



Università degli Studi di Firenze

DOTTORATO DI RICERCA IN
*"Obbligazioni e Contratti in Italia e nel Diritto Privato
Europeo"*

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. GIOVANNI FURGIUELE

LA SANABILITÀ DELLE NULLITÀ CONTRATTUALI

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. RIZZUTI MARCO

Tutore

Prof. FURGIUELE GIOVANNI

Anni 2010/2012

PREMESSE E LIMITI DELL'INDAGINE

Come qualunque lettore potrebbe notare, il titolo del presente studio sarebbe potuto apparire, fino a dieci o, al massimo, quindici anni fa, semplicemente come il frutto di un'impostazione erronea.

Infatti, l'attribuzione alle nullità contrattuali del predicato della "sanabilità" sarebbe indubbiamente sembrata, ai più, in contrasto con una delle caratteristiche fondamentali, ritenute necessariamente proprie dell'istituto in esame, ovvero, appunto, la insanabilità. Peraltro, tale caratterizzazione appariva con una forza anche maggiore di quella del diritto positivo, in quanto, al pari degli altri attributi della nullità negoziale, la si concepiva come conseguenza logica ed indefettibile della stessa natura ontologica dell'istituto. Il tutto, in un contesto in cui il Codice, e le categorie elaborate all'interno ed a proposito di esso, sembravano dominare tutta la realtà giuridica.

Oggi, invece, il tema della sanatoria delle nullità si è collocato al centro di un significativo dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, di cui si tenterà di dare conto nel corso della trattazione. Ciò è dipeso da un radicale mutamento di paradigma, che ha riguardato l'intera materia delle patologie negoziali ed impone, quindi, un aggiornamento di quasi tutti gli assunti, sinora dati per scontati *in subiecta materia*.

Oramai, è quasi unanime la preferenza per l'utilizzo dell'espressione "le nullità", al plurale, anziché "la nullità", al singolare, proprio in considerazione della molteplicità di statuti in cui si è decomposta la categoria codicistica. Anche la presente indagine farà, quindi,

riferimento alle “nullità contrattuali”, al plurale, come possibile oggetto di sanatoria.

Non si tenterà, infatti, di sostenere una generalizzata sanabilità di ogni ipotesi di nullità, ma di individuare, nella pluralità delle discipline dell’istituto, un ambito di ipotesi, crescenti e non più ristrette nei limiti della eccezionalità, in cui una operazione di sanatoria può risultare praticabile, e coerente con le finalità dell’ordinamento.

Sul punto, naturalmente, si ritornerà più avanti, ma può essere utile chiarire sin da adesso che per “sanatoria” si vuole intendere, empiricamente, un qualche cosa che renda il contratto “malato”, cioè viziato, uguale a quello “sano” e ne consenta, quindi, un recupero pieno, e non limitato solo ad alcuni effetti. Naturalmente, ciò non significa far sì che il vizio non sia mai esistito, bensì fare in modo che cessino di avere rilevanza giuridica le conseguenze dello stesso.

Come si vedrà meglio nel corso della trattazione, effetti di questo genere possono verificarsi come conseguenza di diverse vicende, fra loro anche molto lontane, per struttura e funzione, per cui si tenderà ad evitare la costruzione di una unitaria figura di sanatoria, che pretenda di riunirle tutte assieme.

Per chiarire il senso anche della terza parola utilizzata nel titolo, si precisa da subito che la ricerca riguarderà solo l’ambito contrattuale, già sin troppo frammentato e complesso al suo interno, per consentire un allargamento della visuale ad ulteriori ipotesi di nullità di altri negozi o atti giuridici.

Non si prenderanno, del resto, in considerazione neppure quei fenomeni ulteriori, che pure astrattamente potrebbero considerarsi dei casi di sanatoria, in cui il recupero integrale del contratto dipenda da una

sopravvenienza normativa o dall'intervento di una successiva autorizzazione amministrativa. L'attenzione si concentrerà piuttosto sulle ipotesi in cui una dichiarazione, o un comportamento, posti in essere da una delle parti contrattuali riesce ad ottenere questo effetto, che si possa considerare sanante.

Lasciando ora da parte le problematiche terminologiche, per tornare a quanto si diceva in apertura di queste righe, ciò che preme evidenziare in questa sede introduttiva è la piena legittimità dello stesso riferimento alla "nullità sanabile". Appare, quindi, essenziale chiarire come le categorie giuridiche, sino a pochi anni fa egemoni in materia di invalidità negoziale, siano solo alcune di quelle possibili e non siano affatto dotate di una validità ontologica tale da collocarle al di fuori ed al di sopra della storia.

Al contrario, sono esse stesse il frutto di una particolare vicenda storica e, se viste in questa prospettiva, sono anche relativamente recenti. Accanto ed oltre ad esse, la storia della nostra civiltà giuridica ha visto il fiorire e il declinare di numerosi altri modi di impostare la materia delle patologie negoziali.

Ci è sembrato, dunque, opportuno far precedere la trattazione degli aspetti attuali del problema, da una, per forza di cose breve e compendiosa, ricostruzione delle origini, dell'affermazione e del successivo declino di una certa impostazione del tema delle invalidità, la cui odierna grave crisi costituisce il presupposto essenziale per tutta la successiva trattazione. Tale ricostruzione, pur con tutti i suoi limiti, dovrebbe essere sufficiente a dimostrare che anche queste categorie giuridiche appartengono alla complessità dell'evoluzione storica, piuttosto che alle certezze astratte della dogmatica.

1. STORIA E ATTUALITÀ DEL PROBLEMA

1.1 Vicende storiche dell'invalidità contrattuale e della sua sanatoria

1.1.1 Dal diritto romano al BGB

Come per la maggior parte degli istituti fondamentali del nostro sistema giuridico, anche per le invalidità contrattuali le radici più remote affondano nel diritto romano. Anche in questa sede, dunque, si dedicheranno brevi cenni, senza alcuna pretesa di completezza, alle elaborazioni dei giuristi romani in materia.

Occorre, però, subito precisare che, per la fase più antica dell'esperienza giuridica romana, di invalidità del contratto non si dovrebbe nemmeno parlare. Ciò non solo per l'ovvia considerazione che sia il "contratto", sia, a maggior ragione, la sua "invalidità", sono concetti moderni, che possono essere riferiti all'antichità solo per nostra comodità espositiva, con una qualche inevitabile forzatura¹. Si intende,

¹ Come notava FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920, p. 56, nt. 1: "I Romani, che non ebbero un termine corrispondente a negozio giuridico, non lo ebbero neppure per le nullità". Infatti, come osserva BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 566, presso i romani non si ebbe quel processo di sostantivazione, che consentirà, poi, di parlare non solo di atti nulli, ma anche di nullità.

Questo genere di considerazioni potrebbe valere quasi per ogni istituto di derivazione romanistica, stante l'avversione del pensiero giuridico romano per le astrazioni generalizzanti e la sua spiccata attitudine casistica. Nel nostro caso, però, come si vedrà subito, il problema è più sostanziale.

invece, rilevare che, per questa fase primigenia, è proprio la sostanza stessa delle invalidità contrattuali a mancare.

Il riferimento è al periodo arcaico del diritto romano, in cui esso consisteva solamente nello *ius civile*, elaborato ed interpretato dalla tradizione custodita dai pontefici. Costoro avevano, col passare dei secoli, realizzato una sorta di fusione degli antichissimi *mores gentilizi* delle varie popolazioni, latine, etrusche e sabelliche, confluite in Roma, ed avevano, quindi, attribuito al loro prodotto una certa autorità sacrale. Si trattava di un diritto indubbiamente primitivo, venato di religiosità e di pensiero magico, ma già contenente i germi dei futuri sviluppi².

Questi caratteri emergono chiaramente, se prendiamo in considerazione il tema che ci interessa. Il sorgere di quelli che noi, oggi, chiameremmo vincoli negoziali era legata, allora, al compimento di determinati rituali magici, come, in particolare, la pronuncia di certe formule (*verba sollemnia*)³ o l'effettuazione di certi gesti standardizzati. Una volta compiuto il rito, l'effetto di questo era visto come una modificazione della realtà naturale, operatasi, appunto, per virtù magica del rito stesso.

Un fatto naturale, nella sua exteriorità fenomenica, può esistere o non esistere, ma non può essere valido o invalido. Così, poteva darsi che il rito fosse stato compiuto in maniera imperfetta, dimenticando magari una parola o un gesto, ed allora nulla era accaduto, non esisteva alcun

² Si veda SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico moderno*, Torino, 1994, pp. 1-15.

³ Si può ricordare, come esempio, la formula della *sponsio* (*Dari spondes? Spondeo*), in cui è significativo l'utilizzo di un verbo etimologicamente collegato col greco *spendo*, che indica l'effettuazione di una libagione e, quindi, l'assunzione di un impegno sacro.

contratto, non era sorto alcun vincolo. Se, invece, il rito era perfetto, i suoi effetti magici sfuggivano ormai al controllo degli uomini che lo avevano posto in essere e rimanevano come fatto storico, ormai ineliminabile.

Non poteva avere alcuna importanza, da questo punto di vista, il motivo o la situazione che avevano portato al compimento del rituale, per quanto riprovevoli essi potessero apparire, in ipotesi, anche alla coscienza degli uomini di allora⁴. Dal loro punto di vista, infatti, pretendere di impugnare l'efficacia del contratto sarebbe stato come pretendere di "impugnare" il fatto che un animale fosse nato o che un albero fosse caduto. La circostanza che un uomo avesse, ad esempio, usato violenza per costringere il suo vicino a stipulare un impegno negoziale, oppure per tagliare un albero del medesimo sfortunato vicino, poteva comportare che egli dovesse essere severamente punito, ma ciò non poteva, naturalmente, fare sì che l'albero tornasse in vita o che il contratto cessasse di esistere⁵.

Allo stesso modo, il fatto che al rituale fosse mancato magari solo un elemento di minima importanza, non era in alcun modo rimediabile umanamente, perché non erano considerate umane le regole che a siffatti rituali davano efficacia. Pretendere di stabilire, con un atto umano, che la mancanza di tale ipotetica inezia non potesse inficiare il buon esito del rito, sarebbe stato come decidere di cambiare la leggi della fisica,

⁴ Cfr. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 254: "Nella fase arcaica domina incontrastato ... un rigido formalismo". Come si è visto, le ragioni di tale rigidità stanno nella concezione magica del diritto che avevano i primi romani.

⁵ Si ricordi il noto passo di PAOLO, in *D.*, 4, 2, 21, 5: "si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui".

ovviamente, vista l'epoca, una fisica non scientifica, ma magico - religiosa. Diventava, così, impossibile ammettere qualsiasi forma di recupero di atti viziati⁶.

In un quadro del genere, dovrebbe essere chiaro perché si è detto che di invalidità contrattuale non è possibile parlare con riferimento a tale momento storico. Infatti, come si è visto, per quella mentalità giuridica, un contratto può esistere, perché è stato perfettamente compiuto il rito formalistico che lo fonda, oppure non esistere, perché ciò non è accaduto. Rimane, però, inconcepibile, per le esposte ragioni, che un contratto esista solo per essere sottoposto ad un giudizio di validità, che possa poi andare ad incidere sulla sua efficacia⁷.

Si spiega, così, anche il significato originario che aveva la parola *nullus* nel linguaggio giuridico latino. Essa, infatti, non valeva a qualificare in senso patologico un contratto, ma semplicemente ad indicarne

⁶ Come recita un altro noto passo di PAOLO, in *D.*, 50, 17, 29: “*quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*”.

Non sembri irriverente la considerazione che talune moderne formulazioni della teoria della fattispecie sembrano assomigliare un poco a questi paradigmi del pensiero arcaico.

⁷ Come evidenzia PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, p. 41, per i romani “*è inconcepibile l'idea di un negozio che esista soltanto per poter essere qualificato nullo*”.

Infatti, il diritto romano non ha mai conosciuto un'azione di nullità, cioè un'azione volta a far dichiarare l'inesistenza del negozio, ma ammetteva soltanto la *condictio indebiti*, volta a recuperare quanto prestato in esecuzione del negozio nullo: cfr. GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 46.

l'inesistenza: *nullum contractum est* significava “non c'è nessun contratto”⁸.

Come ognuno vede, un diritto così configurato poteva essere adatto solo ad una società piuttosto primitiva, con un volume di scambi commerciali, regolati in via negoziale, decisamente ridotto. In tale contesto, la sacralità dei rituali giuridici ne garantiva il rispetto, ma, al tempo stesso, impediva di prendere in considerazione vicende patologiche anche gravi e lesive della sicurezza dei traffici.

In epoche successive, siffatto assetto del diritto civile venne, naturalmente, superato. Ciò nondimeno, l'accento che si è dedicato a questa fase remotissima non deve essere considerato come il frutto di una mera curiosità antiquaria, dal momento che il suo influsso fu molto più duraturo di quanto non potrebbe sembrare a prima vista. Infatti, la

⁸ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 225 e segg.: “Noi parliamo di neozio nullo: affermiamo, cioè l'esistenza di qualcosa che poi qualifichiamo con l'aggettivo nullo, volendo dire con ciò che il negozio non produce i suoi effetti. I romani, invece, affermavano che non esisteva il negozio: i prudentes, infatti, dicono: *nulla est venditio, nulla est mancipatio, nullum est legatum*, con espressioni sentite come equivalenti, nella portata espressiva, a quelle non esse *venditionem, mancipationem, legatum*”.

Come sintetizza GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 45: “il predicato *nullus* nelle fonti dell'epoca va inteso senz'altro come espressione dell'inesistenza di un negozio, ad indicare cioè un *non ullus*”.

Valeva, dunque, anche per i negozi, quanto CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Milano - Torino - Roma, 1920, p. 17, osservava a proposito della locuzione romana *nulla sententia*, la quale “non significa ciò che esprime la traduzione letterale di queste due parole in italiano, ma significa soltanto nessuna sentenza ossia sentenza inesistente”.

natura stessa di quel diritto, consuetudinario e sacrale, ne rendeva inconcepibile una abrogazione o un emendamento operato mediante l'intervento del legislatore⁹.

Pertanto, l'elaborazione di regole più adeguate ai traffici di una città che stava diventando un impero, fu l'esito di un diverso processo. Si intende alludere, naturalmente, alla costruzione, a fianco dello *ius civile*, di un nuovo ordinamento giuridico, noto come *ius honorarium*, che aveva vigore accanto al primo, senza la pretesa di eliminarlo, ma, in pratica, faceva sì che gli aspetti più inaccettabili di questo fossero contenuti, o anche completamente superati, in sede processuale.

Tutto ciò, però, non faceva venire meno la giuridicità e la vigenza dell'ordinamento di *ius civile*, che ha continuato ad esistere ed a rappresentare un punto di riferimento per la mentalità dei giuristi romani in tutta l'epoca classica. Infatti, sebbene all'epoca, nessuno ne facesse l'oggetto di trattazioni teoriche, i romani conoscevano il fenomeno di una pluralità di ordinamenti giuridici vigenti contemporaneamente¹⁰,

⁹ Le circostanze in cui furono delle *leges* ad intervenire in materia di patologie negoziali devono essere state rarissime ed eccezionali. Gli antichi indicavano queste ipotesi come casi in cui la legge "*rescindit*" un determinato negozio, dalla stessa vietato o comunque riprovato: si possono vedere i riferimenti in GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 50-51.

Peraltro, i romani non erano nemmeno certi che ogni divieto legale comportasse necessariamente la invalidità di tutti i negozi stipulati in violazione dello stesso. La questione fu risolta in modo definitivo solo da una costituzione di Teodosio II del 439 d. C., in base alla quale tali negozi dovevano essere sempre considerati "*inutilia*" e "*pro infectis*".

¹⁰ Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici è d'obbligo il riferimento a SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 (seconda edizione con aggiunte

mentre la pretesa di monismo giuridico dello Stato moderno era ancora di là da venire¹¹.

Il nuovo ordinamento giuridico si sviluppò a partire dai rapporti commerciali, col tempo sempre crescenti, fra i cittadini romani e gli appartenenti ad altri popoli, per i quali non valeva lo *ius civile*. Si trattava di rapporti che non potevano, quindi, essere regolati con quei complessi rituali cui si è fatto cenno, ma abbisognavano di strutture giuridiche più semplici e più elastiche. In particolare, fu naturale vedere il fondamento dei vincoli contrattuali non tanto nelle forme solenni, quanto piuttosto nello scambio di consensi fra due mercanti¹², il che non poteva non riflettersi sulla disciplina delle patologie.

La giuridicità di queste nuove regole dapprima dovette esprimersi soprattutto nelle prassi negoziali del commercio internazionale e negli

dell'autore), il quale, a p. 89, fa riferimento anche all'esperienza giuridica dell'antica Roma, come esempio storico della sua teoria.

¹¹ Oltre al dualismo fra *ius civile* e *ius honorarium*, si potrebbe ricordare anche che, a Roma, tutta una serie di relazioni personali importantissime, quelle tra *patroni* e *clientes*, non rilevavano per questi due ordinamenti e ne andavano, così, a costituire uno ulteriore. Si aggiunga, poi, che, nelle province, i popoli sottomessi, che non avessero acquisto la cittadinanza romana, conservavano i propri ordinamenti giuridici e le proprie giurisdizioni, con l'eccezione di alcune materie di capitale importanza, che venivano riservate alla competenza dei governatori romani. Infine, quando, in epoca più tarda, iniziarono i primi insediamenti barbarici nel territorio dell'Impero, queste genti, ed i loro discendenti, mantenevano i propri ordinamenti giuridici, in forza del principio della personalità del diritto.

¹² SCHIAVONE, *Diritto privato romano*, Torino, 2003, pp. 44-45, indica come primo "*principio guida*" del nuovo diritto pretorio, il "*consensualismo*", inteso come valorizzazione "*dell'accordo fra le parti comunque manifestato, purché dimostrabile, indipendentemente dalla forma usata per la sua espressione*".

arbitria, con cui in esso si risolvevano le controversie e si elaboravano nuovi meccanismi processuali¹³. In seguito, quando questi furono recepiti dai Pretori, con la nascita del cosiddetto processo *per formulas*, allora il nuovo diritto poté godere anch'esso dell'autorità dei magistrati pubblici, che lo adoperarono per portare avanti la loro opera di sostanziale superamento degli aspetti più inadeguati dello *ius civile*.

Per quanto riguarda il tema delle patologie negoziali, il contributo più significativo del nuovo diritto consistette nel riconoscimento della rilevanza di determinate vicende della formazione del contratto, coincidenti, nella sostanza, con quelli che noi chiamiamo violenza, dolo ed errore. Abbiamo già visto che, nello *ius civile*, tali vicende non inficiavano minimamente l'esistenza, e quindi la validità ed efficacia, del contratto. Lo *ius praetorium*, per le sue stesse caratteristiche, non poteva contraddire direttamente tale assunto, ma poteva limitarne fortemente le conseguenze pratiche.

Il primo problema che si pose all'attenzione dei magistrati romani fu quello di impedire che un soggetto, dopo aver costretto con metodi riprovevoli la controparte alla stipula di un contratto, approfittasse poi di tale situazione, azionando in giudizio pretese fondate su tale contratto. Non si affermò mai che tale contratto avesse perso, sul piano dello *ius civile*, la sua validità o efficacia, ma si elaborò una serie di rimedi processuali, che lo paralizzassero di fronte allo *ius honorarium*.

