in lite, solo in presenza di espressa domanda di parte di soluzione della questione stessa. [Omissis]

Nelle sue linee generali il tema è quello della relazione che lega il diritto sostanziale e il processo, tema a ragione ritenuto tra i più complessi ed affascinanti tanto per il civilista quanto per il processualista, come di recente ha osservato un autorevole studioso dei rapporti tra il contratto e il processo. Difatti, se l'art. 1421 c.c. enuncia un principio apparentemente inequivoco, sancendo la rilevabilità officiosa della nullità del contratto senza apparenti limiti e condizioni, il successivo approdo della norma sostanziale nel territorio del processo finisce per essere condizionato dalle disposizioni del codice di rito che segnano i confini posti ai poteri officiosi del giudice. Peraltro, non è seriamente contestabile che il legislatore abbia già compiuto un giudizio di valore sul piano sostanziale, disponendo (il "può" dell'art. 1421 è comunemente e condivisibilmente letto come un "deve") il rilievo *ex officio* della nullità, e conferendo poi ad essa, sul piano processuale, il carattere di eccezione in senso lato, indipendente da qualsiasi attività delle parti quanto alla sua rilevazione. [Omissis]

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

Parte della dottrina osserva criticamente che le recenti fattispecie di nullità negoziale mutano la vocazione generale di tale categoria, offrendo protezione a interessi particolari e seriali, facenti capo a soggetti singoli e/o gruppi specifici. Ma è stato incisivamente fatto notare, in senso opposto, che queste nullità *cd.* di protezione sono anch'esse volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di "ordine pubblico di protezione". Non è questa nè la sede per aderire, sul più generale piano dei principi, all'una o all'altra teoria, entrambe sostenute, in dottrina, con dovizia e solidità di argomenti.

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

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

Il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, Cod. Consumo; quella prevista dal D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata.

Va pertanto rivista e precisata in parte qua l'affermazione, contenuta nella sentenza 14828/2012, secondo la quale dovrebbe ritenersi vietato al giudice l'indagine in ordine a una nullità protettiva. Tale affermata esclusione, che ha prestato il fianco alle critiche di chi, in dottrina, lamenta che sostenere l'inammissibilità del rilievo officioso di una nullità speciale, in difetto di una espressa disposizione legislativa in tal senso, condurrebbe a conseguenze

incongrue (come, ad esempio, nel caso del preliminare di un acquisto di immobile da costruire nullo perchè carente della fideiussione prevista dalla legge a pena di nullità, D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, ex art. 2, comma 1), merita, peraltro, una ulteriore precisazione.

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

Limitando l'indagine alla sola rilevazione d'ufficio, la stessa sentenza 14828 del 2012 non manca di osservare come la giurisprudenza comunitaria sia univocamente orientata nel senso della sua necessità (e ciò è a dirsi del tutto a prescindere dalla questione se, sul piano del diritto interno, il carattere di rilevanza officiosa delle nullità speciali sia o meno predicabile sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 36 del codice del consumo, inteso come norma a carattere generale del sistema delle nullità di matrice consumeristica). D'altronde, non va dimenticato che queste Sezioni Unite non erano state illo tempore chiamate a pronunciarsi su di una generale reimpostazione del sistema delle nullità speciali (sistema che, comunque, sembrerebbe più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, in relazione al diverso aspetto funzionale di ciascuna norma).

Le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. commercio business-to-consumer) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, (nella sentenza Pannon del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore). E proprio in conseguenza degli interventi della Corte di giustizia sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile decisum di questa Corte, nella sentenza 9263 del 2011) anzichè come species del più ampio genus rappresentato dalla nullità negoziale. Nullità che non a torto è stata definita, all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo. Si è così osservato che, se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole.

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

Si ritiene di generale applicazione il principio secondo il quale l'autorità del giudicato, tendente a impedire un bis in idem e un eventuale contrasto di pronunce, copre il dedotto e il deducibile, vale a dire non solo le ragioni giuridiche dedotte in quel giudizio, ma anche tutte le altre, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali, benchè non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere. Questo principio di creazione giurisprudenziale rispetta in modo rigoroso l'ordine logico-giuridico delle questioni, portandolo alle sue conseguenze estreme. Esso poggia sul seguente argomento logico: se il giudice si è pronunciato su di un determinato punto, ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso. [Omissis]

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

Maggiore preclusività della questione equivale a sua volta ad una migliore economia processuale: tra più ragioni di rigetto della domanda, il giudice dovrebbe optare per quella che assicura il risultato più stabile (tra un rigetto per motivi di rito e uno per ragioni afferenti al merito, il giudice dovrebbe scegliere il secondo). Volontà del convenuto sarà, di regola, quella volta a ottenere una pronuncia di rigetto che sia quanto più preclusiva di altri giudizi, al fine di non vedersi esposto alla reiterazione di pretese da parte dell'attore, anche se tale regola conosce una importante variabile, rappresentata proprio dalla rilevabilità d'ufficio di una determinata questione: in tal caso, infatti, non basterebbe la volontà del convenuto ad invertire l'ordine logico delle questioni, attraverso la richiesta di subordinazione dell'una all'altra.

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

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

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

7. I POTERI DEL GIUDICE NELLE AZIONI DI IMPUGNATIVA NEGOZIALE.

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

- 1) Il giudice ha l'obbligo di RILEVARE sempre una causa di nullità negoziale;
- 2) Il giudice, dopo averla rilevata, ha la facoltà di DICHIARARE nel provvedimento decisorio sul merito la nullità del negozio (salvo i casi di nullità speciali o di protezione rilevati e indicati alla parte interessata senza che questa manifesti interesse alla dichiarazione), e RIGETTARE LA DOMANDA - di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione -, specificando in motivazione che la ratio decidendi della pronuncia di rigetto è costituita dalla nullità del negozio, con una decisione che ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale;
- 3) Il giudice deve RIGETTARE la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento SENZA RILEVARE - NE' DICHIARARE - l'eventuale nullità, se fonda la decisione sulla base della individuata ragione più liquida: non essendo stato esaminato, neanche incidenter tantum, il tema della validità del negozio, non vi è alcuna questione circa (e non si forma alcun giudicato sul)la nullità;

4) Il giudice DICHIARA LA NULLITA' del negozio nel dispositivo della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, all'esito della eventuale domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;

5) Il giudice DICHIARA LA NULLITA' del negozio nella motivazione della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione;

6) In appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice HA SEMPRE FACOLTA' DI RILEVARE D'UFFICIO LA NULLITA'.