Nei casi più gravi, infatti, il Pretore poteva far valere il suo potere discrezionale di non concedere una *actio* basata su un contratto concluso

¹³ Non sembra troppo azzardato un paragone col fenomeno medievale della *lex mercatoria* e con certi sviluppi contemporanei che ad essa sono stati autorevolmente paragonati (cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010).

in maniera palesemente illegale, facendo sì il processo si chiudesse subito *in iure*, senza neanche passare alla fase *apud iudicem*¹⁴. In casi meno estremi, invece, il Pretore concedeva la *actio*, ma concedeva anche alla controparte una *exceptio*. In tal modo, lo *iudex* avrebbe dovuto respingere la pretesa dell'attore, non solo se non avesse trovato fondata l'*actio*, ovvero qualora il contratto risultasse non essere mai stato concluso, ma anche nel caso in cui fosse emersa la fondatezza della *exceptio*, ovvero qualora fosse dimostrata, ad esempio, la violenza¹⁵.

Si pose anche il problema di dare un qualche ristoro a chi avesse eseguito in sede stragiudiziale il contratto in questione. In tali casi, i Pretori riconobbero la possibilità di chiedere una sorta di risarcimento del danno, subito per effetto del depauperamento patrimoniale conseguente all'esecuzione¹⁶. A ben vedere, la logica è ancora quella originaria: infatti, la stipulazione del contratto rimane un qualcosa di ineliminabile, come un fatto naturale, ma se essa è stata fonte di un danno ingiusto, si consente la riparazione di questo. Pertanto, era necessario dimostrare e quantificare il danno, poiché non era il fatto stesso della formazione irregolare del contratto a consentire di rimuoverne gli effetti esecutivi.

¹⁴ Il riferimento è all'istituto, tipico del diritto pretorio, della *denegatio actionis*.

¹⁵ Questo era il caso della *exceptio quod metus causa gestum erit* o *exceptio metus*. Esisteva, inoltre, la *exceptio doli*, che il Pretore concedeva non solo ove ritenesse che l'attore aveva raggirato il convenuto al momento della stipula del contratto (*exceptio doli specialis* o *doli praeteriti*), ma anche quando considerava comunque iniquo che il negozio venisse portato ad esecuzione in quelle determinate circostanze (*exceptio doli generalis* o *doli praesentis*)

¹⁶ Il risultato si otteneva con gli strumenti pretorili della *restitutio in integrum*, applicabile ai casi di *error*, *metus* e *dolus*, oppure della *actio in factum*.

Rimase, infatti, sempre estranea, anche al diritto pretorio, l'ipotesi di un'azione che attaccasse direttamente il contratto e lo rimuovesse dal mondo giuridico¹⁷. Probabilmente ciò ai romani sarebbe sembrato assurdo, come pretendere di cancellare dal mondo reale un fatto accaduto: *quod factum est, infectum fieri non potest*¹⁸. In ogni caso, un'iniziativa del genere avrebbe comportato un'inammissibile intrusione dello *ius honorarium* all'interno dello *ius civile*, la cui ancestrale sacralità, per quanto svuotata di sostanza, nessun Pretore avrebbe voluto attaccare in maniera diretta.

L'aspetto che più ci interessa è, però, un altro. L'intervento dello *ius honorarium*, e successivamente del diritto di produzione imperiale, poteva, infatti, anche avere conseguenze di segno opposto rispetto a quelle descritte sinora. In altre parole, un atto irrimediabilmente privo di effetti per lo *ius civile* poteva acquistare una sua validità per il nuovo diritto, perché riconducibile ad un diverso paradigma, da questo elaborato¹⁹. In tal modo l'efficacia di tale atto veniva, in tutto o in parte, recuperata. La differenza, rispetto agli schemi arcaici che si sono prima ricordati, appare notevole, ma dovette trattarsi di una evoluzione concettuale lenta e progressiva.

¹⁷ Non deve indurre in errore l'esistenza, ampiamente documentata, di istituti come l'*actio doli* o l'*actio metus*: esse, infatti, miravano alla punizione di chi avesse commesso la violenza o il raggio, e non all'eliminazione del negozio.

¹⁸ Cfr. FINZI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale chiarisce che il negozio “non viene negato, ma paralizzato” e che il rimedio pretorio “non esclude che l'atto sia efficace, anzi, ha il suo fondamento nella efficacia stesa: è in vista dell'effetto dell'atto, che viene accordata l'eccezione a paralizzarlo”.

¹⁹ Cfr. BRUTTI, *op. cit.*, p. 570, che riferisce gli esempi della *acceptilatio* invalida, che veniva trattata dai Pretori come un *pactum de non petendo*, e di vari casi di legati invalidi, di cui la legislazione imperiale prevedeva specifiche ipotesi di conversione.

In realtà, il diritto romano classico non ignorava, già in epoca relativamente antica, e restando nell'ambito dello *ius civile*, forme di invalidità graduate, cioè tali da colpire solo alcuni, ma non necessariamente tutti, gli effetti dell'atto viziato. Infatti, occorre prendere in considerazione alcune particolari fattispecie, nelle quali l'invalidità di atti traslativi, riferiti a diritti intrasferibili, non si traduce in una loro inefficacia assoluta. Al contrario, benché non possa realizzarsi l'acquisto del diritto in questione in capo al destinatario dell'atto, si ha comunque la perdita dello stesso da parte del cedente²⁰. Pertanto, secondo una parte autorevole della dottrina romanistica, si può sostenere che un effetto dell'atto di trasferimento nullo, quello abdicativo, si sia ugualmente prodotto²¹.

Nel quadro del nuovo dualismo ordinamentale, poteva, poi, anche accadere che, ferme restando la nullità e l'inefficacia di un atto sul piano dello *ius civile*, i Pretori impedissero ai soggetti interessati di farla valere processualmente, in circostanze in cui ciò sarebbe parso iniquo. Gli strumenti erano in parte simili a quelli che sopra abbiamo visto utilizzare per le operazioni di segno inverso. Infatti, qualora volesse paralizzare un'iniziativa che presupponeva l'inesistenza, per lo *ius civile*, di un determinato negozio, il Pretore utilizzava la *denegatio actionis* oppure

²⁰ Questo è il caso, ad esempio, della *in iure cessio usufructus* posta in essere nei confronti di persona diversa dal *dominus*. Il trasferimento in favore del terzo non può realizzarsi, ma il cedente perde ugualmente il diritto, per cui si può riesperire quello del proprietario (cfr. POMPONIO, in *D.*, 23, 3, 66).

²¹ Il riferimento è a TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, pp. 998-999, che espone la sua tesi in polemica con quella del DI PAOLA, *Premesse ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1958, il quale negava che in tali ipotesi possa trattarsi di vera e propria nullità.

concedeva alla controparte una *exceptio doli generalis*, che trovava la sua giustificazione nel divieto di *venire contra factum proprium*²².

Ad esempio, si può considerare il caso dell'alienazione nulla *iure civili*, perché posta in essere da un soggetto *non dominus*, e, quindi, non legittimato a far passare il *dominium* in capo all'acquirente. Qualora, in seguito, il medesimo alienante acquisti il *dominium* dal vero titolare, egli potrebbe anche esperire la *rei vindicatio* contro l'acquirente che possieda la cosa. Il diritto pretorio, però, interviene, con i meccanismi sopra ricordati, impedendogli di agire in maniera incompatibile con la precedente alienazione²³.

Meccanismi di recupero potevano anche scaturire dalla peculiare natura del vizio da cui era colpito un negozio. Così, accadeva in uno dei rari casi di invalidità derivante da norme di fonte legislativa, cioè in quelle ipotesi di donazione proibite dalla *lex Cincia*. Infatti, si attribuiva al solo donante la possibilità di far valere tale violazione e, quindi, di rivendicare i beni donati²⁴. Pertanto, i Pretori ritennero di poter concedere l'*exceptio doli* al donatario, che fosse stato convenuto in

²² Come si vedrà nel secondo capitolo di questo studio, oggi alcune questioni in tema di sanabilità si pongono in termini assai simili.

²³ Si rinvia a BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 788, per l' esegesi delle fonti romane in materia e per l'indicazioni di ulteriori ipotesi in cui operavano meccanismi processuali simili, sempre fondati sul divieto di *venire contra factum proprium*.

²⁴ La *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a. C., in effetti, non regolava le conseguenze della violazione dei propri divieti, ma la giurisprudenza pretoria aveva ritenuto di attuarli concedendo al donante una *exceptio*, da opporre contro chi volesse far valere l'atto di donazione, producendo, così, una sostanziale invalidazione del negozio. Cfr. SANTALUCIA, *Hereditas e bonorum possessio*, in *Diritto privato romano, cit.*, pp. 267 e segg.

rivendica dall'erede del donante. In sostanza, con la morte dell'unico legittimato si arrivava ad una sostanziale paralisi degli effetti del divieto legale e la donazione veniva sostanzialmente fatta salva²⁵.

Nel complesso, il diritto romano classico arrivò ad una sorta di equilibrio, che si mantenne sinché continuò ad essere chiara la distinzione fra i due piani. Da una parte, stava l'ordinamento di *ius civile*, in cui i contratti o non esistevano affatto, o erano pienamente validi ed efficaci. Dall'altra, vi era l'ordinamento di *ius praetorium*, in cui alcuni contratti, validi ed efficaci per lo *ius civile*, potevano essere paralizzati, mentre altri contratti, nulli ed inefficaci *iure civili*, potevano essere recuperati, ove ne ricorressero i presupposti, sempre attraverso il sapiente utilizzo di *denegationes*, *exceptiones* e *restitutiones*.

Col passare dei secoli, però, la chiarezza di tali distinzioni si perse. Lo *ius civile* originario appariva remoto ed incomprensibile, poiché il vincolo rappresentato dalle antiche consuetudini si avvertiva sempre meno. Invece, quello che era stato il nuovo diritto si era, nel frattempo, consolidato, mentre certe istanze di tutela della libertà del consenso erano ormai ampiamente penetrate nella cultura dei romani²⁶. Peraltro, la stessa elaborazione dei giuristi, sotto l'influsso crescente del pensiero greco, si era fatta, col tempo, sempre più raffinata e scientifica²⁷. Si arrivò, così, ai primi tentativi di una ricostruzione del tema delle patologie negoziali che andasse oltre il problema dei rapporti fra i due ordinamenti.

²⁵ Cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 789.

²⁶ Si vedano ampi riferimenti in GIROLAMI, *op. cit.*, p. 71, nt. 63, la quale sottolinea anche l'importanza dell'influsso della filosofia aristotelica su questa evoluzione della mentalità romana.

²⁷ Cfr. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, *cit.*, pp. 39-155.

Ad alcuni giuristi, infatti, venne naturale superare l'omaggio verbale a certe formule antiche ed ammettere che, se certi negozi erano *nulli* già nello *ius civile*, altri erano *quasi nulli*. In altri termini, ci si rendeva conto che anche certi contratti, teoricamente validi ed efficaci, venivano ormai trattati dal diritto pretorio “come se non esistessero”²⁸.

Al tempo stesso, per quanto riguarda più direttamente il nostro tema, si iniziava ad ammettere che per effetto dei meccanismi pretori, potesse realizzarsi una sorta di sopravvenuta irrilevanza dell'originaria invalidità. Il negozio *initio vitiosum*, dunque, non appariva più totalmente insuscettibile di guarigione, ma si poteva parlare di una sua *confirmatio*, termine che possiamo agevolmente intendere proprio come sanatoria della nullità²⁹.

Tutte queste rielaborazioni formarono la base per l'impostazione che la materia avrebbe ricevuto in epoca tardo-antica, quando l'intervento del legislatore imperiale portò alla definitiva scomparsa della storica

²⁸ In questo senso POMPONIO, in *D.*, 45, 1, 25, parla di “*stipulatio quasi nulla*”, GIULIANO, in *D.*, 35, 2, 51, fa riferimento ad un “*legatum quasi inutile*”, e ULPIANO, in *D.*, 4, 3, 7, 8, spiega come “*quasi nulla sit actio quae exceptione repellitur*”. In proposito, si vedano QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, nonché, con riguardo al primo dei giuristi romani citati, E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, Napoli, 2002.

Lo stesso fenomeno è registrato da BRUTTI, *op. cit.*, p. 569, quando riferisce che le fonti romane utilizzano il verbo *rescindere* sia per indicare la scoperta dell'originaria inesistenza di un atto, sia per indicare lo svuotamento degli effetti di un atto valido, conseguito all'esercizio dei poteri processuali del Pretore.

²⁹ Cfr. BETTI, *op. loc. ultt. citt.*

bipartizione fra *ius civile* e *ius honorarium*³⁰. Pertanto, quelle che erano state le conseguenze di una peculiare interrelazione fra due diversi ordinamenti dovettero essere riconfigurate in un contesto, in cui tale dualismo era, al più, un ricordo storico³¹.

Esse iniziarono, quindi, a trasformarsi da tecniche processuali di gestione del menzionato dualismo in categorie sostanziali, collocabili all'interno del medesimo unitario ordinamento giuridico. Si è trattato di uno sviluppo storico durato alcuni secoli, ma che, con ogni probabilità, ebbe inizio proprio col diritto giustiniano³².

Naturalmente, la distanza rispetto all'impostazione originaria non poteva che aumentare nelle rielaborazioni che il diritto romano subì, per essere recepito in società sempre più distanti da quella che lo aveva generato.

Così, nell'interpretazione che di questo offrirono i giuristi medievali, i negozi invalidi potevano essere di due specie: alcuni, *qui non habent sua*

³⁰ Chiaramente, per gli imperatori cristiani non sussisteva più alcuna remora a cancellare le reliquie dell'antico *ius civile*. Al tempo stesso, la scomparsa del processo *per formulas*, con la sua struttura bifasica, sostituito dalla *cognitio extra ordinem*, a struttura monofasica, rendeva superati istituti come la *denegatio actionis* o la stessa *exceptio*, per come l'avevano intesa i romani.

³¹ BRUTTI, *op. cit.*, p. 573, evidenzia come la compilazione giustiniana conservasse le contraddittorie testimonianze delle epoche precedenti, su cui la tradizione romanistica avrebbe poi elaborato svariate gradazioni dell'invalidità contrattuale.

³² SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934, p. 156, affermava che nel diritto giustiniano fosse già nata la moderna bipartizione fra invalidità assoluta ed invalidità relativa.

Oggi si tende, però, a ritenere che l'elaborazione di tali concetti sia stata molto più lenta (cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 65-74).

essentialia, erano affetti da nullità *ipso iure*; altri, *qui habent sua essentialia*, erano suscettibili di dare adito ad un'azione per la *restitutio in integrum*, se produttivi di un danno ingiusto. Per i primi si parlava di *nullitas*, intesa ancora sostanzialmente come inesistenza, mentre i secondi erano qualificati come *annullandi*, *rescindendi* o *irritandi*³³. Infatti, questi ultimi atti non erano considerati invalidi in senso stretto, ma si riconosceva che la riparazione, attraverso la *restitutio*, della lesione patrimoniale, da essi provocata, finiva per privarli completamente di efficacia³⁴, tanto che si poteva parlare di *annullatio per viam restitutionis*.

Si può certamente osservare che gli esiti pratici cui giungeva in tal modo lo *ius commune* non erano molto lontani da quelli del diritto romano classico³⁵, ma il tutto avveniva all'interno di un unico ordinamento, senza più alcun dualismo. Infatti, quelli che erano stati gli effetti dell'interazione fra due ordinamenti ormai scomparsi, venivano ora fatti derivare da caratteristiche sostanziali degli atti in questione, ovvero dalla presenza o meno in essi degli *essentialia negotii*. Ancora una volta, i glossatori e commentatori medievali hanno dimostrato, così,

³³ Si possono vedere specifici riferimenti alla letteratura giuridica dello *ius commune* in LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 165, nt. 120.

³⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *l. 7, D., 4, 3*, parlava di “*contractus validus sine effectu*”.

³⁵ Cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 74-88, per un'analisi delle invalidità contrattuali nel diritto medievale, incentrata sulla considerazione di una sostanziale continuità col modello romano.

la sostanziale creatività della propria elaborazione, solo apparentemente fedele alla compilazione giustiniana, oggetto della loro *interpretatio*³⁶.

Il quadro era, però, complicato dal fatto che anche il mondo medievale conosceva una sua, diversa, pluralità degli ordinamenti giuridici, che vedeva lo *ius commune* affiancato dal diritto canonico e da una miriade di diritti particolari³⁷. In questi ambiti, furono elaborati ulteriori istituti attinenti la materia delle patologie negoziali, ignoti al diritto romano. Così, da antiche usanze germaniche, recepite in seguito dagli Statuti, si

³⁶ Sulla natura creativa di diritto della *interpretatio* nello *ius commune*, cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2004, pp. 162-175.

³⁷ Nel Medio Evo europeo, almeno due ordinamenti avanzavano pretese di universalità: da una parte, lo *ius commune*, cioè il diritto romano, che traeva la propria legittimazione formale dall'autorità del Sacro Romano Imperatore e quella sostanziale dall'elaborazione dei giuristi delle Università; dall'altra, il diritto canonico della Chiesa cattolica, che estendeva la propria influenza a tutti gli ambiti della vita associata. Accanto ad essi, vi erano ordinamenti che regolavano i rapporti fra gli appartenenti a determinate categorie: il diritto feudale, derivante da antiche usanze germaniche, regolava le relazioni personali di fedeltà e di omaggio fra i membri del ceto aristocratico guerresco e, di conseguenza, anche alcuni rapporti agrari, che dipendevano dall'infodamento delle terre; la *lex mercatoria*, invece, elaborata dalla consuetudine dei commercianti, regolava i traffici e gli scambi in tutta l'Europa, con una tendenziale uniformità, che non nasceva da un, allora inesistente, potere politico unificatore, ma dalle stesse esigenze pratiche del commercio. Inoltre, vi erano un'infinità di ordinamenti giuridici particolari, derivanti da consuetudini locali, statuti comunali, ordinanze regie, etc.

Sui rapporti fra questi molteplici ordinamenti, cfr. GROSSI, *op. cit.*, pp. 223-235, che ravvisa nelle caratteristiche di quest'epoca “*il terreno d'elezione per verificare sul piano storico la teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici*”.

sviluppò la *querela nullitatis*³⁸, intesa, dapprima, come mezzo di impugnazione delle sentenze invalide, ed estesa, poi, anche ai negozi, dal diritto canonico³⁹ e da quello comunale⁴⁰. Si diffuse, quindi, l'idea della utilità ed ammissibilità di un'azione volta a far dichiarare la nullità di un atto, anche quando questo fosse già *nullus ipso iure*⁴¹.

³⁸ In origine, in ipotesi di contestazioni sulla validità di una sentenza, gli antichi popoli germanici ricorrevano alla conferma giudiziale, ovvero chiedevano ad un giudice superiore di confermare tale sentenza. In questi casi, la sentenza era già valida, ma si chiedeva al giudice superiore di accertare definitivamente tale qualità della stessa, per imporre il silenzio a chi la contestava.

Specularmente all'istituto della conferma, si sviluppò quella che gli Statuti avrebbero poi denominato *querela nullitatis*, ovvero la possibilità di chiedere che un giudice superiore ribadisse la nullità di una sentenza, già di per sé invalida secondo le norme processuali, per eliminare ogni dubbio. Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, pp. 47-52.