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

7.3. IL PROCESSO DI PRIMO GRADO.

A - RILEVAZIONE EX OFFICIO DELLA NULLITA' DA PARTE DEL GIUDICE (art. 183 c.p.c., comma 4 - art. 101 c.p.c., comma 2).

1) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:

- La parte PROPONE DOMANDA di accertamento della nullità del contratto (in via principale ovvero incidentale);

- Il giudice ACCERTA e statuisce sulla nullità del contratto - L'accertamento è idoneo al giudicato sulla nullità negoziale;

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

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

- le parti chiedono al giudice, in sede di precisazione delle conclusioni, di pronunciarsi SULLA SOLA DOMANDA ORIGINARIA; In dispositivo, il giudice RIGETTA LA DOMANDA, sic et simpliciter, non potendo pronunciare la risoluzione, l'annullamento, la rescissione di un contratto nullo;

- In motivazione, il giudice DICHIARA di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale:

- L'accertamento/dichiarazione della nullità è idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del cd. vincolo al motivo portante - possono citarsi, in proposito, i classici esempi della compravendita che non potrà ritenersi esistente rispetto all'obbligo di consegnare la cosa al compratore quando il diritto del venditore al prezzo sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto (e viceversa); ovvero della locazione, che, parimenti, non potrà riconoscersi ai fini del pagamento del canone quando il diritto alla consegna della cosa sia stato negato in conseguenza della (rilevata e) dichiarata nullità del contratto. Il vincolo del motivo portante, peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo (onde la necessità di discorrere di oggetto del processo non soltanto in termini di rapporto, ma anche di negozio fatto storico/fattispecie programmatica). Si evita così il (non

agevole) riferimento ai "diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico", che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito.

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

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

- le parti NON PROPONGONO DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELLA NULLITA' e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;

- Il giudice RIGETTA (O ACCOGLIE) LA DOMANDA pronunciandosi soltanto su questa: pur avendo rilevato la nullità di protezione in corso di giudizio, non la dichiara in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata;

- Non v'è accertamento della nullità speciale nella sentenza, dunque non si pone alcun problema di giudicato, attesa la peculiare natura della nullità;

4) A seguito della rilevazione officiosa del giudice:

- le parti NON PROPONGONO DOMANDA DI ACCERTAMENTO DELLA NULLITA' e chiedono al giudice di pronunciarsi sulla domanda originaria;

- Il giudice ACCOGLIE LA DOMANDA pronunciandosi soltanto su questa:

dopo aver rilevato la nullità nel corso del giudizio, egli non la dichiara in motivazione poichè, re melius perpensa, nel corso del processo, all'esito delle allegazioni e delle prove offerte, si convince che la nullità da lui in origine rilevata era in realtà insussistente e dunque non poteva essere dichiarata (è il caso della nullità per difetto di causa concreta del negozio, la cui esistenza e validità sia successivamente emersa in corso di giudizio);

- Si forma il giudicato implicito sulla NON-NULLITA' del contratto, la cui validità non potrà più essere messa in discussione tra le parti in un altro processo, non avendo le parti stesse - pur potendolo, nel corso del giudizio di primo grado, a seguito del rilievo del giudice - formulato alcuna domanda di accertamento incidentale, e non essendo, pertanto, loro consentito di venire contra factum proprium, se non abusando del proprio diritto e del processo, abuso il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

B - MANCATA RILEVAZIONE EX OFFICIO DELLA NULLITA' DA PARTE DEL GIUDICE. 1. Il giudice ACCOGLIE LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio, (salva rilevazione officiosa del giudice di appello);

2. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento): si forma il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui (ed è quello di specie) la decisione non risulti fondata sulla ragione cd. "più liquida", del cui fondamento teorico la processualistica italiana è tributaria di R.B., e la cui ratio appare efficacemente distillata nel disposto dell'art. 187 c.p.c., comma 2 e dell'art. 111 Cost. e altrettanto efficacemente evidenziata nella recente giurisprudenza di questa Sezioni Unite (Cass. 9.10.2008, n. 24883, in motivazione). L'adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l'adempimento, la palese non gravità dell'inadempimento, l'ecceputa compensazione legale) a fronte di una eventualmente complessa istruttoria su di una eventuale quaestio nullitatis postula che il giudice non abbia in alcun modo scrutinato l'aspetto della validità del contratto, con conseguente inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto (alla medesima soluzione si perverrà ove la quaestio nullitatis sia stata oggetto di mera difesa o di semplice eccezione da parte del convenuto, nel qual caso il giudice non avrà nessun obbligo di pronuncia in ordine ad essa, potendo ancora una volta decidere in base alla ragione più liquida, tale obbligo di pronuncia nascendo, di converso, soltanto in presenza di apposita domanda).

3. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento). Il giudicato implicito sulla non nullità del negozio si forma (in tutti gli altri casi) se, nella motivazione, egli accerti e si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio.

4. Il giudice RIGETTA LA DOMANDA, essendo stato SIN DALL'ORIGINE investito di una domanda di nullità negoziale, senza aver rilevato ALCUNA ALTRA CAUSA DI NULLITÀ NEGOZIALE - L'accertamento della non nullità del contratto è idonea al passaggio in giudicato, di talchè, in altro giudizio, non potrà essere ulteriormente addotta, a fondamento dell'azione, una diversa causa di nullità. [Omissis]

NOTA DI **LORENZO DELLI PRISCOLI**

(MAGISTRATO, UFFICIO MASSIMARIO PRESSO LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO STUDI PRESSO LA CORTE COSTITUZIONALE)

Sommario: 1. La "ragione più liquida" e la distinzione tra "rilevazione" e "dichiarazione" di una nullità. - 2. L'intervento d'ufficio del giudice. - 3. La possibilità di dichiarare la nullità anche in presenza di diversa domanda. - 4. Nullità di protezione e "negozi ad efficacia eliminabile". - 5. La ragione più liquida quale temperamento del principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile - 6. Rilevabilità d'ufficio della nullità in nome di interessi generali e autonomia privata.

1. "LA RAGIONE PIÙ LIQUIDA" E LA DISTINZIONE TRA "RILEVAZIONE" E "DICHIARAZIONE" DI UNA NULLITÀ

La Cassazione a sezioni unite, con la sentenza in commento affronta il tema del rapporto e della necessità di un coordinamento tra il principio della "ragione più liquida" e quello secondo cui "il giudicato copre il dedotto e il deducibile". Il terreno su cui questi principi entrano in contatto è quello delle nullità negoziali e delle relative azioni di impugnazioni negoziali.