³⁹ Fu il diritto canonico a valorizzare le azioni di nullità del matrimonio, onde evitare che potessero sussistere dubbi sulla validità del sacramento. Infatti, il matrimonio canonico, come i negozi rituali dell'antico *ius civile* dei romani, può essere totalmente inesistente oppure pienamente valido ed efficace, senza che sia concepibile un potere umano di annullamento. Il diritto canonico, però, vuole che l'accertamento della nullità possa avvenire solo in sede giudiziale, per esigenze di certezza e di tutela del *favor matrimonii*. Cfr., *ex multis*, JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, rist. 1993.

⁴⁰ Nelle città mercantili italiane, questo genere di azioni serviva soprattutto per ottenere l'eliminazione fisica del documento recante un contratto nullo: all'origine di tale utilizzo dell'*actio nullitatis* stava probabilmente la consuetudine longobarda della c.d. *fiat taliata*, ovvero l'usanza di fare a pezzi il documento giudizialmente riconosciuto invalido. Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 51, nt. 32.

⁴¹ Appare molto significativo questo brano di Ludovico Romano, riportato da GUARNERI, *op. cit.*, pp. 50-51: "*et sic instrumentum quod de iure est nullum, petitur aut peti potest per iudicem cassari*".

Può essere, infatti, interessante notare come siano stati, probabilmente, i giuristi della scuola dei Commentatori i primi a porsi il problema di una distinzione fra atto nullo ed atto radicalmente inesistente⁴². Ai nostri fini, questo passaggio appare di notevole importanza, in quanto, come si chiarirà meglio nel prosieguo, un ragionamento intorno alla sanatoria degli atti nulli presuppone che sia acquisita la distinzione fra nullità ed inesistenza. Sul punto, beninteso, in epoca medievale, non si ebbe nessuna teorizzazione completa, ma pare possibile ravvisare un nesso fra questa prima differenziazione, intuita dai Commentatori, ed il contemporaneo riconoscimento dell'utilità di un'azione giudiziale anche contro il negozio nullo *ipso iure*.

Col tempo, pertanto, dovette attenuarsi la distinzione fra atti *nulli*, attaccabili con questa *actio nullitatis*, ed atti *annullandi*, attaccabili, come si è visto, con la *annullatio per viam restitutionis*. In particolare, finì per perdersi l'idea che questi ultimi fossero atti validi. Infatti, quando, nei primi secoli della modernità, la filosofia giusnaturalistica pose il dogma della volontà al centro del diritto civile, la *annullatio per viam restitutionis* non apparve più come uno strumento risarcitorio volto a riequilibrare le conseguenze dell'efficacia di un negozio valido, ma

⁴² A quanto pare, il problema si pose, per la prima volta, con riferimento agli atti nulli per contrasto con un divieto normativo: Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi distinsero un piano giuridico civilistico, in cui tali atti erano privati di ogni effetto dalla nullità, ed un piano fattuale, in cui tali atti continuavano naturalmente ad esistere, così da poter essere presi in considerazione dall'ordinamento ai fini dell'irrogazione di sanzioni penali. Cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 83-84, per i riferimenti.

come una reazione diretta a cancellare l'atto stesso, perché viziato nel suo elemento più importante, il consenso delle parti⁴³.

Il punto più avanzato di questa plurisecolare rielaborazione delle invalidità romanistiche si ebbe con la Scuola storica e, poi, con la Pandettistica tedesca del XIX secolo. Gli autori in questione scrivevano in una Europa che aveva già, in buona parte, abbandonato lo *ius commune* per passare alle codificazioni moderne, considerate superiori soprattutto dal punto di vista della certezza del diritto.

I grandi giuristi tedeschi aborrivano tale esito⁴⁴, e la loro elaborazione può essere vista anche come un tentativo di raggiungere quello stesso ideale di certezza, attraverso un'opera di razionalizzazione e logicizzazione dogmatica del *mare magnum* rappresentato dalla tradizione romanistica. Del resto, anche dal punto di vista ideologico, essi aderivano, sostanzialmente, ai medesimi postulati liberisti e volontaristi, elaborati dai filosofi del secolo precedente, ed accolti nelle codificazioni. Questi elementi, infatti, influirono non poco sulla sistemazione che gli studiosi tedeschi dettero alla materia delle invalidità negoziali.

L'opera di risistemazione della materia inizia già con gli autori della Scuola storica. In Savigny le varie fattispecie patologiche romanistiche, cui si è sinora fatto riferimento, sono riunite nella categoria dogmatica

⁴³ Cfr. PAGNI, *op. cit.*, p. 56, testo e nt. 102, con ampi riferimenti alla letteratura filosofica e giuridica dei secoli XVII e XVIII.

⁴⁴ Il riferimento è soprattutto alla dura polemica fra Thibaut, fautore di una codificazione sul modello francese, e Savigny, difensore del diritto giurisprudenziale tedesco. I testi si possono vedere in THIBAUT, SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, traduzione italiana curata da MARINI, Napoli, 1982.

della invalidità (*Ungültigkeit*), al cui interno vengono proposte tre distinzioni, ritenute dall'autore di particolare utilità, per rimediare alla confusione in cui versavano, a suo avviso, gli studi giuridici sulla materia⁴⁵.

In primo luogo, l'invalidità potrà essere completa o incompleta (*vollständig oder unvollständig*), e questa è la contrapposizione che avrà un maggior successo nella successiva elaborazione scientifica. In particolare, l'invalidità completa, o nullità (*Nichtigkeit*), consiste nella pura e semplice negazione di efficacia dell'atto, mentre quella incompleta, o impugnabilità (*Anfechtbarkeit*)⁴⁶, riunisce i diversi modi in cui l'efficacia dell'atto può essere contrastata ed impedita.

Venendo alle altre classificazioni, l'invalidità potrà anche essere certa o incerta (*entschieden oder unentschieden*), nel senso che talune specie di invalidità sono “indecise” perché dipendano da fatti futuri ed incerti, cioè da circostanze fortuite o da decisioni umane. Tutti i casi di *Anfechtbarkeit* sono, quindi, invalidità incerte, in quanto occorre sempre che il soggetto interessato si attivi, ma non è escluso che anche alcuni casi di *Nichtigkeit* possano presentare tale caratteristica. Infine, l'invalidità potrà essere contemporanea o non contemporanea

⁴⁵ SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, pp. 536 e segg., nella traduzione italiana, curata da SCIALOJA, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, IV, Torino, 1889, pp. 611 e segg., da cui sono tratti anche i successivi riferimenti all'opera del Savigny, presenti nel testo.

⁴⁶ SCIALOJA, *op. ult. cit.*, p. 612, precisa, in nota, che il significato di *Anfechtbarkeit* in italiano può essere reso da termini come “*oppugnabilità*” o “*attaccabilità*”, mentre la parola “*annullabilità*”, che, com'è noto, godrà di maggior fortuna nel linguaggio giuridico italiano del secolo successivo, appariva all'illustre traduttore “*troppo ristretta*”.

(*gleichzeitig oder ungleichzeitig*), rispetto all'atto invalidato, ovvero, in altre parole, originaria o sopravvenuta.

Questo genere di impostazione segna il successo definitivo della ricostruzione delle invalidità in termini di inefficacia sostanziale dell'atto, connessa ad un vizio dello stesso. Rispetto alle successive rielaborazioni, però, l'esposta classificazione è potuta sembrare ancora imprecisa, per varie ragioni⁴⁷.

Si può, infatti, osservare come non sia ancora emersa a livello concettuale la distinzione fra invalidità ed inefficacia, per cui sono ricomprese nella prima anche ipotesi che noi qualificheremmo come casi di inefficacia *stricto sensu*. Così, il verificarsi della condizione risolutiva è inserito dall'autore fra le invalidità incerte dipendenti da circostanze future, mentre la cessazione di efficacia del contratto per mutuo dissenso sarebbe il caso principale di invalidità non contemporanea.

Peraltro, la classificazione, proprio perché impostata su tre diversi parametri collocati sullo stesso piano, ma non necessariamente coincidenti, è ancora piuttosto elastica. In essa, infatti, possono trovare posto ipotesi di nullità relativa, cioè di invalidità completa ma incerta, o di nullità sopravvenuta, cioè di invalidità completa ma non contemporanea, che, in seguito, appariranno logicamente inammissibili.

Si è, in tal modo, già anticipato quale sia stata la rielaborazione cui i pandettisti avrebbero sottoposto i concetti del Savigny, in modo da affinarne la coerenza logica. Facendo riferimento, in particolare, all'opera di Windscheid, la collocazione sistematica dell'invalidità viene precisata, qualificando la stessa come *species* all'interno del più ampio

⁴⁷ GIROLAMI, *op. cit.*, p. 141.

genus dell'inefficacia (*Unwirksamkeit*), che ottiene, così, una sua sicura autonomia concettuale⁴⁸. All'interno dell'invalidità, fra le diverse classificazioni proposte, viene valorizzata quella imperniata sulla bipartizione fra *Nichtigkeit* ed *Anfechtbarkeit*, mentre le altre, pur non scomparendo dalle trattazioni dei giuristi, vengono progressivamente marginalizzate. Delle due categorie fondamentali vengono, quindi, precisati i contorni e le caratteristiche.

In particolare, il negozio nullo è considerato come un'entità esistente e non necessariamente priva di rilevanza giuridica. La dottrina di impostazione pandettistica, infatti, è sostanzialmente concorde nel distinguere il negozio nullo da quello inesistente, superando, così, l'identificazione fra i due concetti che era propria del diritto romano⁴⁹.

⁴⁸ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1900, p. 360, nella traduzione italiana, curata da FADDA e BENZA, I, Torino, 1925, p. 264.

⁴⁹ Si può ricordare la posizione di JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten*, Jena 1860, tradotto in italiano da PROCCHI, Napoli, 2005, p. 59, secondo il quale la nullità designa “l'assenza non di tutti ma solo di alcuni effetti”, per cui non si esclude che il contratto nullo possa produrre anche alcune obbligazioni, anche se, certamente, non quella di adempimento. Da parte sua, DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897, pp. 36-37, precisa che una dichiarazione di volontà inidonea alla produzione degli effetti giuridici cui tende non dà luogo ad un “non negozio”, ma, appunto, ad un negozio nullo.

Nella dottrina più recente, si possono vedere, fra gli altri, LARENZ e WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, p. 825. Per ulteriori riferimenti cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 145, nt. 210, e pp. 154-160.

Del resto, l'acquisizione alla cultura giuridica tedesca della distinzione fra nullità e inesistenza deve aver dato un contributo decisivo al successo della nota e discussa teoria dei rapporti contrattuali di fatto, elaborata da HAUPT, *Über faktische*

Sul piano negoziale, però, esso è affetto da una radicale ed originaria inefficacia, per cui diventa logicamente inconcepibile, e, comunque, si considera praticamente inutile, l'ipotesi di un'azione volta ad attaccarlo. Si esclude, quindi, che la prescrizione di siffatta azione possa determinare un qualche effetto di sanatoria sul negozio in questione⁵⁰. Sulla base dei medesimi presupposti, si precisa che la nullità deve essere rilevata *ex officio* dal giudice, ogni volta che emerga dagli *alligata partium*⁵¹, senza bisogno di alcuna iniziativa processuale dei soggetti interessati. Essendo inammissibile, sul piano logico, che la nullità possa dipendere dalla parte interessata, se ne desume che quei casi, precedentemente indicati come nullità relativa (*relative Nichtigkeit*), dovranno ora essere ricondotti alla diversa categoria della *Anfechtbarkeit*⁵².

Quest'ultima, infatti, comprende tutte le ipotesi in cui il vizio non esclude di per sé l'efficacia del negozio, ma legittima uno o più soggetti ad attivarsi per eliminarla. In questi casi, qualora il potere di annullamento (*Anfechtung*) venga meno, per prescrizione o per rinuncia della parte interessata, l'efficacia del negozio si consoliderà in modo definitivo⁵³. Quanto alle modalità di esercizio dell'*Anfechtung*, i pandettisti ammettono sia l'ipotesi di un'azione giudiziale, sia quella di

Vertragverhältnisse, Leipzig, 1941, con riferimento anche al problema del contratto nullo eseguito.

⁵⁰ WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 363, nella traduzione italiana, p. 267.

⁵¹ REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 632.

⁵² REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 635. L'autore è apertamente critico nei confronti di chi, a suo avviso in maniera inopportuna, utilizza la locuzione "nullità relativa".

⁵³ REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 633.

una semplice manifestazione di volontà negoziale, in sede stragiudiziale⁵⁴.

L'impostazione sin qui riassunta ottenne un grande successo presso la dottrina tedesca, sebbene non siano mancate talune voci apertamente critiche. Occorre, infatti, ricordare anche quegli autori rimasti più legati all'approccio storicistico e, quindi, più consapevoli della distanza fra il diritto romano e le costruzioni che su di esso pretendevano di basarsi. In particolare, secondo lo Schlossman, la sistematica fondata sulla bipartizione fra nullità ed annullabilità non trova alcuna rispondenza nelle fonti romane e costituisce un'astrazione priva di valore descrittivo, in quanto pretende di raggruppare, all'interno di tali categorie, fattispecie estremamente diverse fra di loro, laddove sarebbe preferibile un approccio più casistico⁵⁵.

Peraltro, fin da subito, le classificazioni logiche dei pandettisti dovettero fare i conti con una giurisprudenza ed un diritto positivo non sempre suscettibili di essere docilmente ricondotti negli schemi dottrinari. In particolare, la giurisprudenza tedesca dello *ius commune*, formatasi nei secoli del cosiddetto *usus modernus pandectarum*, conosceva, come si è avuto modo di accennare, l'istituto della *querela nullitatis*, cioè

⁵⁴ WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 363, nella traduzione italiana, p. 266.

⁵⁵ SCHLOSSMAN, *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig, 1874, pp. 7 e segg. Su questo autore si vedano le riflessioni di BRUTTI, *op. cit.*, pp. 563-565, il quale evidenzia come la categoria della *Anfechtbarkeit*, contro cui polemizza lo Schlossman, sia nata dal “tentativo di tradurre una serie di soluzioni normative originate da tale dualismo (quello che, come si è visto, caratterizzava l'antica Roma) nei termini concettuali che sono propri di un ordinamento unitario”. Da ciò deriva, appunto, l'inevitabile “alterità” fra il diritto romano e gli schemi sistematici moderni.

un'azione volta ad attaccare il negozio nullo. Sulla base delle nuove teorie, però, come si è visto, una siffatta azione doveva ormai considerarsi inconcepibile, sul piano logico e giuridico. Pertanto, i Tribunali tedeschi, nel corso del XIX secolo, si divisero fra quanti respingevano come inammissibili le azioni di nullità, in ossequio alle ricordate acquisizioni della scienza giuridica, e quanti, invece, considerando l'utilità pratica che siffatte azioni potevano rivestire, continuavano ad ammetterle⁵⁶.

Il conflitto fu risolto solo da un intervento del legislatore imperiale, il quale, unificando la procedura civile nell'ambito del Secondo *Reich*, introdusse anche una norma che sanciva espressamente l'ammissibilità delle azioni di mero accertamento⁵⁷. A questo punto, anche la legittimità dell'azione di nullità non poteva più essere messa in discussione. Dunque, per quanto riguarda questo aspetto di non secondaria importanza, una soluzione "irrazionale", ma consolidata nella prassi, ebbe il sopravvento sulle elaborazioni dei pandettisti.

In linea generale, però, si può dire che la tendenza dominante fu quella opposta. Il prestigio della dottrina, e la rispondenza delle sue costruzioni logiche al bisogno di certezza giuridica, fecero sì che le soluzioni della scienza giuridica si affermassero e fossero recepite, quando anche il legislatore tedesco, fra gli ultimi in Europa, procedette alla codificazione, in senso moderno, del diritto civile.

⁵⁶ Si vedano i riferimenti alla giurisprudenza di varie Corti tedesche attorno alla metà dell'Ottocento in GUARNERI, *op. cit.*, pp. 63-65.

⁵⁷ Il riferimento è al § 231 della *Zivilprozessordnung*, entrata in vigore il 1° gennaio 1879, divenuto, poi, il § 256, nella revisione del 1898.

Per l'esattezza, il *BGB* del 1900 non contiene alcuna definizione generale della *Nichtigkeit* o della *Anfechtbarkeit*, ma accoglie e dà per presupposta tutta la riferita sistemazione, elaborata dai pandettisti. Le norme sull'invalidità, inserite nella parte generale (*Allgemeiner Teil*) del Codice, regolano, invece, in sostanziale coerenza con tali presupposti, vari aspetti della disciplina degli istituti.

In particolare, per ciò che attiene alla nullità, vengono regolate le sue cause (*Nichtigkeitsgrunde*) ed una serie di istituti ispirati al principio di conservazione del contratto⁵⁸. Quanto all'annullabilità, il codificatore ha optato per un esercizio del potere di *Anfechtung* esclusivamente in via stragiudiziale, sotto forma di dichiarazione di volontà negoziale, rivolta dal soggetto legittimato alla controparte⁵⁹. Del resto, il medesimo soggetto interessato, ha, specularmente, anche il potere di rendere inoppugnabile il negozio, mediante una dichiarazione di conferma⁶⁰.

Con riferimento alla nullità, si tende, invece, ad escludere che si possa praticare un'operazione recuperatoria di questo genere. Fra le sue

⁵⁸ Il riferimento è agli istituti della nullità parziale (*Teilnichtigkeit*), di cui al § 139, della conversione (*Umdeutung*), di cui al § 140, e della conferma come rinnovazione (*Bestätigung als erneute Vornahme*), di cui al § 141.

⁵⁹ Questa scelta venne motivata con riferimento alla maggior facilità di applicazione che, in tal modo, l'istituto avrebbe trovato. Si veda, per ampi riferimenti ai precedenti del *BGB* (cioè alla codificazioni prussiana, sassone e bavarese) ed alle motivazioni impiegate dalla I Commissione, GIROLAMI, *op. cit.*, p. 168, nt. 258.

⁶⁰ Il § 144 utilizza lo stesso termine *Bestätigung*, che il § 141 utilizza, invece, per il diverso caso della rinnovazione del contratto nullo.

caratteristiche proprie finisce, dunque, per essere annoverata anche l'insanabilità (*Unheilbarkeit*)⁶¹.

Si è già detto, però, che i tedeschi conoscono la distinzione fra nullità ed inesistenza, per cui tale conclusione non è del tutto incontrastata. I giuristi, infatti, non negano che vi possano essere ipotesi in cui, eccezionalmente, dall'atto nullo derivano conseguenze giuridiche, per cui, utilizzando un'espressione icastica, “*il diritto si piega al nudo fatto*”⁶².

Pertanto, anche i fautori dell'insanabilità, precisano che essa non rappresenta una caratteristica ovvia e necessaria (*selbstverständlich*) del concetto di nullità, quanto piuttosto l'esito di una scelta del diritto positivo, volta alla tutela dei valori di “*Klarheit und Sicherheit*” nei rapporti giuridici⁶³.

Del resto, nonostante le declamazioni appena ricordate, lo stesso *BGB* prevede alcune specifiche ipotesi in cui l'esecuzione degli obblighi contrattuali consente una sanatoria (*Heilung*) della nullità per vizio di forma⁶⁴. Con riguardo ai contratti per cui non sono previsti vincoli

⁶¹ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 191, mette in evidenza come tale idea fosse stata recepita dai redattori del *BGB*.

⁶² Così, MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, p. 91: “*Das Recht beugt sich hier dem blossen Sein*”.

⁶³ FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, II, Berlin, 1985, pp. 550-551.