Il punto di partenza fondamentale della sentenza è l'art. 111 Cost. in tema di giusto processo e l'esigenza di celerità dello stesso: la Cassazione afferma il principio che il giudice può e deve trovare la soluzione che gli permetta la più agevole (e quindi rapida) soluzione del processo. A questi fini, il giudice, per decidere la causa, deve affrontare subito "la ragione più liquida"¹

¹ Si tratta di un principio di creazione giurisprudenziale che, in nome dell'art. 111 Cost., consente di derogare all'art. 276, co. 2, c.p.c., secondo cui il collegio decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. Vi è sarebbe dunque un obbligo di legge di decidere prima («gradatamente») le questioni di rito e poi («quindi») il merito. Secondo le sezioni unite in commento, la ricerca della ragione più liquida significa attribuire "priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione, indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito". Alla base del criterio della ragione più liquida vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione dovrebbe consentire la riduzione dell'attività istruttoria e di stesura della motivazione, così riducendo i tempi del processo. Sicché, ad esempio, se dalle allegazioni dell'attore si desume l'inesistenza del diritto, il giudice può respingere la domanda senza procedere all'esame dell'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto; se, però, l'indagine sull'esistenza del diritto risulta complessa, mentre l'estinzione del diritto per prescrizione emerge immediata, il giudice può ben respingere la domanda per intervenuta

per decidere la causa (se tale ragione è la più agevole e se risolve la materia del contendere nello stesso senso con cui si sarebbe risolto affrontando le questioni secondo un ordine predefinito), anche se è logicamente successiva rispetto ad altre (ad esempio una questione di merito è logicamente successiva rispetto ad una di rito), ragione che il giudice può individuare anche in una dichiarazione di nullità pure se non fosse quest'ultima la domanda proposta dalle parti (ma fosse, ad esempio, di adempimento).

Così, la Suprema Corte prende innanzitutto in considerazione l'art. 1421 c.c., chiarendo che nell'espressione "*la nullità... può essere rilevata d'ufficio dal giudice*" il verbo "può" va interpretato come "deve" e che il verbo "rilevare" deve intendersi semplicemente come "indicare, far notare alle parti" (non necessariamente come certezza, ma anche solo come ipotesi su cui poter iniziare una istruttoria, che poi può o meno portare il giudice alla conclusione circa la effettiva sussistenza di una nullità), e non anche "dichiarare, accertare". Tale obbligo di rilevare le nullità secondo la Cassazione vale indistintamente per tutte le tipologie di nullità, sia che esse siano di protezione sia che non lo siano, ma con il limite, comune a tutte le tipologie di nullità, del principio della ragione più liquida: pertanto, se un giudice che ha un dubbio circa la sussistenza di una nullità individua immediatamente una ragione (ad es. la prescrizione) che gli consentirebbe di risolvere con sicurezza e celerità l'intera controversia senza affrontare una – per ipotesi – complicata istruttoria necessaria per rendersi conto della esistenza o meno di tale nullità, non è tenuto a rendere edotte le parti di questo suo dubbio (se infatti lo facesse andrebbe contro il principio del risparmio delle energie processuali proprio della ricerca della "ragione più liquida").

La Suprema Corte tuttavia non abbandona, nell'ambito delle nullità, la distinzione tra nullità non di protezione e nullità di protezione², ma individua diversamente rispetto al passato l'elemento differenziale. Infatti, secondo la Cassazione, nel caso della nullità non di protezione, il giudice ha sempre il potere-dovere (quando - e solo quando - la ragione più liquida appaia essere la nullità) non solo di rilevare tale nullità ma anche di dichiararla (anche se nessuna delle parti abbia chiesto tale dichiarazione e quindi anche se l'azione sia stata intrapresa non per far dichiarare la nullità del contratto ma ad altro fine, ad es. per ottenere l'adempimento), mentre nel caso della nullità di protezione il giudice dovrà soltanto rilevarla e, in assenza di una richiesta della parte legittimata a farla valere, non potrà anche dichiararla. Invece, il giudice deve rigettare la domanda – per ipotesi di adempimento - senza rilevare né dichiarare l'eventuale nullità, se individua la ragione più liquida non nella nullità ma – per seguire l'esempio di prima – nell'esistenza di una quietanza

prescrizione, senza necessità di verificare l'esistenza del diritto. Cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, secondo cui il principio della "ragione più liquida", imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 c.p.c., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza necessità di esaminare previamente le altre.

² Le nullità di protezione derogano al dettato dell'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse, attribuendo invece la legittimazione a farla valere alla sola c.d. "parte debole".

scritta che dimostri inequivocabilmente l'avvenuto adempimento, il che permette di rigettare la domanda senza dover procedere all'accertamento dell'esistenza della nullità, che per ipotesi richiederebbe un'istruttoria molto complessa³.

Appena due anni prima, invece, le sezioni unite della Cassazione (n. 14828 del 2012)⁴, pur avendo ampliato i poteri del giudice nel rilevare d'ufficio la nullità di un contratto (anche nel caso di azione proposta a fini diversi dalla dichiarazione di nullità), avevano affermato però che, in caso di nullità di protezione, il rilievo della nullità è precluso al giudice, per essere rimesso alla sola volontà della parte protetta. In effetti, l'affermazione delle sezioni unite del 2012, oltre a proteggere in maniera meno intensa la parte debole (che non sempre è consapevole della possibilità di poter far dichiarare la nullità), e oltre a non attribuire al giudice – mediante la segnalazione della nullità alla parte debole – l'eventuale possibilità di definire più celermente il processo attraverso la dichiarazione della nullità (nell'ipotesi in cui la parte debole decida di farla valere), contrastava anche con la lettera delle norme – le si illustreranno al par. 4 – in tema di nullità di protezione, che espressamente prevedono il potere del giudice di rilevare la nullità d'ufficio (nel caso del ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali attribuiscono al giudice addirittura anche il potere di dichiararle).