⁶⁴ Il riferimento è ai §§ 313 (oggi 311b per effetto delle modifiche alla numerazione conseguenti alla *SchuldRechtModernisierung* del 2002), in materia di compravendita immobiliare, 518, in materia di promessa di donazione, e 766, in materia di fideiussione. Si tratta, insomma, di ipotesi speciali, ma non certo marginali. Occorre, comunque, sottolineare che la nullità sanabile in queste ipotesi è solo quella connessa ad una violazione meramente formale.

formali, può, d'altronde, operare un meccanismo recuperatorio sostanzialmente simile, dato che si ritiene ammissibile, in tali casi, che la rinnovazione possa operarsi anche tramite un comportamento concludente esecutivo⁶⁵.

Peraltro, accanto alla nullità vera e propria, i tedeschi conoscono la cd. invalidità sospesa (*schwebende Unwirksamkeit*), ovvero un'ipotesi in cui l'originaria inefficacia può essere sanata dal sopraggiungere di un elemento in origine mancante⁶⁶.

Come si vedrà meglio in seguito, l'impostazione tedesca, per varie ragioni, ha avuto un'importanza fondamentale nella elaborazione di quel sistema italiano delle invalidità, oggi profondamente in crisi, che è nato, però, dalla recezione delle due categorie germaniche fondamentali, più che delle ulteriori distinzioni cui adesso si è appena accennato.

1.1.2 Il diritto francese

Rispetto all'itinerario sin qui descritto, il percorso del diritto francese appare decisamente in controtendenza. Anche in questo caso, però, all'origine del problema delle invalidità contrattuali sta un dualismo fra

Cfr. REINHART, *Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht*, Heidelberg, 1969.

⁶⁵ Cfr. LARENZ e WOLF, *op. cit.*, p. 827.

⁶⁶ LARENZ e WOLF, *op. cit.*, p. 835, fanno riferimento ai casi in cui fosse carente una qualche autorizzazione o approvazione, che fungerà, quindi, da presupposto di efficacia (*Wirksamerfordernis*).

ordinamenti concorrenti, come si è visto per il diritto romano, e come si potrebbe sostenere anche per il diritto anglosassone⁶⁷.

Nella Francia medievale, la contrapposizione era fra i diritti consuetudinari locali (*coutumes*)⁶⁸ e lo *ius commune* di derivazione romanistica. Nel resto dell'Europa continentale, questo genere di conflitti si era risolto con una tendenziale prevalenza del diritto romano, la cui applicazione sussidiaria risultava indispensabile per la regolamentazione della vita sociale. I diritti particolari erano, infatti, ordinamenti abbastanza primitivi e semplici, per cui nessuno di essi sarebbe bastato a se stesso, se non avesse potuto fare rinvio ai diritti universali ed, in particolare, a quello romano⁶⁹.

⁶⁷ In Inghilterra, infatti, l'ordinamento della *equity* considerava invalidi contratti perfettamente validi per quello della *common law*. Si pensi all'annullabilità per *undue influence*, cioè per violenza morale, che fu elaborata dall'*equity* a fianco dell'annullamento per *duress*, cioè per violenza fisica, l'unico in origine conosciuto dalla *common law*. Cfr. ALPA, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, pp. 158 e segg., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁸ Le consuetudini della Francia meridionale derivavano dal diritto romano di epoca tardo-antica, passato attraverso le compilazioni dei primi sovrani barbarici, quali la *Lex romana Wisigothorum* o la *Lex romana Burgundiorum*. Invece, quelle della Francia settentrionale derivavano dal diritto germanico, portatovi dai Franchi e dagli popoli che vi si stabilirono nei primi secoli del Medioevo. Tra le *Coutumes* settentrionali assunse un ruolo centrale quella di Parigi, in forza del ruolo di capitale del Regno ricoperto della città. La conseguenza di tale situazione fu, che, paradossalmente, l'antico diritto germanico lasciò maggiori tracce di sé in Francia che in Germania, dove, con la recezione dello *ius commune*, esso cadde sostanzialmente in oblio.

⁶⁹ Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In primam partem Digesti Veteris commentaria, De iustitia et iure, l. omnes populi [D., I, 1, 9]*, Venezia, 1571, “*omnes populi possunt sibi facere statuta et ubi cessat statutum habet locum ius civile*”.

In Francia, invece, l'esito fu in parte diverso. Infatti, già nel Basso Medioevo, la vita giuridica francese iniziò ad essere caratterizzata da un notevole attivismo della monarchia, volto a difendere il diritto nazionale ed, entro certi limiti, a riorganizzarlo, in senso unitario, attorno alla *Coutume* di Parigi. Naturalmente, tutto ciò era collegato alla situazione politica, caratterizzata, almeno a partire dal XIII secolo, dall'emersione di un processo di accentramento del potere, che, in un certo senso, anticipava sviluppi, che altrove si sarebbero avuti solo molto più tardi.

In tale contesto, i sovrani erano motivati ad occuparsi del diritto civile, cosa per l'epoca assai anomala⁷⁰, dall'ostilità nei confronti del diritto romano, percepito come potenziale strumento della politica del Sacro Romano Impero e, quindi, minaccioso nei confronti della stessa indipendenza del Regno. Beninteso, il diritto francese non aveva un livello di elaborazione tale da consentirgli di sottrarsi completamente all'influsso del diritto romano, come negli stessi secoli era riuscito al *common law* inglese. Ciò non toglie che questo indirizzo politico abbia avuto un significativo impatto sull'assetto del diritto privato, anche per quanto riguarda la materia delle invalidità negoziali.

Si affermò, infatti, una radicale differenziazione fra il trattamento delle ipotesi di invalidità previste dal diritto nazionale e quelle derivanti, invece, dall'applicazione del diritto romano. Le prime constavano di un numero abbastanza limitato di fattispecie, regolate da antiche usanze o da nuove *ordonnances* regie⁷¹. Le seconde, come si è visto,

⁷⁰ Sulla tendenziale assenza del potere politico nella produzione del diritto in epoca medievale cfr. GROSSI, *op. cit.*, pp. 130 e segg.

⁷¹ GIROLAMI, *op. cit.*, p. 92, nt. 113 ricorda le nullità dei contratti usurari, di quelli stipulati da donne sposate, senza l'autorizzazione maritale, e delle vendite di beni

comprendevano, invece, una varietà di ipotesi, oggetto di una ricca elaborazione da parte dello *ius commune*.

Ai nostri fini, può essere molto interessante osservare come, a quanto pare, questa seconda categoria di invalidità fosse molto malvista dai francesi, poiché esse apparivano “straniere” e, soprattutto, pericolose per la stabilità dei rapporti giuridici. Infatti, la loro molteplicità e complessità, rispetto ai semplici schemi del diritto locale, le faceva sembrare gravemente perturbatrici dell’ordine costituito⁷². Pertanto, si diffuse la prassi di inserire nei rogiti notarili delle clausole di *renonciation*, con cui, appunto, si rinunciava “à tous les bènèfices ou exceptions” che potrebbe derivare dall’invocazione di tali invalidità⁷³. Parrebbe trattarsi, quindi, di alcuni dei più antichi atti di convalida elaborati dall’autonomia privata nel corso della storia giuridica.

Dovette, dunque, risultare piuttosto popolare la decisione dei Re di proibire, per i sopra ricordati motivi politici, che i contratti francesi

ecclesiastici, se poste in essere senza ottemperare alle specifiche norme che le regolavano.

⁷² Questo senso di smarrimento e di preoccupazione dell’operatore giuridico nazionale, di fronte alla “invasione” delle nullità provenienti da un ordinamento sovranazionale, potrebbe richiamare alla mente il clima attuale, in cui lo statuto interno delle invalidità contrattuali è stato sconvolto dall’impatto con le nullità del diritto comunitario.

⁷³ Cfr. MEYNIAL, *Des renonciations au Moyen-âge et dans notre Ancien droit*, in *Rev. hist. dr. fr. et étr.*, 1900, pp. 108 e segg.; OURLIAC e DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, 1969, pp. 100 e segg.; CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité: étude historique et comparée des nullités contractuelle*, Paris, 2002, pp. 110-117.

potessero essere invalidati dalle nullità di diritto romano⁷⁴. I negozi affetti da questo genere di vizi dovevano, quindi, considerarsi pienamente efficaci e veniva riservata allo stesso sovrano la possibilità di concedere, in via eccezionale e con un atto eminentemente politico, che le invalidità di *ius commune* potessero operare. In tal modo, si poteva sostenere che il diritto imperiale non avesse vigore, in quanto tale, in Francia, ma che fosse il monarca a poterne permettere l'applicazione nel caso specifico, con un suo atto altamente discrezionale.

Pertanto, chi avesse avuto interesse a liberarsi da un vincolo contrattuale invalido secondo il diritto romano, doveva ottenere dal Re uno speciale provvedimento, la *lettre de rescission*, che consentiva al giudice di applicare il diritto “straniero” nella valutazione della fattispecie concreta⁷⁵. Solo in seguito, il magistrato avrebbe potuto rimuovere l'efficacia, fino ad allora piena ed indiscutibile, del negozio in questione. Peraltro, chi volesse intraprendere questo genere di procedura andava incontro a costi fiscali assai significativi, connessi al rilascio delle *lettres royales de rescission*, e doveva muoversi nel rispetto di termini di prescrizione abbastanza brevi⁷⁶.

⁷⁴ Il principio era espresso dalla nota massima: “*Voies de nullité n'ont pas lieu en France*”.

⁷⁵ Secondo un'impostazione nettamente minoritaria (CUMYN, *op. cit.*, pp. 119-126), le *lettres de rescission* non sarebbero nate dal problematico rapporto fra diritto nazionale e diritto romano, ma si sarebbero sviluppato come strumento di intervento equitativo dei monarchi, in deroga alle regole giuridiche ordinarie.

⁷⁶ La materia venne regolata dalle *ordonnances* di vari sovrani fra il Trecento ed il Cinquecento: si possono ricordare Filippo IV, Carlo VI, Carlo VII, Luigi XII e Francesco I. Non a caso, si tratta dei monarchi che furono più attivi nella lotta per il rafforzamento dello Stato centrale.

Niente di tutto ciò era, invece, necessario qualora si volessero invocare le patologie negoziali di diritto nazionale, che non richiedevano speciali e costose autorizzazioni regie, ma erano azionabili direttamente, peraltro in termini di prescrizione molto più lunghi. Occorre precisare che una così profonda differenza di regime dipendeva esclusivamente dalla provenienza della norma invalidante dall'uno o dall'altro ordinamento, senza avere alcun nesso con le caratteristiche sostanziali delle varie fattispecie⁷⁷.

In questo contesto, si formò la terminologia francese per le invalidità. Di regola, infatti, il termine *nullité* veniva utilizzato per quelle di diritto nazionale, mentre, per quelle di diritto romano, si utilizzavano espressioni come *annullabilité* o *rescission*. Come è evidente, si trattava di espressioni che mettevano in rilievo come, in questi casi, l'efficacia dell'atto venisse a cadere solo in un momento successivo, in seguito all'intervento del monarca. In tal modo, all'interno della *annullabilité* andavano a confluire fattispecie che, per lo *ius commune*, erano state diversissime fra di loro. Diventava, infatti, del tutto indifferente, per il diritto francese, che si fosse trattato, in termini romanistici, di casi di *nullitas ipso iure*, con o senza *querela nullitatis*, oppure di *annullatio per viam restitutionis*⁷⁸.

Nel complesso, la riferita impostazione spiega già, a nostro avviso, perché si sia rivelato, poi, sostanzialmente impossibile, per il diritto francese, pervenire ad una sistemazione tendenzialmente limpida e

⁷⁷ Si pensi, ad esempio, che i contratti del minore, non assistito dal curatore, erano colpiti da un'invalidità di diritto romano, quindi soggetta al sistema delle *lettres de rescission*, mentre quelli della donna sposata, non autorizzata dal marito, erano affetti da una nullità di diritto nazionale, quindi direttamente azionabile.

⁷⁸ Cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 95-96 per i riferimenti.

razionale del tema delle invalidità, come quella che abbiamo, invece, visto affermarsi in Germania. Peraltro, i successivi sviluppi non portarono certo verso un chiarimento dei rapporti fra i diversi istituti.

Col passare del tempo, i contrasti politici, cui si è accennato, si attenuarono sino a scomparire. Infatti, il progressivo rafforzamento della monarchia francese, ed il parallelo declino del Sacro Romano Impero, resero inattuali le preoccupazioni in origine connesse alla diffusione del diritto romano⁷⁹.

Nel frattempo, l'accresciuta complessità della società francese rendeva più accettabile la necessità di servirsi anche di ipotesi di invalidità ulteriori rispetto a quelle conosciute dalle *Coutumes*. Queste ultime, peraltro, avevano finito per recepire taluni istituti originariamente romanistici. Si consideri, inoltre, che alcuni casi di *annullabilité*, come i vizi del consenso, avevano assunto un'importanza centrale nella visione giusnaturalistica e volontaristica del diritto civile, che si affermò, anche in Francia, nel secolo dei Lumi⁸⁰.

Così, la *lettre de rescission* perse il suo originario carattere politico e mantenne solo quello fiscale, aspetto, questo, sempre più importante, viste le difficili condizioni finanziarie del Regno. In sostanza, era diventato naturale che potessero trovare applicazione in Francia anche le invalidità di diritto romano. I relativi processi, però, si dovevano aprire

⁷⁹ Come è noto, i sovrani francesi si riconciliarono col diritto romano grazie all'affermazione della massima "*Le Roi est empereur en son Royaume*", che consentiva loro di avvalersi della scienza giuridica romanistica, senza con ciò implicare una qualche forma di sottomissione nei confronti dell'imperatore germanico.

⁸⁰ Cfr. OURLIAC e DE MALAFOSSE, *op. cit.*, pp. 115 e segg.

con il pagamento di una tassa piuttosto gravosa, per ottenere, dalla cancelleria del Re, la *lettre de rescission*, vista ormai solo come una delle tante imposizioni di una fiscalità sempre più opprimente⁸¹.

Non stupisce, dunque, che la Rivoluzione abbia voluto, quasi subito, eliminare quello che appariva come un balzello, giustificabile solo come residuo storico, ma ormai privo di fondamento razionale. L'abrogazione delle *lettres de rescission* intervenne, infatti, agli inizi del periodo rivoluzionario⁸², mentre per la risistemazione complessiva della materia, come è noto, si dovette attendere l'opera del Bonaparte. Nel periodo rivoluzionario sopravvisse, dunque, una distinzione fra le nullità nazionali e quelle romane, in quanto continuavano ad essere sensibilmente diversi i termini di prescrizione delle relative azioni⁸³.

Con il codice napoleonico, invece, si sancì l'abrogazione di tutti gli ordinamenti giuridici previgenti e si puntò alla riconduzione nella nuova fonte, che si poneva come esclusiva, di tutto il diritto⁸⁴. Pertanto, anche in Francia, si pose il problema della riconfigurazione delle invalidità contrattuali, sino ad allora segnate da un dualismo ordinamentale, nel nuovo contesto di un ordinamento saldamente riunificato.

Peraltro, il *Code Napoleon*, improntato, com'è noto, alla massima valorizzazione dell'autonomia privata, sembrava, in un certo senso, voler osteggiare un istituto, come l'invalidità, che tale autonomia

⁸¹ L'abolizione delle *lettres de rescission* venne domandata già in occasione della riunione degli Stati Generali del 1560 ad Orlèans, ma, naturalmente, i Re non si sono mai voluti privare di una così cospicua fonte di introiti.

⁸² Il riferimento è alla legge del 7 settembre 1790.

⁸³ La prescrizione era decennale per le nullità di diritto romano e trentennale per quelle di diritto nazionale.

⁸⁴ Cfr. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

necessariamente limita. Infatti, ad essa sono dedicate poche e scarse disposizioni, che hanno, in definitiva, accresciuto le difficoltà, incontrate dalla dottrina francese nei suoi tentativi di inquadramento sistematico, piuttosto che aiutarla a risolvere tali problematiche.

In primo luogo, viene in rilievo, come si diceva, il deciso superamento del dualismo che aveva caratterizzato l'epoca precedente. Così, il *Code* utilizza l'espressione "*action en nullité ou en rescission*"⁸⁵ come una sorta di endiadi, volta ad indicare una realtà sostanzialmente unitaria⁸⁶. L'utilizzo di due termini, invece che di uno solo, potrebbe, quindi, apparire solo come un retaggio storico dell'*Ancien Regime*⁸⁷.

D'altra parte, il legislatore francese sembra fare riferimento anche ad ipotesi di atti qualificati come nulli "*de plein droit*", senza, però, specificare quali sarebbero⁸⁸. Pertanto, parte della dottrina ha ricollegato tali ipotesi alla mancanza delle condizioni prescritte per quella che il

⁸⁵ Si considerino l'art. 1117 "*La convention contractée par erreur, violence ou dol ... donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescission*", nonché l'art. 1304 "*Dans tout le cas où l'action en nullité ou en rescission n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans*". Quest'ultimo termine è stato, poi, ridotto a cinque anni dalla legge n. 68-5 del 3 gennaio 1968.

⁸⁶ Cfr. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, Paris, 1859, p. 675: "*ces deux actions se trouvent reunies et confondues en une seule ... l'art. 1117 repete, en donnant cumulativement les deux noms à la meme action, ...*".

⁸⁷ Cfr. PAGNI, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁸ Si allude all'art. 1117, nella parte in cui esclude che i contratti viziati da errore, violenza o dolo siano nulli "*de plein droit*". Si ammette, così, l'esistenza nel sistema di questa ulteriore categoria di nullità, di cui, però, nessuna norma precisa i contorni.

Code ha chiamato “*validité d’une convention*”, in una norma che, peraltro, non ne precisa il rapporto con la “*nullité*” o la “*rescission*”⁸⁹.

Di conseguenza, secondo questa prima impostazione, tutti gli atti carenti di tali condizioni sarebbero colpiti da una “nullità di pieno diritto”, che, per operare, non avrebbe bisogno di alcuna azione giudiziale, essendo qualificabile come una forma di inesistenza⁹⁰. A tali ipotesi andrebbero, invece, contrapposte le altre, qualificabili come casi di mera annullabilità, in cui è la legge stessa a richiedere l’esperienza di un’azione “*en nullité ou en rescission*”.

Si arriva, così, in questi autori, ad una sostanziale bipartizione del campo delle invalidità⁹¹. La differenza rispetto alla sistemazione tedesca emerge, però, se si considera che in Germania, come si è accennato, il contratto nullo è, tendenzialmente, inteso come qualcosa di distinto rispetto a quello inesistente, mentre questo particolare indirizzo finisce per arrivare ad una totale sovrapposizione dei due concetti.

⁸⁹ Il riferimento è all’art. 1108, che indica quattro condizioni di validità: il consenso, la capacità, l’oggetto e la causa. Come si è detto nel testo, il *Code* non chiarisce mai come debba intendersi il rapporto fra questo concetto di validità e quelli di nullità o rescissione, cui fanno riferimento le altre norme citate.

⁹⁰ Pare opportuno precisare che, come ha dimostrato, attraverso un’attenta analisi delle fonti, VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema – I. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano 2004, pp. 44-54, sia i lavori preparatori del *Code*, sia la dottrina e la giurisprudenza francesi del primo Ottocento, conoscevano già l’idea di “*act inexistant*”, e che non è, dunque, esatta la corrente opinione, secondo cui tale concetto sarebbe stato “inventato” dallo Zachariae solo verso la metà del secolo, con specifico riferimento alla materia matrimoniale.