2. L'INTERVENTO D'UFFICIO DEL GIUDICE

Secondo le sezioni unite in commento, la *ratio* della rilevabilità officiosa della nullità non è quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (in quanto altrimenti l'art. 1421 c.c. sarebbe stato scritto diversamente, con l'attribuzione della relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero), ma quella di impedire che il contratto costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici⁵. La Cassazione dunque afferma che, anche nel caso di nullità non di protezione, non è dovere sempre e comunque del giudice di dichiarare la nullità, dovendolo fare invece – oltre che in caso di domanda in tal senso di qualcuna delle parti – solo quando ciò risponda a criteri di economia processuale, ossia quando consenta di ottenere uno stesso risultato (ad es. –

³ L'adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l'adempimento, la palese non gravità dell'inadempimento, l'eccepta compensazione legale) a fronte di una eventualmente complessa istruttoria su di una eventuale *quaestio nullitatis* postula che il giudice non abbia in alcun modo scrutinato l'aspetto della validità del contratto, con conseguente inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto.

⁴ Secondo tale sentenza invece il giudice ha il potere-dovere di rilevare ogni forma di nullità del contratto stesso, escluse però le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta: Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *questa Rivista*, 2012, n. 6, 2, con nota sostanzialmente adesiva di L. FRACASSA, *Le Sezioni Unite ampliano la rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto*.

⁵ La rilevabilità d'ufficio della nullità prevista dell'art. 1421 c.c. dunque, si spiega in ragione del fatto che la nullità non riguarda interessi singolari lasciati dalla legge nella piena disponibilità dei privati, bensì precisi interessi di carattere collettivo, alla cui salvaguardia l'ordinamento giuridico presiede attribuendo ai giudici il potere-dovere d'intervenire.

riprendendo l'esempio di cui al paragrafo precedente - il rigetto della domanda di adempimento) con minore sforzo⁶. In tal modo, inoltre, la Cassazione implicitamente afferma la legittimità della condotta della parte debole consistente nel mantenere consapevolmente in vita - non chiedendo che una nullità venga dichiarata - un contratto affetto da una nullità di protezione.

La Cassazione motiva anche, quanto alla possibilità per il giudice di sindacare la nullità del contratto pur in assenza di una espressa domanda sul punto, sulla base della tradizionale impostazione, seguita anche da una pronuncia a sezioni unite dell'anno precedente⁷, la quale aveva ribadito la distinzione tra eccezioni in senso stretto (es. prescrizione) ed eccezioni in senso lato (es. nullità), confermando che queste ultime possono essere rilevate d'ufficio dal giudice.

Il rilievo d'ufficio da parte del giudice della nullità costituisce inoltre una esigenza sottolineata in maniera sempre più pressante dalla Corte di giustizia, al fine di garantire l'effetto utile (ossia l'effettività) della tutela cui mirano le disposizioni delle direttive comunitarie⁸.

3. LA POSSIBILITÀ DI DICHIARARE LA NULLITÀ ANCHE IN PRESENZA DI DIVERSA DOMANDA

Cass., sez. un., n. 14828 del 2012, cit., aveva affrontato il problema del se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo qualora sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche se sia stata formulata domanda di risoluzione rescissione o annullamento del contratto.

⁶ Deve tenersi presente che la Cassazione afferma anche il principio di stabilità delle decisioni giudiziarie (anch'esso emanazione dell'art. 111 Cost. e rispondente ad una migliore economia processuale), dal momento che il potere di azione riconosciuto ai privati non può più essere quello di attivare un meccanismo potenzialmente destinato a ripercorrere all'infinito le medesime tappe con provvedimenti che si consente al giudice di revocare o modificare motu proprio o su istanza di parte, bensì quello di pretendere una risposta per quanto possibile definitiva alla domanda di giustizia. Sulla base di tale principio si afferma il corollario secondo cui il giudice deve ricercare la maggiore preclusività della questione, ossia, tra più ragioni di rigetto della domanda, il giudice dovrebbe optare per quella che assicura il risultato più stabile (tra un rigetto per motivi di rito e uno per ragioni afferenti al merito, il giudice dovrebbe scegliere il secondo).

⁷ Cass. sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, secondo cui il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati "ex actis", in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe mortificato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto.

⁸ Cfr. Corte giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, dove si riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio, *in limine litis*, la natura abusiva di una clausola, in relazione ad una domanda di ingiunzione, prima dell'opposizione del consumatore; analogamente Corte giust. UE, 4 giugno 2009, in causa C-243/08, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 45 con nota ricognitiva di S. OTTONI, *Clausole abusive e giurisdizione: competenza della Corte e poteri d'ufficio dei giudici nazionali*), sempre in tema di rilievo officioso delle clausole abusive inserite dai professionisti nei contratti con i consumatori, ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando sostanzialmente in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore.

Le sentenze in commento confermano per questo aspetto le sezioni unite del 2012, le quali, seguendo l'insegnamento preponderante in dottrina ma minoritario in giurisprudenza⁹, avevano ritenuto che l'art. 1421 c.c., in forza del suo tenore generale, imponga al giudice di 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 del contratto. Questa citata giurisprudenza minoritaria aveva evidenziato che la domanda di risoluzione è animata da sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento e che l'accertamento sulla nullità ha in entrambe le ipotesi natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico, con la conseguenza che il giudice ben può dichiarare d'ufficio la nullità in ogni caso. La nullità di un contratto del quale sia stata chiesta la risoluzione può essere dunque rilevata d'ufficio dal giudice in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice da luogo a pronuncia che non eccede il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.

Secondo la giurisprudenza fino ad allora maggioritaria invece, la rilevabilità d'ufficio della nullità era consentita solamente nel caso di domanda di esatto adempimento, comportando la nullità del contratto il difetto di un elemento costitutivo del diritto così azionato (c.d. teoria tradizionale o classica)¹⁰. Secondo l'orientamento dominante fino al 2012 in giurisprudenza, infatti, il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. andava coordinato col principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se fosse in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresentasse un elemento costitutivo della domanda il giudice era tenuto a rilevare l'eventuale nullità dell'atto. Al contrario, qualora la domanda fosse diretta a fare dichiarare la invalidità del contratto o la risoluzione per inadempimento, la deduzione di una causa di invalidità diversa da quella posta a fondamento della domanda erano inammissibili, né tali questioni potevano essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*. Questa soluzione era ritenuta preferibile per evitare una ingiustificata ingerenza del giudice nel potere delle parti di disporre delle eccezioni, suscettibile di ricadute negative anche sulla certezza del diritto; era inoltre conforme alla disciplina processuale che impone la completezza sin dall'inizio degli atti difensivi¹¹.

4. NULLITÀ DI PROTEZIONE E "NEGOZI AD EFFICACIA ELIMINABILE"

Le nullità di protezione sono previste in una serie di distinti testi normativi, e riguardano non solo il rapporto consumatore-professionista ma anche, più in generale, i rapporti "contraente debole"- "contraente forte" ossia il più ampio insieme della c.d. legislazione asimmetrica, che si pone l'obiettivo proprio di correggere delle asimmetrie informative e di potere contrattuale fra le parti, in ragione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, co. 2 e 41 co. 2 Cost.

⁹ Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956; 20 agosto 2009, n. 18540.

¹⁰ Cass., 27 aprile 2011, n. 9395; 17 maggio 2007, n. 11550; 6 ottobre 2006, n. 21632.

¹¹ S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 167.

(principi di solidarietà, di uguaglianza sostanziale, di rispetto dell'utilità sociale); Tali norme sono:

art. 36, co. 3 (clausole vessatorie) del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo)¹²;

art. 134, co. 1, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo)¹³;

art. 127, co. 2, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico bancario)¹⁴;

art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico sull'intermediazione finanziaria)¹⁵;

art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (disciplina relativa alla lotta nei ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali)¹⁶.

Infine, deve ritenersi che anche l'obbligo di utilizzare la forma scritta per il contratto di *franchising* (previsto dall'art. 3 della legge 6 maggio 2004, n. 129) e il divieto di abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura (di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 - che stabilisce al co. 3 che il patto mediante il quale si realizza un abuso di dipendenza economica è colpito dalla sanzione della nullità, nel caso ad esempio di imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose) debbano essere interpretati come nullità di protezione a favore dell'imprenditore debole nei confronti di quello forte¹⁷.

¹² Art. 36 (Nullità di protezione). *Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.... La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.* Si noti che in realtà la legge non dice affatto che la legittimazione è ristretta al consumatore; ciò che invece afferma è solo che la nullità (da chiunque venga invocata quindi, e anche se la dichiari d'ufficio il giudice) "opera solo a vantaggio del consumatore", ossia, sembrerebbe, secondo una valutazione da parte del giudice circa la convenienza per il consumatore di una sua dichiarazione.

¹³ Art. 134 (Carattere imperativo delle disposizioni) *È nullo ogni patto.... volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal paragrafo in tema di vendita dei beni di consumo. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.*

¹⁴ Art. 127 (Regole generali) *Le nullità previste dalle titolo in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti (ad es. l'art. 117 prevede che I contratti sono redatti per iscritto e che nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo) operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice.*

¹⁵ Art. 23 (Contratti) *I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.... la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.*

¹⁶ Art. 7 (Nullità) *L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore.... Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed ad altre circostanze, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.*

¹⁷ Occorre infatti considerare che il giudice dovrà pur sempre pretendere la prova della sussistenza di un interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., e potrà applicare il principio del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (tale principio, corollario di quello di buona fede contrattuale, impedisce che non possa essere ammesso a chiedere la nullità di un patto colui che ne sia stato di fatto l'artefice) per negare all'imprenditore la legittimazione a far valere la nullità. In questo senso cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 202; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, 8; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia contrattuale*, Milano, 2003, 157.

Osserva quindi la Cassazione che le nullità di protezione sono caratterizzate da una (solo apparentemente contraddittoria) convivenza tra la legittimazione riservata alla parte c.d. "debole" e la rilevabilità d'ufficio. Questa convivenza è solo apparentemente contraddittoria perché il potere del giudice di rilevare la nullità rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte "debole" che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa "potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata": "l'omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe cioè per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole"; la legittimazione riservata alla parte debole, d'altra parte, "evita che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela".

La Cassazione dunque ridimensiona la differenza tra nullità non di protezione e nullità di protezione, e ritiene altresì conseguentemente di dover affermare l'omogeneità e l'unitarietà della categoria delle nullità, pur nella consapevolezza dell'esistenza della pur comunque significativa differenza tra le due tipologie di nullità rappresentata dalla citata facoltà per la parte di debole, una volta informato dal giudice dell'esistenza di una nullità, di non farla dichiarare, mantenendo così in vita il contratto.

In effetti, tutte le tipologie di nullità si caratterizzano per la circostanza di violare norme imperative e per contrastare con interessi generali¹⁸.

Affermano infatti le sezioni unite che se è vero che le nullità di protezione tutelano un interesse particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), esse al contempo sono poste anche a tutela di interessi generali che coincidono con valori costituzionalmente rilevanti - quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'equilibrio contrattuale, ossia l'uguaglianza, non solo formale, tra contraenti posti in posizione asimmetrica (ossia ove uno abbia un maggior potere contrattuale rispetto all'altro, per esempio per il fatto di disporre di maggiori informazioni).

Rispetto al codice civile, la novità è che la nullità che colpisce i contratti caratterizzati da uno squilibrio di potere contrattuale tra i contraenti non ha carattere assoluto, ovvero non può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ma solo dal contraente debole - nel cui interesse è posta - a differenza di quanto previsto dalla seconda parte dell'art. 1421 c.c.

Il riconoscimento della possibilità di conservare il contratto è in effetti soluzione del tutto ragionevole, perché la nullità assoluta in molti casi è una sanzione che non favorisce il contraente "debole", in quanto egli normalmente non ha interesse a restituire il bene acquistato, ma soltanto ad ottenere il risarcimento del danno, che potrà essere chiesto senza far valere la nullità. La circostanza che l'efficacia del contratto dipenda da una libera scelta di una delle parti consente alla Cassazione di addivenire alla ricostruzione unitaria della categoria del negozio ad efficacia eliminabile, che comprende non solo i negozi affetti da nullità di protezione, ma anche i negozi invalidi ma temporaneamente efficaci (il contratto annullabile e quello rescindibile), quanto negozi validi ed

¹⁸ Analogamente si era espressa Cass. 4 settembre 2012, n. 14828, cit., secondo cui l'essenza della categoria della nullità risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale.

inizialmente efficaci, ma vulnerati nella dimensione funzionale del sinallagma (il contratto risolubile, quello destinato allo scioglimento ex art. 72 legge fall.¹⁹, ovvero allo scioglimento per mutuo dissenso).

Peraltro, la nullità di protezione, pur condividendo con l'annullabilità la legittimazione relativa a farla valere, si distingue pur sempre da essa perché è imprescrittibile (art. 1422 c.c.²⁰), non può essere convalidata (art. 1423 c.c.) e, se dichiarata, forma oggetto di una sentenza dichiarativa e non costitutiva (art. 2908 c.c.).