⁹¹ Cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 104, nt. 142, per ampi riferimenti agli autori che hanno seguito questo orientamento.

L'orientamento prevalente tende, invece, a sottovalutare l'importanza di espressioni come “*de plein droit*”, o simili⁹², e riferisce la categoria della inesistenza, indipendente da ogni dichiarazione giudiziale, a pochi casi di scuola. Anche in Francia, si arriva, così, ad un sostanziale superamento dell'antica identificazione fra nullità ed inesistenza⁹³.

La nullità francese appare, dunque, come una categoria unitaria, caratterizzata dalla necessità, in ogni caso, dell'intervento del giudice. Occorrerà, quindi, esperire un'azione volta a provocare tale intervento⁹⁴,

⁹² Cfr. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, rielaborato da AUBRY e RAU, tradotto in italiano da FULVIO, Napoli, 1868, pp. 22 e segg. Secondo gli autori francesi, il fatto che, a volte, la legge conceda un'azione *en nullité*, ed, altre volte, si limiti a dichiarare un atto nullo, aggiungendo o meno espressioni come “di diritto” o “di pieno diritto”, non esprimerebbe alcuna differenza giuridica sostanziale fra le diverse fattispecie.

In particolare, queste locuzioni non esprimono l'idea di una nullità che non è necessario far pronunciare dal giudice, come dimostrano, del resto, alcune norme, le quali comminano nullità di pieno diritto ed, al tempo stesso, indicano l'organo competente per la pronuncia della nullità dell'atto in questione (cfr. art. 41 del decreto 1 marzo 1808; art. 28 della legge 21 marzo 1831; artt. 23 e 24 della legge 5 maggio 1855).

⁹³ Si può ricordare la posizione di SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, pp. 325-329, secondo il quale la nullità presuppone un atto che abbia tutti i suoi elementi materiali, ma al quale la legge rifiuta il riconoscimento giuridico.

Si vedano anche COHENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1914, pp. 33-67, nonché, nella dottrina più recente, CUMYN, *op. cit.*, pp. 31 e segg.

⁹⁴ Questa impostazione si affermò assai precocemente anche nella giurisprudenza francese: PAGNI, *op. cit.*, p. 86, nt. 184, riferisce in proposito di un *leading case* costituito dalla pronuncia della Cassazione del 1° fiorile dell'anno XII sul caso *Menager*. La sentenza statuí che non potesse essere accolta una domanda di

azione che risulterà soggetta ad un determinato termine di prescrizione. Insomma, a prescindere dalla natura delle cause di invalidità, quando si ha un'apparenza di atto valido, dovrà essere sempre il magistrato a rimuoverla⁹⁵.

La distanza di tale impostazione dalle ricordate costruzioni della dottrina tedesca ci sembra notevole. Del resto, essa pare ricollegarsi intimamente ad alcune caratteristiche tipiche dell'esperienza giuridica francese. Infatti, vi si possono ravvisare sia l'influsso dello statalismo transalpino, che richiede comunque l'intervento dell'apparato giudiziario pubblico, sia quello della diffidenza, assai antica, come si è visto, ma accentuatasi nell'epoca della codificazione, verso la possibilità di invalidare troppo facilmente i contratti, mettendo in crisi la certezza dei rapporti giuridici.

cancellazione delle iscrizioni ipotecarie fondate su atto nullo, ove l'attore non avesse anche domandato, espressamente, la nullità del contratto in questione.

⁹⁵ Questi concetti sono tuttora fatti propri dalla dottrina francese assolutamente dominante. Cfr., per tutti, H. e L. MAZEAUD – J. MAZEAUD – CHABAS, *Leçons de droit civil, Paris, I, II, Obligations – théorie générale*, 1998, p. 300: “*La nullité, qu'elle soit absolue ou relative, doit être prononcée par le juge. En effet, sauf cas exceptionnels, qui sont des hypothèses d'école ... , un contrat, bien que nul, a l'apparence d'un contrat valable. D'où la nécessité de faire détruire par le juge cette apparence...*”, nonché p. 317, con riferimento alla prescrizione delle azioni di nullità, necessaria, poiché “*la sécurité du commerce juridique exige le maintien des situations acquises, spécialement le maintien des contrats qui, bien que nuls, ont eu pendant longtemps l'apparence de la validité*”. Pertanto, nel caso dei vizi del consenso si avrà la prescrizione quinquennale, in forza del nuovo disposto dell'art. 1117 del *Code*, mentre per le nullità assolute la prescrizione sarà quella ordinaria trentennale.

In Francia, quindi, all'interno di una categoria delle nullità, che si è visto essere concettualmente unitaria, stanno delle fattispecie fra loro molto eterogenee, in quanto detta categoria finisce per raccogliere ogni specie di invalidità praticamente rilevante. Pertanto, la dottrina si viene a trovare nella necessità di elaborare tutta una serie di classificazioni interne.

Abbiamo, così, nullità di ordine pubblico e di interesse privato, nullità assolute e relative, nullità insanabili e sanabili. Fra questi predicati vengono, poi, stabiliti dei rapporti, non sempre lineari. Così, di regola, le nullità di ordine pubblico saranno assolute ed insanabili, mentre quelle di interesse privato saranno, al contrario, relative e sanabili. Non è affatto escluso, però, che alcune nullità di interesse privato possano essere anch'esse assolute, ed alcune nullità di ordine pubblico, a loro volta, relative⁹⁶.

In ogni caso, non si ravvisa una differenza in termini di efficacia sostanziale fra le nullità delle diverse categorie, in una qualche maniera che si possa paragonare alle elaborazioni pandettistiche. Secondo la dottrina francese, infatti, il grado di efficacia degli atti affetti da nullità relative è identico a quello che si ha con le nullità assolute, a prescindere dalle differenze in punto di legittimazione⁹⁷. Particolarmente

⁹⁶ Cfr. PAGNI, *op. cit.*, pp. 81-82. L'autrice riferisce che i francesi considerano come nullità di interesse privato, ma assoluta, quella del contratto viziato da errore reciproco, invocabile, quindi, da ambedue i contraenti. Sarebbe, invece, un caso di nullità di ordine pubblico, ma relativa, quella di cui all'art. 1597 del *Code*, che vieta determinati acquisti a taluni pubblici ufficiali, i quali non possono, però, invocarne essi stessi la nullità.

⁹⁷ Cfr. PERRIN, *Trattato delle nullità di diritto in materia civile*, tradotto in italiano da FANELLI, Napoli, 1831, p. 60: "Una vendita di beni immobili fatta da una donna

interessante, poi, ci sembra un'osservazione autorevole, per cui nel *Code* non vi sarebbe alcun criterio generale, che assegni una prevalenza alla nullità assoluta o a quella relativa. Pertanto, in assenza di espresse disposizioni di legge, sarà rimessa all'interprete la determinazione di questo carattere della nullità, da stabilire analizzando la *ratio* della singola comminatoria in questione⁹⁸. L'approccio parrebbe, dunque, opposto rispetto a quello astratto e generalizzante dei pandettisti, emergendo, al contrario, una preferenza per la considerazione delle caratteristiche di ciascuna specifica ipotesi di invalidità.

Per quanto ci interessa più direttamente, occorre rimarcare che anche la sanabilità tende a non seguire schemi rigidi⁹⁹. Nella giurisprudenza francese ottocentesca si possono, infatti, rinvenire diversi casi in cui si è ammessa la sanatoria di un contratto, nullo per carenze formali o per contrasto con norme d'ordine pubblico, in considerazione dell'avvenuta

maritata senza l'autorizzazione del marito, benché colpita da nullità solamente relativa, è nulla nella sua radice e si presume che non abbia mai avuto esistenza, al pari di una nullità assoluta".

Del resto, come si è visto *supra*, tanto nelle nullità assolute, quanto in quelle relative, l'intervento del giudice appare, comunque, indispensabile per privare l'atto di una sua presunzione di efficacia.

⁹⁸ Cfr. ZACHARIAE, *op. loc. ultt. citt.*

⁹⁹ La convalida (*confirmation*) è regolata dall'art. 1338 del *Code*.

Come osserva GIROLAMI, *op. cit.*, p. 129, essa non viene, però, intesa dai francesi come sanatoria sostanziale della fattispecie, ma solo come rinuncia all'azione di nullità ed è, quindi, collocata su di un piano strettamente processuale. Si aggiunga che, secondo l'impostazione francese, come si è detto, quasi tutte le nullità si "sanano" comunque, per prescrizione della relativa azione. Nella dottrina d'oltralpe, questi temi sono stati approfonditi da COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, 1972, e DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Paris, 1973.

esecuzione dello stesso¹⁰⁰. In seguito, questo genere di ipotesi risulteranno meno frequenti, ma ciò dipende, come hanno evidenziato gli studi comparatistici¹⁰¹, dall'affermazione definitiva di ulteriori meccanismi, che consentono il recupero degli effetti contrattuali, senza bisogno di ricorrere espressamente alla sanatoria. Infatti, è stato possibile arrivare, nella sostanza, a tale esito, attraverso una forte limitazione delle possibilità di agire per la ripetizione dei pagamenti indebiti¹⁰²,

¹⁰⁰ Cfr. *Cour de Cassation*, 23 novembre 1841, in *D.*, 1842, I, p. 46, e *App. Aix*, 26 marzo 1904, in *D.*, 1904, II, p. 459, per dei casi di nullità formale, che i giudici considerano sanata in forza della consapevole esecuzione data all'accordo. Sempre la volontaria esecuzione del contratto consente di fare salvo un patto successorio nullo per contrarietà all'ordine pubblico, secondo *App. Grenoble*, 25 marzo 1832, in *D.*, 1832, II, p. 205. La medesima logica induce la giurisprudenza di legittimità a ritenere che, dopo il regolamento definitivo dei conti, accettato da entrambe le parti, non si possa più far valere la nullità di determinate operazioni borsistiche proibite dalla legge: cfr. *Cour de Cassation*, 29 luglio 1896, in *D.*, 1897, I, p. 100; *Cour de Cassation*, 7 novembre 1898, in *D.*, 1903, I, p. 233.

¹⁰¹ Il riferimento è a NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Napoli, 1981.

¹⁰² Si afferma, infatti, un orientamento per cui l'azione di ripetizione deve essere respinta, qualora il *solvens* non sia stato in errore al momento del pagamento (cfr. GHESTIN, *L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu*, in *D.*, 1972, *Chron.*, p. 277). Pertanto, la *solutio* posta in essere nella consapevolezza della nullità del contratto finisce per avere un effetto sostanzialmente sanante, anche in considerazione del fatto che i francesi tendono spesso a non distinguere concettualmente l'azione di nullità da quella di ripetizione. Si vedano ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in NEGRI, *op. cit.*, pp. 92-124.

accompagnata da una applicazione estensiva dell'istituto dell'obbligazione naturale¹⁰³.

Con ogni probabilità, la tendenza a largheggiare nella concessione di questi strumenti di recupero è stata necessaria anche per consentire un passaggio non troppo traumatico dalla società dell'*Ancien Regime* a quella postrivoluzionaria, in cui vari istituti giuridici, prima assai diffusi ed ufficializzati, non erano più ammessi¹⁰⁴. D'altra parte, essi non potevano sparire da un giorno all'altro e lasciavano, quindi, tracce significative in contrattazioni private che, in un certa misura, dovevano essere ancora tollerate e, nei limiti del possibile, recuperate. Sembrava, infatti, opportuno evitare di sconvolgere ciò che si fosse consolidato tramite l'esecuzione o si fosse, comunque, rivelato utile a tutte le parti, come attestato da dichiarazioni confirmatorie non sospette¹⁰⁵.

La tendenza alla frammentazione interna della categoria delle nullità si è, infine, rafforzata con la dottrina più moderna. Il riferimento è, soprattutto, all'opera di Japiot, che mirava alla riformulazione della teoria delle nullità, in polemica con le impostazioni della dottrina precedente.

¹⁰³ Si ritiene che un contratto nullo possa, almeno in certi casi, generare un'obbligazione naturale di eseguirlo e che una successiva promessa di adempimento valga a trasformarla in obbligazione civile (cfr. *Cour de Cassation*, 20 aprile 1873, in D., 1873, I, p. 207). Così, non solo viene consentita la *soluti retentio*, ma si finisce per riconoscere a detta promessa un valore di convalida, che rende vincolante il contratto anche *pro futuro*. Per ulteriori riferimenti si rinvia, di nuovo, a NEGRI, *op. cit.*, pp. 240-248.

¹⁰⁴ Si pensi agli accordi familiari contrastanti col divieto dei patti successori, a tutti gli istituti connessi col diritto feudale, alla vendita degli *offices ministériels*.

¹⁰⁵ NEGRI, *op. cit.*, p. 262, parla di “*delicatissima opera di mediazione fra le regole ufficiali della Francia tricolore e le vecchie istituzioni feudali e consuetudinarie dure a morire*”.

L'autore, infatti, sostiene che la nullità non abbia il carattere di un modo di essere organico dell'atto, ma che essa consista piuttosto nella disciplina dell'attribuzione a determinati soggetti di un "*droit de critique*", da esercitare nei confronti delle conseguenze giuridiche di tale atto¹⁰⁶. Pertanto, la categoria generale della nullità assume un valore meramente descrittivo, mentre diventa assolutamente centrale la disciplina del singolo diritto di critica, che si ricaverà dallo scopo di ciascuna norma che tale diritto preveda. Così, ad esempio, anche l'ammissibilità o meno della sanatoria, dipenderà dallo scopo perseguito da ciascuna specifica ipotesi di nullità¹⁰⁷. In questa prospettiva, al tempo stesso unitaria ed "atomistica"¹⁰⁸, finisce per scomparire, così, anche la stessa classificazione fra nullità assolute e relative¹⁰⁹.

¹⁰⁶ JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, 1909, pp. 933-934.

Gli altri due più significativi fautori della teoria moderna delle nullità sono DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités – étude de droit civil*, Paris, 1902, e GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965.

¹⁰⁷ Per JAPIOT, *op. cit.*, p. 749, quindi, la nullità sarà insanabile solo "*pendant la période et dans la mesure où l'exigera le but de la nullité*".

¹⁰⁸ Come osserva VENOSTA, *op. cit.*, p. 57, la teoria moderna "*porta con sé, almeno in potenza, una moltiplicazione delle figure di invalidità, le quali al limite potrebbero essere tante, quante sono le norme la cui violazione rende invalido l'atto*". Infatti, secondo DROGOUL, *op. cit.*, p. 163: le nullità "*ont reçu de la loi des réglementations infiniment nuancées, toujours adaptées étroitement aux circonstances particulières, toujours calculées de manière à leur donner leur maximum d'efficacité*", per cui esse "*ne souffriraient aucun classification*".

¹⁰⁹ JAPIOT, *op. cit.*, p. 6: "*cette théorie nouvelle écarterait toute classification a priori des nullités en catégories rigides; elle se refuserait surtout à partir d'une classification unique et à résoudre en bloc toutes les questions*".

Da quanto esposto, emerge, con una certa nettezza, la contrapposizione fra i modelli di invalidità proposti, alle soglie del XX secolo, dai due maggiori ordinamenti giuridici dell'Europa continentale¹¹⁰. Da una parte, infatti, la Germania ha visto l'affermazione di una netta bipartizione fra due specie di invalidità, le cui discipline si ricavano logicamente dalle caratteristiche, in termini di efficacia, del negozio in questione. Dall'altra, invece, la Francia conosce una nullità tendenzialmente unitaria ma suscettibile di una serie di sottodistinzioni interne, che possono arrivare sino alla considerazione isolata di ciascuna comminatoria, senza che si giunga mai ad elaborare classificazioni generali.

1.1.3 Dal Codice Civile del 1865 a quello del 1942: inesistenza, nullità e annullabilità

I due modelli che si sono sin qui brevemente delineati sono anche, come è noto, quelli che hanno avuto la maggiore influenza sulla sistemazione della materia delle invalidità in Italia fra Ottocento e Novecento. Infatti, la storia della elaborazione italiana sui moderni concetti di inesistenza, nullità ed annullabilità coincide, in buona parte, con la storia delle recezioni, in diversi periodi storici, di questi contrastanti paradigmi.

¹¹⁰ Cfr. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, p. 92, il quale sembra ritenere sostanzialmente assimilabili la bipartizione tedesca fra *Nichtigkeit* ed *Anfechtbarkeit* e quella francese fra *nullité absolue* e *nullité relative*. Ci pare di aver già indicato, nel presente paragrafo, varie ragioni per dubitare fortemente della praticabilità di un tale accostamento.

In un primo momento, l'influenza del modello rappresentato dalla codificazione francese è stata determinante. Il *Code* fu, infatti, direttamente in vigore in quelle ampie parti della penisola, che erano state annesse all'Impero napoleonico, ed anche in quelle su cui il medesimo Napoleone I regnava come Re d'Italia¹¹¹.

In seguito, ad esso si ispirarono ampiamente i Codici degli Stati preunitari e, soprattutto, il primo Codice unitario, che ne riprodusse fedelmente la maggior parte degli articoli, con lievi modificazioni. Di conseguenza, la dottrina italiana fu, naturalmente, indotta a recepire l'impostazione degli esegeti francesi, tradotta ed adeguata al codice italiano.

Al quadro generale appena delineato si adeguano anche gli studi in materia di invalidità del contratto¹¹². Occorre ricordare che il Codice Pisanelli aveva, opportunamente, evitato di riprodurre una norma corrispondente all'art. 1117 del *Code*, foriero, come si è visto, di così tante incertezze nelle elaborazioni francesi. Ciò nondimeno, i primi interpreti italiani si allinearono ugualmente alle elaborazioni dei francesi, ereditando, quindi, anche buona parte di quelle incertezze.

Ritroviamo, dunque, anche qui, la tendenziale contrapposizione, mai ben chiarita nei suoi confini, fra atti inesistenti, per i quali non occorre

¹¹¹ Nel periodo napoleonico, furono annessi direttamente all'Impero francese il Piemonte, la Liguria, Parma, la Toscana, l'Umbria ed il Lazio. La Venezia Giulia e la Dalmazia erano, invece, annesse alle Province Illiriche dell'Impero francese. D'altra parte, la Lombardia, il Trentino, il Veneto, Modena, le Romagne e le Marche formavano il Regno d'Italia. Infine, nelle regioni meridionali il Codice fu introdotto nel 1809, sotto Gioacchino Murat.

¹¹² Il Codice Civile del 1865 regolava le “azioni di nullità o di rescissione” negli artt. da 1300 a 1311.

un intervento giudiziale, ed atti affetti da nullità o annullabilità, che devono, invece, essere sempre pronunciate dal magistrato¹¹³. Ritroviamo, altresì, le varie classificazioni interne e, fra queste, la distinzione fra nullità assolute e nullità relative¹¹⁴.

Si osserva, peraltro, che il Codice non fornisce una disciplina della nullità assoluta, ma solo alcune indicazioni, riferite a casi di nullità relativa, sanabile e prescrivibile¹¹⁵. In un tale contesto, diviene pressoché impossibile per il giurista elaborare, in linea generale, un criterio per stabilire se una singola nullità sia assoluta o relativa. Egli non può, quindi, fare altro che procedere ad una analisi caso per caso¹¹⁶.

Anche con riguardo al nostro tema della sanabilità, la situazione appare, quindi, complessa. Del resto, la norma codicistica che regolava la sanatoria dell'invalidità, non riusciva nemmeno a distinguerla

¹¹³ Cfr. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1886, p. 15; BIANCHI, *Principi generali sulle leggi*, in *Corso di Codice Civile Italiano*, Torino, 1888, p. 527.

¹¹⁴ Cfr. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Firenze, 1914, p. 582.

¹¹⁵ Cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1888, pp. 222 e segg.

Infatti, secondo SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004, p. 521, sotto il Codice del 1865, “*La prescrivibilità, la riserva del potere di impugnazione a favore del legittimato, la sanabilità, erano probabilmente la regola*”.

¹¹⁶ GIORGI, *op. cit.*, p. 241, con riferimento a tale problema, nota icasticamente che “*il giureconsulto si trova costretto a brancolare fra le tenebre. Mancano non soltanto teoriche dottrinali universalmente approvate, ma ben anche osservanze giudiziali, che suppliscano al silenzio della legge*”.

chiaramente dalla ratifica del contratto inefficace per difetto di potere rappresentativo¹¹⁷.

Sembra, comunque, opportuno precisare che, parlando di sanabilità delle nullità sotto il Codice del 1865, non si intende fare riferimento solo a casistiche relative a certe fattispecie, che la successiva elaborazione ricondurrà all'annullabilità o, addirittura, alla semplice inefficacia. Infatti, come si è detto, all'epoca non si erano ancora affermate certe distinzioni, che poi appariranno indiscutibili. Pertanto, la giurisprudenza di legittimità poteva ammettere anche la sanatoria delle nullità derivanti dalla mancanza della forma solenne prescritta dalla legge¹¹⁸.

Dopo gli anni Ottanta del XIX secolo, però, la situazione iniziò a mutare, quando la Pandettistica tedesca cominciò a sostituire l'Egesi

¹¹⁷ Il riferimento è all'art. 1309 del codice del 1865. Allo stesso fenomeno facevano, poi, riferimento anche gli artt. 1310 e 1311.

Fra gli autori che si sono occupati dei problemi relativi a tali fattispecie si possono intanto ricordare, senza alcuna pretesa di completezza: BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898; BRUGI, *Conferma di atto invalido e ratifica di atti eccedenti un mandato*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, pp. 78 e segg.; FINZI, *op. cit.*, pp. 92 e segg.; ENRIETTI, *Appunti sull'art. 1311 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, pp. 338 e segg.

¹¹⁸ Cfr. Cass. Roma, 6 aprile 1893, in *Giur. it.*, 1893, I, 1, p. 414, e Cass. Roma, 25 novembre 1895, in *Foro it.*, 1896, I, 1, p. 121. Le sentenze in questione ritennero che le parti di un contratto, concluso senza l'osservanza della forma prescritta, potessero validamente rinunciare ad eccepire la nullità di tale negozio.

La dottrina successiva sottopose a severa critica tale orientamento: cfr. DEGNI, *Effetti della mancanza totale o parziale dell'atto scritto nella compravendita immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 878 e segg.

francese come punto di riferimento della scienza giuridica italiana¹¹⁹. Tale mutamento può certamente riconnettersi al contemporaneo riavvicinamento politico ed economico dell'Italia alle potenze germaniche¹²⁰, ma rappresentò, altresì, per i giuristi, un modo per iniziare ad emanciparsi dalla soggezione al Codice e per riaffermare il ruolo della dottrina. Come è noto, infatti, la Germania dei pandettisti era una terra di *ius commune*, dove la codificazione moderna, già affermata in Italia, era ancora di là da venire.

Ci sembra che proprio l'evoluzione della materia delle invalidità contrattuali possa dimostrare quanto il recepimento degli schemi pandettistici sia stato funzionale anche a questo tipo di operazione. Infatti, in questo ambito, il Codice, e la dottrina esegetica formatasi su di esso, manifestavano apertamente una notevole mancanza di chiarezza. A ciò si poteva rimediare, appunto, abbandonando la tendenza analitica e frammentaria, propria del modello francese, e ricostruendo la materia attorno ai nuovi dogmi scientifici, di elaborazione tedesca¹²¹. In tal modo, la dottrina giuridica avrebbe dimostrato la sua superiorità, nei confronti di un impreciso legislatore storico, e la sua capacità di

¹¹⁹ Cfr. GROSSI, *La cultura del civilista moderno*, Milano, 2002, p. 15, in cui si parla di una vera “*rivoluzione copernicana*”, che la recezione della Pandettistica avrebbe rappresentato per i giuristi italiani dell'Ottocento.

¹²⁰ Il 20 maggio 1882 fu stipulata la Triplice Alleanza fra Impero germanico, Impero austroungarico e Regno d'Italia. Peraltro, a cavallo fra XIX e XX secolo il capitale tedesco ebbe un ruolo determinante nell'avvio del processo di industrializzazione italiano.

¹²¹ SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 522, sottolineano come la dottrina italiana di quegli anni si mosse in senso inverso rispetto ai coevi giuristi francesi, dediti, come si è visto, all'elaborazione di un'impostazione ancora più “atomistica” delle invalidità.

sostituire, al confuso linguaggio del Codice, dei concetti logici, considerati universalmente validi.

Si giunse, così, ad una rilettura completa delle varie previsioni codicistiche in tema di invalidità, condotta, non di rado, con toni anche polemici¹²². L'esito finale fu una costruzione nuova, sovrapposta a viva forza al testo codicistico¹²³, nella quale tutte le invalidità venivano ricondotte nell'alveo della bipartizione pandettistica fra nullità ed annullabilità.

Si tratta di una costruzione che abbiamo già visto con riguardo alla Germania, ma può esserne opportuno riepilogarne i caratteri, per come emergono dalle opere dei giuristi italiani, che furono protagonisti di questa operazione interpretativa¹²⁴. La nullità, dunque, opera *ipso iure* e rende l'atto radicalmente inefficace *ab origine*, per cui l'intervento del giudice può solo servire solo a dichiararla. L'annullabilità, invece, non impedisce che l'atto goda di una efficacia precaria, sino a che il soggetto legittimato non ottenga una pronunzia di annullamento.

Il sistema viene, così, al tempo stesso, chiarito e drasticamente semplificato, in quanto gli altri aspetti della disciplina delle invalidità

¹²² Cfr. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, p. 330, che dichiarava di voler “sgombrare il tavolo della teoria sull'inefficacia degli atti giuridici da così inutile e talvolta dannoso ingombro, qual è quello della molteplicità di parole inesatte”.

¹²³ VENOSTA, *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 147, parla, a questo proposito, di un contrasto fra “nullità legale” e “nullità scientifica”.

¹²⁴ Cfr. CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904, p. 77; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 313 e segg.; PISTOLESI, *Nullità o rescissione (azione di)*, in *Dig. it.*, Torino, 1905-1910, pp. 535 e segg.; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1928, pp. 293 e segg.

possono essere fatti derivare logicamente da queste caratteristiche primarie, senza bisogno di ricorrere ad ulteriori classificazioni e distinzioni¹²⁵. Tutta la materia in esame viene, dunque, incentrata sulle due fondamentali categorie sopra ricordate.

In particolare, per quanto attiene al recupero dell'atto invalido, si inizia a trattare della nullità in termini che escludano una vera e propria sanatoria. Infatti, la "ratifica" del negozio nullo comincia ora ad essere intesa, secondo una formulazione che avrà un notevole successo, come una "rinnovazione" dello stesso, anche se, eventualmente, munita di effetti retroattivi per volontà delle parti¹²⁶. In tal modo, non ci si trova più di fronte ad un meccanismo davvero sanante, che sarebbe stato difficile da inquadrare secondo i nuovi dogmi, ma soltanto di fronte alla realizzazione di un distinto atto negoziale, di per sé non particolarmente problematica¹²⁷.

Il successo generale della nuova impostazione¹²⁸, ne preparò l'accoglimento nel nuovo Codice Civile del 1942. Quest'ultimo, del

¹²⁵ Sottolinea questo aspetto positivo dell'impostazione bipartita, fra gli altri, PIGA, *Nullità (in genere)*, in *Nov. dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 1144.

¹²⁶ Il riferimento è al concetto di "ratifica – rinnovazione", come elaborato a partire dai contributi di ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, pp. 178 e segg., nonché ID., *Ancora sulla convalescenza dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 301 e segg.

¹²⁷ In proposito ci sembrano molto significative le osservazioni di FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1989, p. 341: "La strada scelta da Rocco non fu certo quella del recupero della disposizione nulla; come fu giustamente notato, la rinnovazione non è un mezzo per sanare la disposizione nulla, ma un nuovo (ed autonomo) negozio".

¹²⁸ Si trattò di un fenomeno non limitato al solo diritto civile, in quanto le nuove categorie si prestavano ad essere utilizzate, ad esempio, anche in ambito

resto, fu elaborato in un'epoca segnata da un'ineludibile influenza germanica¹²⁹ e la sua redazione avvenne sotto un fortissimo influsso del formante dottrinale, ormai intriso delle nuove teorie. La scelta definitiva di adottare anche in sede legislativa la bipartizione pandettistica maturò, così, proprio durante i lavori di preparazione del nuovo Codice¹³⁰.

Infatti, l'adeguamento del diritto positivo italiano a questi dogmi si rivela massimo nel libro IV, dedicato alle obbligazioni, in cui, com'è noto, si inserisce la disciplina generale del fenomeno dell'invalidità contrattuale. Al contrario, con riferimento ai negozi giuridici familiari ed al testamento, regolati in libri redatti precedentemente, si può osservare un utilizzo ancora incerto delle categorie della nullità e dell'annullabilità¹³¹.

amministrativistico. Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 18 dicembre 1940, n. 5, in PASQUINI e SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2000, p. 267, ricondusse al nuovo concetto di "annullabilità" la problematica fattispecie dell'atto amministrativo illegittimo.

¹²⁹ Il 22 maggio 1939 fu stipulato il Patto d'Acciaio fra il Terzo *Reich* ed il Regno d'Italia.

¹³⁰ Il Progetto del 1940, da questo punto di vista, presentava ancora numerose incertezze. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 380, riferisce dell'opera che su di esso intraprese Filippo Vassalli, il quale "con puntigliosa pazienza, rilegge gli articoli del progetto, sottolineando, con la matita blu quelli da cui emerge un riferimento alla nullità (...) e con matita rossa quelli da cui emerge il tema dell'annullabilità", così da arrivare, nel testo definitivo, ad una più esatta bipartizione fra le due categorie.

¹³¹ Lo osservava già, fra gli altri, FEDELE *Della nullità del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 638, con specifico riferimento all'invalidità del negozio

In questi ambiti, non a caso, ritroviamo ancora forme di sanatoria della nullità negoziale¹³². Ai nostri fini, però, assume rilevanza soltanto la materia contrattuale ed, anche in considerazione di questa diversità di impostazione, si tenderà, in linea di massima, ad evitare, nel prosieguo, di fare riferimento alle invalidità di cui ai primi due libri del Codice.

La sostanziale accettazione, da parte del legislatore del libro IV, di una certa impostazione della materia delle invalidità, attribuibile all'influenza del mondo tedesco, non deve, però, far pensare che il nuovo Codice traducesse passivamente il *BGB*, come quello vecchio aveva fatto con il *Code Civil*. Il Codice del 1942, infatti, nasceva preceduto da un'approfondita elaborazione dottrinarica, quanto di più diverso da quella frettolosa importazione, che era stata necessaria al momento della fondazione dello Stato unitario. Per fare un solo esempio, si consideri la profonda diversità fra l'*Anfechtung* stragiudiziale tedesco e l'azione costitutiva, da esercitarsi necessariamente in sede giudiziale, prevista per l'annullamento del contratto nel codice italiano¹³³.

matrimoniale. Lo ribadisce, *ex multis*, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 382, nt. 19, con riguardo a quella del testamento.

¹³² Il riferimento è all'istituto della conferma di cui agli artt. 590 e 799 c.c., su cui si tornerà, da una diversa prospettiva, nel terzo capitolo di questo studio.

Si potrebbe forse fare un riferimento anche alla figura del matrimonio putativo ex art. 128 c.c., con cui si consente al negozio nullo di produrre determinati effetti.

¹³³ PAGNI, *op. cit.*, pp. 172-182, descrive l'evoluzione che portò all'affermazione, nei primi decenni del XX secolo, di una correlazione biunivoca fra annullamento negoziale e costitutività dell'azione. Sia l'annullamento, come si è visto, sia la stessa azione costitutiva, erano entrambi concetti di origine tedesca, ma fu tutta italiana l'operazione che li collegò strettamente fra loro.

In termini critici, SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 535, fanno presente che “l'idea di delegittimare il contraente dotato del potere di annullamento, obbligandolo a

Come è noto, il Codice del 1942 regola la nullità e l'annullabilità in due distinti capi, costruiti in maniera quasi “*speculare*”¹³⁴, con l'attribuzione all'una patologia di caratteristiche opposte a quelle dell'altra. Così, mentre la nullità può essere fatta valere da chiunque, senza limiti di prescrizione, oltre ad essere rilevata dal giudice anche d'ufficio, l'annullamento, invece, potrà essere domandato solo dalla parte indicata dalla legge, nel termine di prescrizione di cinque anni¹³⁵.

Allo stesso modo, per quanto ci interessa più direttamente, la nullità viene qualificata come, di regola, insanabile, mentre l'atto annullabile sarà tendenzialmente suscettibile di convalida¹³⁶. Del resto, la nullità veniva ormai identificata, in dottrina, come una sanzione preposta alla tutela di interessi generali ed indisponibili, contrapposti a quelli, privati e disponibili, protetti dall'annullabilità. Pertanto, una sanatoria della nullità da parte dei privati sarebbe apparsa come una forma di inammissibile aggiramento della *voluntas legis*.¹³⁷

supplicare il giudice per ottenere la propria liberazione, affonda le sue radici in una concezione del diritto statalista e giacobina, cui possiamo rinunciare senza eccessivi rimpianti”.

¹³⁴ Così, DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 55.

¹³⁵ Il riferimento è, naturalmente, agli artt. 1421 e 1422 c.c., per la nullità, ed agli artt. 1441 e 1442 c.c., per l'annullabilità.

¹³⁶ Il riferimento è, per la nullità all'art. 1423 c.c., su cui torneremo ampiamente, e, per l'annullabilità, all'art. 1444 c.c. Il nuovo Codice regola, invece, la ratifica nell'art. 1399 c.c., mostrando, quindi, come fosse ormai acquisita la consapevolezza della sua distinzione dalle ipotesi di sanatoria del contratto invalido.

¹³⁷ Si veda, per tutti, TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temì*, 1955, pp. 191 e segg.

Si è visto, dunque, come la dottrina italiana del primo Novecento sia riuscita a costruire i propri schemi dell'invalidità, sopra un codice ad essi del tutto estraneo, e, poi, a farli sostanzialmente recepire nell'altro codice, che di questo prese il posto¹³⁸. Non stupisce, quindi, che le prime elaborazioni scientifiche sulla nuova codificazione tendessero ad assolutizzare questa impostazione, presentandola come il frutto di una logica universalmente valida. In sostanza, dopo aver polemizzato con il vecchio codice, che non accoglieva lo schema bipartito, si vuole ora eternare tale schema, consacrando le nuove formule codicistiche, che l'hanno accolto, con i crismi di una logica metagiuridica.

In particolare, si teorizzò che la nullità coincidesse con una posizione di irrilevanza e di inqualificazione giuridica, insomma di inesistenza¹³⁹. Da ciò si facevano derivare per necessità logica le caratteristiche della

¹³⁸ Con riferimento alla codificazione del 1942, FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, cit., p. 342, parla di un legislatore che agì “ufficializzando, per così dire, risultati cui era già pervenuta la dottrina”.

¹³⁹ Poco prima dell'entrata in vigore del Codice, questi esiti erano anticipati da autori del livello di FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 36 e segg., secondo il quale la nullità non “designa una qualità giuridica dell'atto, sibbene l'assenza di qualsiasi rilevanza”, o RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 86.

All'indomani dell'entrata in vigore della nuova codificazione, un'impostazione largamente diffusa negava la possibilità di distinguere la nullità dall'inesistenza. Si possono menzionare, senza alcuna pretesa di completezza: FEDELE, *op. cit.*, pp. 637-643; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pp. 433-434; DE VALLES, *Un concetto errato: gli atti giuridicamente inesistenti*, in *Foro it.*, 1953, I, p. 505; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 210; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 62.

Il più significativo affinamento teorico di questa formulazione si può leggere in DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

legittimazione assoluta all'azione, della rilevabilità *ex officio*, della imprescrittibilità e dell'insanabilità, che il Codice attribuiva alla nullità. Infatti, se l'atto nullo è il nulla giuridico, diventa ovvio che non possa essere, ad esempio, oggetto di sanatoria, anzi sarebbe concettualmente inammissibile il contrario¹⁴⁰. In tal modo, quelle norme del Codice, che delineano tali caratteri della nullità, diventano addirittura inutili, in quanto essi non sono che meri corollari della natura ontologica dell'istituto¹⁴¹.

Seguendo questa impostazione, insomma, la distanza fra nullità ed annullabilità diveniva profonda ed incolmabile, come quella fra l'essere e il non essere¹⁴². Uno dei più significativi risultati, che conseguirono all'adozione del nuovo codice fu, così, in definitiva, la confusione fra nullità ed inesistenza¹⁴³.

¹⁴⁰ Secondo DE GIOVANNI, *op. cit.*, pp. 59-66, anche quando viene prevista una sanatoria, gli eventuali effetti non si ricollegano mai all'atto nullo, ma ad una diversa fattispecie denominata "*atto nullo confermato*", ma che, in realtà, non avrebbe niente a che fare con l'atto nullo in quanto tale.

¹⁴¹ FEDELE, *op. loc. ultt. citt.*, parla di norme dettate per "*eccesso*" ed a "*stretto rigore non (...) necessarie, costituendo il loro contenuto una logica ed indiscutibile conseguenza della nozione stessa di nullità*".

¹⁴² Si ricordi che, secondo KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tradotto in italiano da COTTA e TREVES, Milano, 1952, pp. 162-164, la cui influenza sulla cultura giuridica del periodo in esame è stata, come è noto, fortissima, la nullità assoluta "*sta al di fuori del diritto*", all'interno del quale, invece, possono darsi solo norme, fra cui gli atti negoziali, caratterizzate da vari gradi di annullabilità. Per DE GIOVANNI, *op. cit.*, pp. 73-91, il quale pure non condivideva la ricordata formulazione kelseniana, l'atto nullo, in termini logici, sta a quello rilevante come l'errore sta alla verità.

¹⁴³ Questo sviluppo è messo in evidenza da PAGNI, *op. cit.* p. 185.

Questa era, però, già allora, una posizione indifendibile. Un paradigma di questo genere aveva avuto un senso nel diritto romano più antico, per le ragioni che si sono esposte, e che non possono avere più rilevanza in un contesto così diverso. Oggi, invece, per quanto ciò possa apparire a prima vista paradossale, considerando l'approccio logicistico della dottrina che l'ha fatta propria, quella in esame appare come una posizione profondamente illogica.

Nei diritti moderni, infatti, la nullità, comunque configurata¹⁴⁴, rappresenta un giudizio di riprovazione dell'ordinamento statale nei confronti di un certo contratto, cui, per le più varie ragioni, si ritiene di negare riconoscimento ed efficacia. Per poter essere oggetto di tale giudizio, il contratto nullo deve, dunque, esistere, come *mise en relief* già altra parte della dottrina dell'epoca¹⁴⁵.