5. LA RAGIONE PIÙ LIQUIDA QUALE TEMPERAMENTO DEL PRINCIPIO SECONDO CUI IL GIUDICATO COPRE IL DEDOTTO E IL DEDUCIBILE

In relazione al principio della ragione più liquida, le sezioni unite della Cassazione si pongono altresì il problema di chiarire se la dichiarazione - o la non dichiarazione - di nullità del giudice possa passare o meno in giudicato e in quali casi. Può accadere infatti che il giudice, per ricercare la ragione più liquida, decida la causa su un punto (es. prescrizione) che presupporrebbe - seguendo non il criterio della ragione più liquida ma quello tradizionale secondo cui vanno affrontate prima le questioni di rito, poi le c.d. preliminari di merito (es. la nullità) e solo da ultimo le questioni di merito (es. prescrizione) - che il giudice abbia già valutato come valido il contratto, con la conseguenza che ci si potrebbe chiedere se tale punto relativo alla non nullità del contratto, passi o meno in giudicato.

Vige infatti nel nostro ordinamento il principio per cui l'autorità del giudicato - istituto tendente a perseguire la certezza delle situazioni giuridiche impedendo un *bis in idem* ed un eventuale contrasto di pronunce - copre il dedotto ed il deducibile, e cioè non solo le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (ossia il dedotto, che dà luogo al c.d. giudicato esplicito: nell'esempio precedente la prescrizione del diritto) ma anche tutte le altre - proponibili sia in via di azione che di eccezione - le quali, sebbene non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro comune attinenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte (ossia il deducibile, che dà luogo al c.d. giudicato implicito: nell'esempio precedente la non nullità del contratto). Il concetto di giudicato implicito è una creazione giurisprudenziale come il principio della ragione più liquida: tuttavia i due principi vanno coordinati con attenzione perché il primo, perseguendo un obiettivo di economia processuale, impone al giudice di non seguire un ordine preordinato nella trattazione delle questioni; il

¹⁹ Secondo l'art. 72 legge fall., se un contratto è ancora inesequito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto... rimane sospesa fino a quando il curatore... dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

²⁰ Si ricordi però che se è vero che l'azione per far dichiarare la nullità è imprescrittibile, sono però salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione: cfr. ad es. Cass. 15 luglio 2011, n. 15669, secondo cui l'accertata nullità del negozio giuridico, in esecuzione del quale sia stato eseguito un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito oggettivo, volta ad ottenere la condanna alla restituzione della prestazione eseguita in adempimento del negozio nullo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data del passaggio in giudicato della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso.

secondo, al contrario – basandosi sul concetto che se il giudice si è pronunciato su di un determinato punto, ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi logicamente preliminare a quello esplicitamente deciso²¹ - presuppone, per la sua applicabilità, che le questioni vengano affrontate secondo un ordine rigidamente prestabilito.

Le sezioni unite della Cassazione ritengono che il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile debba essere ribadito, ma allo stesso tempo debba essere "temperato" in ragione del citato principio della ragione più liquida²², con la conseguenza che il dedotto continuerà ad essere sempre coperto dal giudicato, ma il deducibile solo se la relativa questione sia stata realmente affrontata dal giudice per la soluzione della controversia. Non si tratta

²¹ Cass. 16 agosto 2012 n. 14535 e Cass. 28 ottobre 2011 n. 22520, secondo cui il giudicato, formatosi con la sentenza intervenuta tra le parti, copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto, e cioè non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili sia in via di azione, sia in via di eccezione, le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia: in applicazione dell'enunciato principio, la Cassazione ha ritenuto nella prima decisione preclusa dal giudicato l'eccezione di nullità di un contratto d'opera professionale in relazione al quale la P.A., dopo aver vanamente denunciato in primo grado il difetto della forma scritta "ad substantiam", non aveva riproposto la questione nel primo atto difensivo del giudizio di appello instaurato dalla controparte; nella seconda decisione si è ritenuta l'eccezione di nullità di un contratto di associazione in partecipazione preclusa dal giudicato, avendo il riconoscimento dell'esistenza di un valido contratto ex art. 2549 c.c. costituito il presupposto logico-giuridico della decisione; Cass. 14 luglio 2011, n. 15508, secondo cui, emessa sentenza di condanna contenente più capi relativi a diverse voci di credito fondate su un identico titolo, il giudicato interno, formatosi su alcuni di detti capi per mancata impugnazione dei medesimi, comprende sia il "decisum" che la "ratio decidendi", perché riguarda non solo l'attribuzione del bene della vita ma anche tutte le premesse in fatto e in diritto poste a fondamento della pronuncia, con la conseguenza che, divenuto incontestabile l'accertamento di tali premesse, lo stesso non può più essere rimesso in discussione con l'impugnazione degli altri capi di condanna, essendo al riguardo ogni questione preclusa; Cass. 6 marzo 2014 n. 5245, secondo cui i limiti oggettivi del giudicato possono estendersi oltre la "causa petendi" ed il "petitum" della domanda originaria sia quando la domanda riconvenzionale o l'eccezione del convenuto amplii l'oggetto del giudizio, sia quando una situazione giuridica sia comune a più cause tra le medesime parti, sicché la soluzione delle questioni di fatto o di diritto ad essa relative in una delle cause faccia stato nelle altre in cui quella rilevi. Altre sentenze, pur perfettamente coerenti con le precedenti, hanno sottolineato che il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile incontra dei limiti consistenti nella necessaria presenza di una rigida dipendenza tra la circostanza oggetto della decisione e la questione preliminare logicamente dipendente: Cass. 6 aprile 2012, n. 5581, secondo cui la formazione del giudicato implicito richiede che tra la questione decisa in modo espresso e quella che si vuole implicitamente risolta sussista un rapporto di dipendenza indissolubile, tale da determinare l'assoluta inutilità di una decisione sulla seconda questione; ne consegue che il giudicato esplicito sulla domanda di risarcimento da mancata retribuzione non preclude al lavoratore la domanda di risarcimento da mancata contribuzione, trattandosi di domande che, pur unificate da una comune istanza risarcitoria, sono dirette al conseguimento di beni giuridici distinti e si fondano su fatti costitutivi autonomi; Cass. 5 luglio 2013, n. 16824, secondo cui il giudicato non si estende ad ogni proposizione contenuta in una sentenza con carattere di semplice affermazione incidentale, atteso che per aversi giudicato implicito è necessario che tra la questione decisa in modo espresso e quella che si vuole tacitamente risolta sussista un rapporto di dipendenza indissolubile, e dunque che l'accertamento contenuto nella motivazione della sentenza attenga a questioni che ne costituiscono necessaria premessa ovvero presupposto logico indefettibile.

²² Scrive infatti la Cassazione: "non si intende pervenire a un incondizionato accoglimento del principio del giudicato implicito sul dedotto e deducibile, sempre e comunque predicabile, in relazione a qualsiasi vicenda di impugnativa negoziale".

dunque di una deroga al principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, ma un di un suo adattamento in relazione all'introduzione di un criterio che non presuppone più necessariamente che le questioni debba essere trattate seguendo un certo ordine prestabilito. In altri termini il principio era ed è quello secondo cui il giudicato copre tutte le questioni realmente affrontate (non importa se implicitamente o esplicitamente).

In conseguenza di ciò, e riprendendo l'esempio sopra formulato, nel caso in cui venga chiesto l'adempimento di un debito e il convenuto eccepisca l'avvenuta prescrizione, qualora il giudice ritenga di poter decidere nel senso del rigetto del ricorso dichiarando intervenuta la prescrizione sulla base del principio della ragione più liquida e quindi senza aver precedentemente affrontato la questione relativa alla validità o meno del contratto, non si formerà un giudicato implicito sulla non nullità del contratto. L'adozione di una decisione sulla base della ragione più liquida (la prescrizione del diritto azionato, l'adempimento, la palese non gravità dell'inadempimento, l'eccepita compensazione legale) a fronte di una ipoteticamente ben più complessa istruttoria su di una eventuale nullità ha infatti come conseguenza che il giudice non esamini in alcun modo l'aspetto della validità del contratto, con conseguente inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del contratto.

Secondo le sezioni unite della Cassazione questa impostazione (ossia il giudicato copre il dedotto ma non il deducibile se il deducibile non è stato oggetto di valutazione da parte del giudice che abbia deciso sulla base della ragione più liquida) è valida quale che sia la domanda dell'attore, sia cioè essa di adempimento, di risoluzione, di annullamento o di rescissione del contratto, perché in tutti questi casi l'accertamento della validità o meno del contratto si pone come presupposto logico ineludibile della domanda dell'attore, accertamento che quindi può essere aggirato e evitato solo attraverso il ricorso al principio della ragione più liquida (la Cassazione parla di "omogeneità delle azioni di impugnazione negoziale")²³.

Discende da questi principi che, in seguito ad una impugnazione negoziale e alla rilevazione d'ufficio di una nullità non di protezione da parte del giudice, le parti possono decidere autonomamente se chiedere o meno al giudice che dichiari la nullità e se lo chiedono il giudice dovrà dichiararla nel dispositivo della sentenza; se però non lo chiedono il giudice sarà libero di dichiararla (l'obbligo di pronuncia nasce infatti soltanto in presenza di apposita domanda)²⁴, ma se lo facesse ciò dovrà avvenire non nel dispositivo ma in motivazione. In entrambi i casi però la statuizione sulla nullità è suscettibile di passare in giudicato. Nel caso di nullità di protezione, invece, se la parte che può usufruire della nullità chiede al giudice di dichiararla, quest'ultimo deve dichiararla in dispositivo (e su tale nullità cade naturalmente il giudicato), mentre non può dichiararla (e dunque su tale nullità non cadrà il giudicato) se non riceve una richiesta in tal senso.

²³ Secondo la Cassazione infatti "le azioni di impugnativa negoziale sono disciplinate da un plesso normativo autonomo e omogeneo, del tutto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale". Tale incompatibilità va intesa nel senso che, seguendo la tradizionale teoria della priorità alle questioni logicamente preliminari, è per il giudice inevitabile il dovere di affrontare la questione della validità o meno del contratto.

²⁴ Può ben accadere, rileva la Cassazione a sezioni unite, che il giudice si convinca che la nullità da lui in origine rilevata era in realtà insussistente e dunque non poteva essere dichiarata.

6. RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLA NULLITÀ IN NOME DI INTERESSI GENERALI E AUTONOMIA PRIVATA

Si è accennato alla circostanza che, con la dichiarazione di nullità, insieme con un interesse particolare di un contraente, si tutela anche un interesse generale, seppur in via indiretta: l'interesse, per usare le parole delle sezioni unite in commento, "proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole"²⁵.

L'art. 1421 c.c. può in apparenza apparire singolare nell'ambito di una disciplina, quale quella dei contratti, per definizione governata dal principio dell'autonomia dispositiva delle parti relativamente ai propri interessi. Tuttavia la norma risulta coerente con la logica complessiva sottesa alla disciplina della nullità, nel cui ambito il legislatore del 1942 ebbe a ricondurre le patologie negoziali considerate più gravi destinando le altre alla sfera dell'annullabilità. La qual cosa significa che, sebbene il principio di disponibilità degli interessi dei privati e delle relative azioni corrisponda a un valore fondamentale del nostro diritto delle obbligazioni, esso incontra un limite, anch'esso fondamentale, e tale limite è segnato dalla categoria delle nullità²⁶.

La sentenze in commento valorizzano le nullità di protezione (che consentono la conservazione dell'efficacia del contratto) attribuendo al giudice la possibilità di rilevarle d'ufficio ma non di dichiararle, e così appaiono coerenti con la linea di tendenza sempre più attenta a bilanciare le esigenze dell'autonomia privata (che vorrebbe la minore ingerenza possibile del giudice sull'assetto di interessi concordato dalle parti), con quelle legate ad interessi di carattere generale, specie se ancorati a valori costituzionali quali la solidarietà sociale di cui all'art. 3, co. 2, Cost. o all'utilità sociale di cui all'art. 41, co. 2, Cost.²⁷ (esigenze che vengono garantite, in caso di violazione di tali interessi, mediante la più severa delle sanzioni che possono colpire i contratti che li abbiano violati, ossia la nullità).

Secondo la Corte costituzionale (sentenze n. 268 del 1994 e n. 241 del 1990²⁸), il principio dell'autonomia contrattuale - che comporta, tra l'altro, libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto - se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà.

²⁵ In altri termini, è come se il legislatore, predisposta una struttura normativa destinata espressamente alla tutela del singolo soggetto, abbia poi voluto aggiungere un ulteriore e diverso "significato", costituito, appunto, dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine (tra gli altri, la buona fede, la tutela del contraente debole, l'effettiva a parità di condizioni nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati.