Pertanto, non gli si può negare almeno un'esistenza come fatto giuridico rilevante, e non è, poi, affatto da escludere che il medesimo contratto

¹⁴⁴ Si è visto *supra* che, sia pure in contesti molto diversi l'uno dall'altro, tanto l'orientamento prevalente in Francia, quanto la dottrina tedesca hanno tenuto tendenzialmente distinte la nullità e l'inesistenza.

Ciò nondimeno, questa modalità di recezione delle categorie tedesche portò, in Italia, all'affermazione di un sistema ancora più dogmatico di quello germanico.

¹⁴⁵ Si possono vedere: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1943, pp. 297-298; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 345 e segg.; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 61 e segg.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1958, pp. 372 e segg.; GIACOBBE, *Convalida (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, X, 1962, pp. 479 e segg.; TONDO, *op. cit.*, pp. 996-997; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, pp. 242 e segg.

invalido possa risultare impegnativo, per un ordinamento diverso da quello che lo giudica negativamente. Così, in una visione più realistica, la distinzione fra nullità ed annullabilità cessa di avere un valore ontologico, ma si ridimensiona a diversità di disciplina positiva, storicamente variabile¹⁴⁶.

Peraltro, è lo stesso Codice del 1942, anche se considerato nel suo testo originario, a manifestare di non avere mai accolto un'idea della nullità come mera inesistenza. Esso, infatti, prende in considerazione, in varie ipotesi, il contratto nullo come elemento di fatto cui attribuire determinati effetti, certamente diversi da quelli che le parti avevano voluto e che lo Stato disconosce¹⁴⁷. Nessuna conseguenza si sarebbe,

¹⁴⁶ Cfr. SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 916-917: “*Quanto agli ulteriori caratteri assoluti e relativi della invalidità, è questione di diritto positivo. L’ordinamento statale non ha formule rigide che escludano gradualità di efficacia o di inefficacia...*” per cui si può constatare “*...l’inopportunità di fissare rigidi schemi concettuali, dal momento che la legge li bandisce, nella disciplina di casi particolari, preferendo un criterio di graduazione*”.

¹⁴⁷ Potranno, così, aversi effetti sanzionatori, come la responsabilità precontrattuale di cui all’art. 1338 c.c., oppure effetti a tutela dei terzi, come quelli conseguenti alla cd. pubblicità sanante, ex art. 2652, n. 6, c.c., oppure ancora effetti fra le parti, corrispondenti a quelli di un diverso contratto, in cui possa essere convertito, ex art. 1424 c.c., quello nullo. Su questo genere di meccanismi si possono vedere, fra gli altri, FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984, specie pp. 169 e segg.; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995; STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997; COSTANZA, *Gli effetti di rapporti giuridici nulli*, in *Diritto Privato*, 1999-2000, pp. 91 e segg.; MARUCCI, *Invalidità e inefficacia dell’atto giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 87 e segg.

Si ricordi, poi, che, nel particolare ambito del diritto societario, gli effetti riconosciuti al contratto di società nullo sono ancora più ampi, in base all’art. 2332 c.c., su cui

invece, potuta logicamente ricollegare a ciò che non esiste affatto. Inoltre, il Codice stesso conosce discipline distinte, variamente applicabili al contratto affetto da nullità, a seconda delle diverse cause della patologia¹⁴⁸. Al contrario, il nulla assoluto non potrebbe che essere sempre uguale a se stesso. Peraltro, le stesse norme, che attribuiscono alla nullità i caratteri della legittimazione assoluta all'azione e dell'insanabilità, si chiudono entrambe con formule di salvezza, che ammettono soluzioni legislative diverse, per casi particolari, non meglio precisati, sui quali si tornerà ampiamente nel prosieguo.

Dunque, è chiaro che gli stessi redattori del Codice non hanno voluto esprimere principi logici indefettibili, che, come tali, non avrebbero potuto tollerare eccezioni¹⁴⁹, ma solo fornire regole di disciplina, indicative di un criterio di prevalenza di una certa soluzione su di

cfr. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975. Peraltro, all'indomani della riforma del 2003, il distacco dell'invalidità societaria da quella civilistica tradizionale appare ulteriormente aumentato: oltre al nuovo testo dell'art. 2332 c.c., si devono, infatti, considerare anche gli artt. 2500 bis, 2504 quater e 2506 ter c.c., con riguardo all'invalidità dei procedimenti di trasformazione, fusione e scissione.

¹⁴⁸ Il riferimento è ai casi di nullità per illiceità, che viene trattata in maniera diversa rispetto alla nullità per semplice illegalità, dagli artt. 1972 e 2126 c.c. Se, poi, il contratto appartiene a quella specifica categoria dell'illiceità che è l'immoralità troverà applicazione anche la peculiare previsione di cui all'art. 2035 c.c.

Cfr., *ex multis*, PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 90 e segg.; BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, III, II, Milano, 2009, pp. 982 e segg.

¹⁴⁹ L'esistenza di un'eccezione smentirebbe, infatti, l'esistenza stessa del principio logico come tale. Cfr. DE GIOVANNI, *op. cit.*, pp. 41-42: “*se infatti la mancanza di conseguenze giuridiche offre l'unità del concetto, l'eccezione alla mancanza turba l'unità del concetto, o meglio la dissolve*”, per cui non si può accettare una posizione che “*distinguendo regola ed eccezione, dissolve con l'eccezione anche la regola*”.

un'altra¹⁵⁰. Del resto, il fatto stesso che l'impostazione, sopra riferita, portasse a considerare inutili queste norme, avrebbe dovuto mettere in guardia dall'abbracciare incondizionatamente siffatta interpretazione.

I sostenitori della tesi qui criticata, e, più, in generale, i fautori di una rigida bipartizione fra nullità ed annullabilità, hanno, quindi, sempre manifestato la tendenza a sminuire la portata di queste aperture, comunque presenti nel diritto positivo. Naturalmente, non era possibile negare la loro presenza nel testo codicistico, ma il problema era quello di stabilire se fossero formule vuote oppure avessero anche un contenuto sostanziale.

Il dibattito si manifestò, fin da subito, con particolare riguardo alla nullità relativa, cioè ad una nullità che derogasse il principio di cui all'art. 1421, inverando, quindi, la clausola di salvezza prevista dallo stesso. In tal modo, peraltro, si lambiva anche la questione della sanabilità, in considerazione del nesso tendenziale fra questa e la relatività, che già i francesi, come si è visto, avevano ravvisato. Del resto, il significato che, nella terminologia dell'epoca, doveva avere l'espressione nullità relativa era piuttosto incerto¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. GIACOBBE, *op. loc. ultt. citt.*; TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, pp. 530-531; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 248-250.

¹⁵¹ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 83, riferisce che, nella dottrina tradizionale, il sintagma "nullità relativa" poteva essere riferito alla cerchia dei soggetti nei cui confronti la nullità operava oppure di quelli che erano legittimati ad agire perché fosse dichiarata, oppure per indicare ipotesi di sanabilità o di nullità "indecisa". Insomma, era un'espressione poco chiara, utilizzata per ogni ipotesi di nullità che si distaccasse dai canoni codicistici. Oggi, invece,

In dottrina si confrontavano, così, posizioni, che, in omaggio allo schema bipartito, negavano *in radice* che la nullità relativa potesse esistere¹⁵², ed altre, non meno autorevoli, che, invece, manifestavano maggiore apertura e non ravvisavano ostacoli di principio alla configurabilità di tali fattispecie¹⁵³. Peraltro, la questione non era solo teorica, in quanto erano sopravvissute, all'entrata in vigore del libro IV, alcune previsioni legislative di nullità relativa, la cui esistenza non poteva essere totalmente ignorata.

Si trattava, infatti, di norme che erano state redatte prima del 1942, prescindendo, quindi, dagli schemi che sarebbero stati, poi, accolti nella nuova codificazione. In esse si ritrova, dunque, quella relativa confusione che aveva caratterizzato il sistema di cui al tanto criticato codice del 1865. Pur essendo norme settoriali, non si deve, comunque, ritenere che esse regolassero sempre ipotesi prive di ogni importanza. Non è da escludere, dunque, che i redattori del Codice, nel predisporre le ricordate clausole di salvezza, intendessero fare riferimento proprio a queste norme.

In particolare si possono ricordare la nullità, azionabile solo dallo Stato, dei contratti stipulati in violazione delle norme in tema di beni

come precisa l'autore, si tende a riferire il concetto solo all'ambito della legittimazione limitata.

¹⁵² Cfr., *ex multis*, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 346; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 247; CARRESI, *Il contratto*, II, Milano, 1987, pp. 627-632.

¹⁵³ Cfr. BETTI, *op. cit.*, pp. 471 e segg.: “*Orbene non sappiamo perché la nullità non possa essere relativa. Incompatibilità logica tra i due concetti non c'è: la relatività delle qualifiche e situazioni giuridiche è un fenomeno che si può considerare acquisito*”. Cfr. anche SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 918.

culturali¹⁵⁴ oppure un'ipotesi di nullità dei contratti di edizione, azionabile solo dall'autore, a tutela di un suo specifico interesse¹⁵⁵. Specialmente nel secondo caso, parrebbe di poter ravvisare una vera e propria nullità di protezione *ante litteram*.

Peraltro, erano, in questo senso, precodicistiche anche talune nullità contrattuali previste dai primi libri dello stesso Codice Civile, redatti prima che, con il libro IV, divenisse definitiva l'adozione dell'impostazione bipartita¹⁵⁶. Si spiegava, così, la permanenza della

¹⁵⁴ Il riferimento è all'art. 61 della legge 1 giugno 1939, n. 1089.

Può essere interessante osservare come, in passato, la giurisprudenza abbia tentato di rimuovere l'anomalia rappresentata da una norma del genere, inquadrandola come un'ipotesi di inopponibilità (cfr. Cass., 17 giugno 1967, n. 1429, in *Foro it.*, 1967, I, p. 2381), mentre nelle pronunzie più recenti non si hanno più remore a parlare di nullità relativa (cfr. Cass., 10 marzo 2009, n. 5773, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3 p. 424), categoria ormai ampiamente accettata.

¹⁵⁵ Il riferimento è all'art. 122, comma 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633, che dispone, sotto pena di nullità, che il contratto di edizione a termine debba indicare il numero minimo di esemplari da stampare.

In effetti, non si ha un'espressa indicazione di relatività della legittimazione, ma la giurisprudenza ha sempre avuto la tendenza a considerare legittimato solo l'autore, essendo la comminatoria disposta nel suo esclusivo interesse (cfr. Trib. Firenze, 5 maggio 1960, *Giur. it.*, 1960, I, p. 855). Si tratta di un'operazione interpretativa che può, in effetti, stupire, considerando gli anni a cui risale, dato che, come si vedrà fra breve, è tutt'oggi discusso se la relatività possa essere estesa ad ipotesi ove non è espressamente prevista, in base alla *ratio* della comminatoria.

¹⁵⁶ Totalmente estranee a tale impostazione appaiono anche le nullità degli atti processuali, disciplinate dal Codice di Procedura Civile del 1940. Cfr. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955; ORIANI, *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

tradizionale nullità relativa per le alienazioni dei beni dotali¹⁵⁷ e per le donazioni ai figli non riconoscibili¹⁵⁸.

Comunque, almeno in una prima fase, non dovette essere difficile relegare queste poche ipotesi nell'ambito della marginalità e dell'eccezionalità. Ci si poteva insomma, disinteressare di siffatti relitti della superata confusione giuridica, tipica del mondo del Codice previgente, avviati, ormai, verso un'inevitabile abrogazione, che avrebbe completato il riordinamento della materia. Del resto, alcune di queste norme furono effettivamente abolite da interventi riformatori¹⁵⁹, per cui una simile percezione non era necessariamente da considerare erronea o frutto di pregiudizi.

Tale impostazione, però, non sarebbe stata più sostenibile, una volta che il quadro fosse stato radicalmente modificato dall'introduzione di tutta una serie di nuove nullità anomale. A quel punto, un istituto, come la

¹⁵⁷ Il riferimento è all'art. 190 c.c., nella sua formulazione originaria, in base al quale *“Il marito può durante il matrimonio far dichiarare nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote che non sia stata permessa nell'atto di costituzione o autorizzata dal Tribunale. Uguale diritto spetta alla moglie anche dopo sciolto il matrimonio”*. Cfr. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967.

¹⁵⁸ Il riferimento è all'art. 780 c.c., il quale, nella sua formulazione originaria, sanciva la nullità della donazione fatta dal genitore al figlio non riconoscibile, ma limitava la legittimazione attiva al donante, ai suoi discendenti ed al coniuge.

¹⁵⁹ La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha abolito l'istituto della dote, con la connessa ipotesi di nullità relativa, ed ha drasticamente modificato anche la posizione dei figli non riconoscibili, abolendo la nullità delle donazioni in loro favore. Il fatto che le nullità relative scomparissero, assieme ad istituti effettivamente antiquati, dovette sembrare la conferma che anch'esse appartenevano ad un'epoca ormai superata.

nullità relativa, sino ad allora apparso come un residuo storico, sarebbe improvvisamente diventato modernissimo.

1.1.4 Le nuove nullità “europee”

Fu soprattutto a partire dagli anni Sessanta del XX secolo che, nella dottrina europea, iniziarono a diffondersi alcune impostazioni del tema della nullità decisamente innovative, se confrontate con quelle analizzate sino ad ora.

Un ruolo notevole nel sollecitare questi sviluppi lo ebbe la progressiva affermazione dell'intervento statale nell'economia, fondato sulle teorie keynesiane, che si concretizzava in politiche dirigiste, tendenti alla limitazione dell'autonomia privata ed alla tutela di determinate categorie sociali. Tutto ciò stimolò la dottrina francese a rielaborare la nozione di ordine pubblico, tradizionalmente inteso, sin dal periodo napoleonico, come uno dei limiti alla libertà contrattuale. Si teorizzò, così, l'esistenza di un nuovo e ben più penetrante ordine pubblico, qualificato come “economico”, e volto a superare taluni aspetti della disciplina comune dei contratti¹⁶⁰.

All'interno di tale nuova categoria, si individuano un ordine pubblico economico di direzione, teso alla regolamentazione dell'attività degli

¹⁶⁰ L'espressione in discorso compare già in RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Geny*, II, Paris, 1934, p. 347, e viene, poi, rielaborata ed approfondita da FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

Sull'importanza che l'opera di Farjat ha avuto per i successivi sviluppi in tema di invalidità contrattuale, cfr. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004.

operatori pubblici e privati sul mercato, ed un ordine pubblico economico di protezione, consistente, invece, nella tutela degli interessi particolari di alcuni soggetti, considerati più deboli. Si tratta, infatti, di quei contraenti che si trovano in una situazione di strutturale squilibrio nei confronti della controparte, per cui la politica dirigistica ritiene necessario intervenire per un riequilibrio delle posizioni, dettando regole volte a conformare i rapporti contrattuali¹⁶¹.

Le conseguenze della violazione dei principi appartenenti a ciascuna delle due sottocategorie devono essere differenti. Così, la sanzione dell'ordine di direzione viene individuata nella nullità assoluta, mentre quella dell'ordine di protezione viene ravvisata nella nullità relativa. La legittimazione ad agire, infatti, andrà riservata al solo contraente protetto. In alcuni casi particolari, riferiti al cd. ordine di protezione collettiva, diviene, poi, possibile ipotizzare una legittimazione estesa a tutti i soggetti, tranne colui contro il quale è data la protezione¹⁶².

Inoltre, si propone di abbandonare la regola tradizionale per cui la nullità può estendersi da una singola clausola all'intero contratto. Al contrario, la finalità protettiva impone che si tenda, piuttosto, al mantenimento del rapporto contrattuale, una volta depurato dalla clausola invalida (*nullità partielle impérative*). Diversamente opinando, il rimedio potrebbe essere peggiore del male, per il soggetto protetto. Se, infatti, è considerato inammissibile che egli sia costretto ad accettare

¹⁶¹ FARJAT, *op. cit.*, pp. 39-75, fa riferimento soprattutto ai lavoratori subordinati, ai conduttori di immobili urbani ed agli affittuari.

¹⁶² Cfr. FARJAT, *op. cit.*, pp. 318-377.

contenuti contrattuali imposti dalla controparte, ancora peggiore sarebbe privarlo completamente dell'accesso a quel rapporto contrattuale¹⁶³.

Anche per quanto riguarda il nostro tema della sanabilità, questo diverso approccio ha delle rilevanti conseguenze. Infatti, si rifiuta l'ipotesi che l'impossibilità di recupero derivi come conseguenza immancabile da presupposti fondamentali, che, del resto, sono stati ormai messi in discussione. Al contrario, anche una vera e propria sanatoria potrà essere concepibile, qualora ciò risulti necessario al perseguimento delle finalità di protezione¹⁶⁴.

Non è un caso che tale elaborazione sia stata portata avanti proprio dalla dottrina francese. Si è visto, infatti, come la Francia sia rimasta tendenzialmente aliena alla costruzione di schemi troppo rigidi, manifestando, invece, una spiccata propensione alla considerazione delle singole *rationes* di tutela delle diverse comminatorie di invalidità. Pertanto, non deve essere sembrato particolarmente problematico, per i francesi, adattare lo statuto delle nullità alle esigenze di protezione che, le nuove politiche portavano a far emergere¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. GHESTIN, *Le contrat*, Paris, 1980, p. 646: “*il est plus important d'éviter que la nullité puisse se retourner contre ceux qu'elle tentait à protéger, que d'assurer l'inefficacité de l'acte*”.

¹⁶⁴ Cfr. FARJAT, *op. cit.*, pp. 713 e segg., che evidenzia come la sanabilità diventi ammissibile, una volta “*rejeté la conception de l'inexistence et admise une notion plus souple de l'ordre public*”.

¹⁶⁵ MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979)*, a cura di Vassalli, Milano, 1981, p. 318, nt. 146, sottolinea come l'opera di Farjat sia stata agevolata dalla peculiare indeterminatezza delle categorie dell'invalidità nel diritto francese.

Negli stessi anni, però, anche in Germania, si affacciano tendenze dottrinali, che mettono in crisi le tradizionali schematizzazioni e si prestano a rendere l'invalidità più adattabile agli scopi dell'ordinamento. In particolare, sulla scorta di un orientamento abbastanza consolidato che, come si è accennato, concepiva il negozio nullo come ben distinto da quello inesistente, venne elaborata una teoria che prende le distanze dalla tradizionale bipartizione fra la *Nichtigkeit* e la *Anfechtbarkeit*.

Si è proposta¹⁶⁶, infatti, una ricostruzione in cui è ammissibile che il negozio nullo, in quanto esistente, possa produrre delle conseguenze giuridiche e diventa, così, necessario riclassificare le nullità in base alla loro intensità (*Intensitat*). In tal modo, non si hanno più due figure nettamente contrapposte, ma una serie di graduazioni della nullità (*Stufen der Nichtigkeit*), che vanno dall'ipotesi, estrema, in cui l'atto nullo produce gli stessi effetti di quello valido, all'ipotesi, altrettanto estrema, in cui l'atto nullo non produce nessuna conseguenza giuridica. Ad ogni graduazione corrisponde, così, un certo livello di capacità del negozio nullo di produrre effetti.