²⁶ N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, 543.

²⁷ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, *Riv. dir. priv.*, 2012, 22.

²⁸ La Corte costituzionale aveva già più volte sottolineato la necessità di una efficace normativa anticoncentrazione nel complessivo settore dell'informazione (cfr., da ultimo, sent. 826 del 1988): ma essa non è meno necessaria - come si è avvertito nella sentenza n. 223 del 1982 - nel più vasto settore dell'attività economica, pur se in questo assume connotati in buona parte diversi, per la diversità dei valori tutelati. Gli stessi principi della sentenza n. 241 del 1990 verranno poi ribaditi dalla sentenza n. 268 del 1994.

Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, commi 2 e 3): e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti – quali la nullità – atti ad evitare un loro esercizio abusivo²⁹.

In questa sentenza del 1990 vengono dunque per la prima volta lucidamente presi in considerazione degli status nel mercato (quello di consumatore) delle condizioni di mercato e dei comportamenti all'interno di esso (la concorrenza, lo squilibrio di potere contrattuale ed il suo conseguente abuso) che solo più tardi hanno avuto una loro giuridicizzazione (il consumatore, d.lgs. n. 2006 del 2005), una completa disciplina (la legge *antitrust* italiana n. 287 del 1990) o la loro definitiva consacrazione (l'istituto dell'abuso del diritto, con le sentenze in tema di recesso dal contratto di apertura di credito, dal contratto di concessione di vendita e in materia tributaria³⁰).

Si è visto che le sentenze in commento citano quali interessi protetti dalle nullità di protezione il corretto funzionamento del mercato e l'equilibrio contrattuale tra contraenti in posizione asimmetrica. E in effetti si tratta di valori che sono fra loro intimamente connessi. Una condizione di concorrenza sul mercato³¹ è infatti quella che garantisce la miglior allocazione delle risorse e il massimo benessere collettivo, mentre uno squilibrio di potere contrattuale e il conseguente approfittamento (abuso) di questa situazione determina una frattura di questa condizione e/o la conclusione da parte dei consumatori di contratti a condizioni svantaggiose, e conseguentemente fa sorgere la duplice esigenza da un lato di garantire una situazione di concorrenza sul mercato e dall'altro di tutelare i potenziali soggetti destinatari dell'abuso, ossia i consumatori.

Anche la giurisprudenza della Cassazione di recente ha fatto segnare una significativa riduzione del campo di azione dell'autonomia contrattuale³²: si pensi in particolare alla possibilità di ridurre d'ufficio la clausola penale secondo equità³³ e alla sempre più estesa applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto³⁴.

Infine, anche nella legislazione si assiste ad una riduzione del campo di azione dell'autonomia contrattuale. Si pensi all'art. 1, co. 346, della legge 30 dicembre 2004 n. 311, secondo cui "*I contratti di locazione sono nulli se non sono registrati*". Deve ritenersi la ragionevolezza della norma proprio alla luce dei principi affermati dalle sentenze in commento e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 241 del 1990³⁵ - che afferma la possibilità per il legislatore di

²⁹ Cfr. sul punto P. PERLINGERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 392.

³⁰ Cfr. per tutti Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, che ha considerato abusivo un recesso, pur contrattualmente previsto, da un contratto di concessione di vendita, in ragione degli eccessivi danni provocati alla controparte.

³¹ Cfr. F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 2348, secondo cui un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza deve garantire che la gara tra i vari concorrenti sia improntata a regolarità ed effettività.

³² Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 109.

³³ Cass. 28 marzo 2008, n. 8071, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1153, secondo cui in tema di clausola penale il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio.

³⁴ Cfr. la citata Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

³⁵ Tale sentenza pone altresì in evidenza il condizionamento da parte del secondo comma sul

limitare l'autonomia contrattuale in nome dell'utilità sociale. La norma infatti non prevede la nullità del contratto irragionevolmente, ma al fine di perseguire al meglio gli interessi del fisco, e quindi della collettività: è infatti interesse di tutti che il fisco riscuota quanto dovuto. La minaccia della sanzione della nullità³⁶ del contratto scoraggia infatti la pratica delle locazioni "in nero" e non è dunque irragionevole perché è effettivamente coerente con tale fine³⁷. La norma inoltre non ha carattere eccezionale: esistono infatti altre ipotesi di leggi che prevedono la sanzione della nullità del contratto non per vizi genetici, intrinseci del contratto³⁸.

primo comma dell'art. 41 Cost.: il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, co. 2, Cost. non solo costituisce garanzia per i consumatori contro eventuali abusi degli imprenditori ma rappresenta anche un presidio fondamentale a tutela della libertà di concorrenza assicurata dall'art. 41, co. 1 Cost. Si noti però che tale norma si pone in aperto contrasto con l'art. 10 dello Statuto del contribuente (legge 27 luglio 2000, n. 212), secondo cui "*Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*".

³⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di nullità*, in *I contratti, Diritto civile*, III, Milano, 1993, 577, secondo cui nell'attuale tematica del contratto si assiste al prevalere di un'esigenza di controllo esterno del contratto, che porta ad accentuare l'importanza della nullità come strumento di tutela di interessi generali.

³⁷ La norma infatti induce sia il locatore che il conduttore a registrare il contratto, il primo per impedire che a seguito della dichiarazione di nullità del contratto il conduttore possa chiedere indietro i canoni pagati, e il secondo per impedire di essere sfrattato in quanto occupante *sine titulo*; tramite la registrazione inoltre si sottopone il contratto ad un controllo sociale dello stesso, così impedendo che il contratto possa contenere patti contrari alla legge in danno del conduttore (come ad esempio limiti di durata troppo brevi).

³⁸ Cfr., in tema di fideiussione per gli immobili da costruire, l'art. 2 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in cui, in caso di inadempimento ad un obbligo "esterno al contratto" è prevista la nullità del contratto; altro esempio di nullità del contratto per esigenze pubblicistiche e dunque per vizi non genetici del contratto è offerta dall'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in tema di immobili abusivi, che risponde alle esigenze costituzionali di porre limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale; ancora, in tema di immobili venduti senza posteggio l'art. 41-sexies l. 17 agosto 1942, n. 1150, prevede, nella sua interpretazione giurisprudenziale, la nullità del contratto di locazione di un immobile senza che venga dato in locazione anche il relativo posteggio (Cass. 8 maggio 2005, n. 19308).