Come si vede, anche in tal caso, l'esito è una moltiplicazione delle figure della nullità, suscettibili di essere utilizzate per una varietà di diversi scopi pratici. Sebbene l'impostazione sia qui più tecnica, e meno politica, se confrontata con la coeva dottrina francese sopra ricordata, sembra di poter concludere che questo genere di sviluppi andavano di pari passo verso la costruzione di un nuovo tipo di nullità. Del resto, quello tedesco è stato il primo ordinamento europeo ad elaborare un meccanismo di controllo sulle clausole abusive, che avrebbe poi

¹⁶⁶ Il riferimento è all'opera di PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Gottingen, 1966.

notevolmente influenzato i successivi sviluppi del diritto europeo in materia di invalidità contrattuali¹⁶⁷.

Negli anni immediatamente successivi, l'influenza, diretta o indiretta, di tali costruzioni si fece sentire anche nel nostro ordinamento. Lo stesso legislatore italiano, infatti, talvolta, iniziava a servirsi di nullità anomale rispetto agli schemi codicistici, in determinate normative settoriali caratterizzate anche da finalità di protezione¹⁶⁸.

In dottrina, nel frattempo, la tesi dell'ordine pubblico economico suscitava differenti reazioni, che vanno da una ferma critica¹⁶⁹ ad un'accoglienza favorevole, interessata alla possibili implicazioni della stessa. Così, anche alcuni autori italiani si ponevano il problema di limitare le conseguenze dell'applicazione della tradizionale nullità parziale ex art. 1419, comma 1, c.c., quando ci si trovi di fronte ad

¹⁶⁷ Si trattò, in un primo tempo di una costruzione giurisprudenziale, fondata sul § 242 del *BGB*, ed, in seguito di un apparato normativo, predisposto dalla nota *AGB-Gesetz* del 9 dicembre 1976, il cui contenuto è stato, poi, recepito dallo stesso *BGB*, con la *Schuldrechtsreform* del 2002. Cfr. FERRANTE e KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 2, pp. 695 e segg., per un'interessante riflessione sulla profonda influenza che i risultati raggiunti dalla Germania hanno avuto sulle successive iniziative della Comunità Europea.

¹⁶⁸ Si può ricordare, in materia agraria, l'art. 21 della legge 3 maggio 1982, che prevede la nullità relativa dei contratti di subaffitto, sublocazione e subconcessione di fondi rustici, che non può essere fatta valere dal soggetto subaffittante, sublocatore o subconcedente.

¹⁶⁹ FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 464 e segg.

invalidità protettive, nel contesto di contratti squilibrati¹⁷⁰. Altri, invece, arrivarono a proporre, già allora, un impiego della nozione di ordine pubblico economico, che consentisse di considerare causa di nullità anche la deroga sistematica al diritto dispositivo¹⁷¹.

L'affermazione del nuovo modello di nullità si è avuta, però, solo successivamente, in forza dell'utilizzo che di esso è stato fatto dal legislatore comunitario. In origine, il liberismo europeo¹⁷² si collocava agli antipodi rispetto al dirigismo statale al quale erano improntate quelle teorie degli anni Sessanta, cui abbiamo fatto cenno. Ciò nondimeno, per aprire i mercati, la Comunità Europea ha utilizzato anche gli strumenti dell'ordine pubblico di protezione. Infatti, proprio la difesa della libera

¹⁷⁰ Si vedano, in particolare, ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, pp. 719-722; DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, pp. 480 e segg.; ed anche FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 11 e segg., quest'ultimo, però, su posizioni in parte diverse, ed anzi polemiche nei confronti del De Nova.

Cfr. anche NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 913, il quale fa riferimento a norme “che hanno sì efficacia imperativa, ma hanno la funzione di proteggere un altro interesse individuale (si pensi ... alle norme che si preoccupano di proteggere il contraente più debole di fronte a quello potenzialmente più forte)”.

¹⁷¹ Il riferimento è a P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, pp. 109-127.

¹⁷² L'integrazione europea nasce e si sviluppa a partire da una politica volta a creare un'area di libero scambio, cioè il mercato comune: di conseguenza, le politiche comunitarie sono, per così dire, geneticamente portatrici di una tendenza liberista, più o meno accentuata.

concorrenza si attua anche, e soprattutto, con la difesa della posizione dei consumatori, degli utenti di servizi e delle imprese con minor potere di mercato.

Pertanto, il diritto europeo è intervenuto anche sulle regole in materia di patologia contrattuale, piegandole al perseguimento delle finalità in questione, senza, peraltro, dare alcuna rilevanza a problemi concettualistici, tipici di taluni ordinamenti nazionali. Del resto, la legislazione comunitaria non può che prescindere da questioni dogmatiche interne, se vuole realizzare i suoi obiettivi di armonizzazione¹⁷³.

L'affermazione del diritto europeo ha, quindi, comportato l'introduzione di varie ipotesi di invalidità, finalizzate alla protezione di categorie considerate deboli, attraverso una serie di interventi, che sono risultati dirompenti rispetto alle logiche tradizionali del nostro ordinamento. Ancora una volta, dunque, l'evoluzione storica delle nullità si è venuta a collegare con un dualismo fra ordinamenti concorrenti: in questo caso quello comunitario e quelli interni.

¹⁷³ A tal proposito, GENTILI, *op. cit.*, p. 79 osserva icasticamente che “*la legislazione comunitaria non ha concetti. Ha politiche*”. Pertanto, come segnala DI MAJO, *op. cit.*, p. 133: “*non interessa, almeno direttamente, al legislatore comunitario, che atti e comportamenti siano invalidati, ma che essi in fact non avvengano*”. Sembra, quindi, condivisibile l'osservazione di MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di Alessi, Milano, 2005, p. 321, che descrive quello europeo come “*un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare*”.

Sembra opportuno chiarire subito che le invalidità comunitarie non sono state introdotte *unico actu*, né per effetto di un programma organico di conformazione dei diritti nazionali, ma in seguito alla attuazione di direttive diverse, che si sono servite di differenti strumenti tecnici, per raggiungere i loro scopi di regolazione del mercato¹⁷⁴.

In alcune direttive il riferimento all'invalidità è stato relativamente più chiaro¹⁷⁵. In esse, infatti, si imponeva ai legislatori nazionali di far sì che determinate clausole contrattuali fossero considerate non vincolanti¹⁷⁶, ma si indicavano i caratteri di questa “non vincolatività” in termini difficilmente conciliabili con il modello tradizionale delle patologie negoziali. Si prevede, infatti, espressamente che la “non vincolatività” valga solo per una parte del contratto, il consumatore, e se ne riferisce l'effetto alla sola clausola vietata, invece che all'intero contratto¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Sulla variegata diversificazione delle direttive comunitarie in questione, cfr. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali “di protezione” nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, pp. 179 e segg., da cui traiamo anche la classificazione delle direttive comunitarie, che si va ad esporre.

¹⁷⁵ Si tratta delle direttive forse più note: la 93/13 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori e la 99/44 sulla vendita dei beni di consumo.

¹⁷⁶ Gli artt. 6, § 1, della direttiva 93/13, e 7, § 1, della direttiva 99/44, fanno riferimento a clausole che “non vincolano il consumatore” (*ne lient pas le consommateurs; shall be not binding on the consumer; sind fur den Verbraucher unverbindlich; no vincularàn el consumidor*).

¹⁷⁷ La direttiva 93/13, in verità, precisa che la conservazione del resto del contratto avrà luogo solo quando esso “può sussistere anche senza la clausola abusiva”. Anche se questa previsione non è stata ribadita nella normativa di recepimento, è chiaro che un contratto che, in seguito alla declaratoria di abusività di certe sue clausole, si trovi privo, ad esempio, dell'oggetto, non potrà comunque essere

Come si vede, si tratta delle caratteristiche delle nullità per violazione dell'ordine pubblico economico, individuate, a suo tempo, dalla dottrina francese. Naturalmente, però, in questi come in altri casi, il legislatore europeo si è limitato a dare indicazioni di massima, bisognose di essere svolte e precisate dai legislatori interni, in sede di attuazione delle direttive.

Le soluzioni offerte dai vari legislatori nazionali sono state assai variegate. In alcuni casi è stato possibile mantenere la formulazione comunitaria in termini di generica “non vincolatività”¹⁷⁸, ma, nella maggior parte degli Stati, si è optato per un adeguamento della stessa alle categorie giuridiche interne. Così, la scelta è caduta spesso sulla nullità¹⁷⁹, ma, altre volte, si è, invece, preferito far ricorso

conservato: cfr. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 434 e segg.

Di recente, CGUE, 15 marzo, 2012, sulla causa C-453/10, caso *Perenicova*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 1129, ha precisato che la direttiva comunitaria non osta a che il diritto di uno Stato membro preveda che “*un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore*”.

¹⁷⁸ In Gran Bretagna, la *Section 8* dell'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* del 22 luglio 1999 prevede che le clausole abusive “*shall not be binding on the consumer*”. Soluzioni simili sono state adottate anche in Irlanda ed in Polonia.

¹⁷⁹ In Belgio, la nullità è comminata dall'art. 75 della *Loi relative aux pratiques du marchè et à la protection du consommateur* del 6 aprile 2010. Riferimenti alla medesima sanzione compaiono anche nelle legislazioni portoghese, spagnola, austriaca, slovena e lussemburghese, oltre che in quella italiana.

all'inefficacia¹⁸⁰ o all'annullabilità¹⁸¹, oppure ad ulteriori formule normative più peculiari¹⁸².

In Italia, com'è noto, in un primo tempo, si era respinta l'idea di poter ricondurre tali fattispecie alla nullità, optando, quindi, per un riferimento, più generico, all'inefficacia¹⁸³. Apparivano, dunque, ancora insuperabili le differenze fra le novità europee e gli schemi codicistici. La dottrina si è, poi, divisa fra quanti ritenevano sostanzialmente appagante siffatto utilizzo dell'inefficacia¹⁸⁴ e quanti, invece, preferivano interpretare tali previsioni in termini di invalidità, aprendo alla possibilità di configurare una nullità opportunamente adattata e rinnovata rispetto al modello tradizionale¹⁸⁵. Solo di recente, rielaborando l'intera

¹⁸⁰ In Germania, il § 307 del *BGB* definisce *unwirksam* le clausole in questione. Del resto, anche il legislatore italiano aveva, in un primo momento, optato per una sanzione qualificata in termini di inefficacia.

¹⁸¹ In Olanda, tale sanzione è prevista dall'art. 6:233 del *Burgerlijk Wetboek*. La necessità di un'impugnativa da parte del consumatore si rinviene anche nelle normative ceca e lettone.

¹⁸² In Francia, l'art. L 132-1 del *Code de la Consommation* stabilisce che le clausole abusive sono "*rèputées non écrites*".

¹⁸³ Il riferimento è, naturalmente, agli artt. 1469 bis e segg., come introdotti nel Codice Civile dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52.

¹⁸⁴ Cfr. BUSNELLI e MORELLO, *La Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, I, pp. 377 e segg.; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 37 e segg.; MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 45 e segg.; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.

¹⁸⁵ Cfr. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 417; ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Vita not.*,

materia consumeristica, il legislatore italiano ha espressamente adottato, per qualificare queste ipotesi, la categoria della nullità di protezione¹⁸⁶.

Ulteriori direttive¹⁸⁷, più numerose delle precedenti, impongono agli ordinamenti nazionali soltanto di far sì che i consumatori non possano rinunciare¹⁸⁸ ai diritti attribuiti loro dalle direttive stesse, nei più svariati campi. Vi sono, poi, altri casi, in cui le norme comunitarie¹⁸⁹ stabiliscono

1996, p. 1119 e segg.; GENTILI, *op. ult. cit.*, pp. 424 e segg.; BELLELLI, *La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie*, in *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469 bis ss. e i contratti del consumatore*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997, p. 225; NUZZO, *sub art. 1469 quinquies*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, pp. 854 e segg.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 624; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 918.

¹⁸⁶ Il riferimento è, naturalmente, all'art. 36 del Codice del Consumo. La scelta era stata già anticipata dal decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 24, di attuazione della citata direttiva 99/44, che fu considerato una sorta di “interpretazione autentica” dell'art. 1469 quinquies c.c. (cfr. Cons. Stato, parere 20 dicembre 2004).

¹⁸⁷ Rientrano in questa categoria la direttiva 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e la direttiva 97/7 sui contratti a distanza (oggi sostituite dalla direttiva 2011/83), nonché la direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, la direttiva 2008/48 sul credito ai consumatori e la direttiva 2008/122 sui contratti di *timesharing* immobiliare.

¹⁸⁸ A seconda della versione linguistica, troviamo i verbi “rinunciare”, *renoncier*, *waive*, *verzichten*, *renunciar*.

¹⁸⁹ Questo è il caso della direttiva 85/653 sugli agenti di commercio indipendenti, della direttiva 90/314 sui viaggi “tutto compreso”, della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, della direttiva 2007/64 sui servizi di pagamento, nonché del regolamento n. 261/2004 in materia di *overbooking* aereo e del regolamento n. 1371/2007 sui diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario.

che i precetti da esse dettati non possano essere derogati¹⁹⁰ pattiziamente in senso sfavorevole alla parte debole del rapporto, dalle stesse previamente individuata.

In tutte queste ipotesi, dunque, l'invalidità protettiva non deriva direttamente dal diritto comunitario, ma può essere utilizzata dai legislatori interni per dare attuazione alle ricordate regole europee di irrinunciabilità o di inderogabilità. Naturalmente, quindi, lo statuto di queste invalidità non potrà rinvenirsi nelle direttive, ma solo nelle norme di attuazione.

Assolutamente peculiare è stata, invece, la scelta di quelle direttive¹⁹¹, che, per sanzionare taluni accordi in materia di ritardo nei pagamenti, considerati “gravemente iniqui”, hanno utilizzato il riferimento alla categoria di *common law* della *unenforceability*. In tal caso, l'estraneità rispetto agli schemi consueti dell'Europa continentale è, in effetti, estrema. Con l'espressione appena ricordata, infatti, i giuristi anglosassoni fanno riferimento a contratti validi sul piano sostanziale, ma non coercibili processualmente¹⁹², concezione decisamente lontana

¹⁹⁰ Ad esempio, l'art. 6, § 1, del regolamento 1371/2007 è rubricato “*Inammissibilità di deroghe e limitazioni*” (*Exclusion des exonérations et stipulations de limitations; Exclusion of waiver and stipulation of limits; Ausschluss des Rechtverzichts und der Rechtsbeschränkung; Prohibición de renunciaciones y estipulaciones de límites*).

¹⁹¹ Si tratta della direttiva 2000/35 sui ritardi di pagamento e della direttiva 2011/7, che la aggiorna e modifica.

¹⁹² Per gli inglesi, il contratto *unenforceable*, a differenza di quello *void* (nullo) o di quello *voidable* (annullabile), è un contratto “*good in substance*”, che, però, una o ambedue le parti non possono far valere in giudizio, per cui “*the difference between what is voidable and what is unenforceable is mainly a difference between substance and procedure*” (BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1998, p. 20).

dal modo in cui, nei diritti continentali, si tende ad impostare la materia della patologia negoziale.

Si tratta, del resto, di una categoria ripresa da un ordinamento che, anche in materia di invalidità, segue un approccio tendenzialmente asistematico, in coerenza con la sua natura di diritto giurisprudenziale, fondato sui precedenti. Il recepimento della direttiva, dunque, in un caso del genere, si presenta ancora più problematico. In Italia, però, ancora una volta, si è utilizzata un'invalidità¹⁹³, suscettibile di essere interpretata in termini di nullità protettiva.

Il successo della nullità protettiva, però, è andato ben oltre la mera recezione delle differenti previsioni comunitarie, cui si è fatto cenno. In alcune ipotesi, infatti, lo strumento in questione è stato autonomamente prescelto dal legislatore interno, per dare attuazione a direttive, che facevano riferimento ad obblighi di condotta delle parti del contratto o ad oneri di forma contrattuale, senza, però, specificare la sanzione. In un certo senso, si è, quindi, dato per scontato che la nullità "europea" fosse lo strumento implicitamente richiesto, anche in questi casi, per realizzare le finalità comunitarie¹⁹⁴.

In altre ipotesi, invece, si è fatto ricorso al medesimo strumento per la realizzazione di obiettivi nazionali di politica del diritto. Si tratta, per lo più, di situazioni in cui lo scopo del riformatore interno era quello, simile agli obiettivi di molte direttive ricordate, di incrementare la concorrenza

¹⁹³ La nullità in questione è disciplinata dall'art. 7 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, che ha attuato la direttiva 2000/35, poi modificato dall'art. 1 del decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, in attuazione della direttiva 2011/7.

¹⁹⁴ Si considerino, ad esempio, gli artt. 52, comma 3, e 72, comma 1, del Codice del Consumo.

in un dato settore e di proteggere, correlativamente, le controparti dei soggetti più forti presenti su quel mercato¹⁹⁵. Il nuovo modello di nullità, peraltro, è stato impiegato anche in contesti, dove già la legislazione precedente si era caratterizzata per specifiche finalità di protezione della parte debole, come nel campo delle locazioni urbane¹⁹⁶.

In diverse ipotesi, poi, si è posto il problema di estendere, a livello nazionale, meccanismi di tutela, imperniati anche sulla nullità protettiva, che il legislatore comunitario aveva configurato solo con riguardo a soggetti o a tipi contrattuali specifici. Talvolta, si è, semplicemente, ripresa una norma, relativa ad una materia oggetto di regolazione comunitaria, per utilizzarla in una nuova normativa interna, allo scopo di disciplinare una diversa fattispecie giuridica¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Il riferimento è soprattutto ai settori bancario, finanziario ed assicurativo. In ambito bancario, hanno un ruolo centrale le nullità di cui agli artt. 117, 117 bis, 124 e 125 bis del TUB, espressamente configurate come relative dall'art. 127 TUB. Si devono ricordare, però, anche le invalidità introdotte, in materia di mutui, dagli artt. 7 e 8, comma 3, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, nonché, in materia di commissioni di massimo scoperto, dall'art. 2 bis del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2. In ambito finanziario, ipotesi di nullità relativa ricorrono agli artt. 23, 24, 30 e 100 bis del TUF. Infine, una nullità relativa è prevista dall'art. 167 del Codice delle Assicurazioni Private ed un'altra vi è stata inserita, col nuovo art. 170 bis, dal decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179.

¹⁹⁶ Il riferimento è all'art. 13, della legge 9 dicembre 1998, n. 431, che ha risolto, in senso affermativo, il dubbio, a lungo agitato in dottrina ed in giurisprudenza, circa la possibilità di intendere come relativa la nullità precedentemente regolata dall'art. 79, della legge 27 luglio 1978, n. 392. Cfr. CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 465 e segg.

¹⁹⁷ Il riferimento è all'obbligo di fideiussione, dapprima introdotto, in attuazione della direttiva 94/47, anche se per scelta autonoma del legislatore italiano, nei

Più problematico è stato il caso del recepimento della nozione europea di consumatore, per i limiti, a volte troppo restrittivi, in cui essa contiene la possibilità di invocare le norme di tutela contro l'abuso contrattuale. Com'è noto, il *punctum dolens* è stato soprattutto quello della esclusione delle imprese dalla possibilità di ottenere questo genere di tutela. Si è, pertanto, dubitato della stessa legittimità costituzionale delle disposizioni in materia¹⁹⁸, ma questo genere di istanze non ha avuto seguito in sede giurisdizionale¹⁹⁹.

Successivamente, vari interventi legislativi hanno provveduto ad introdurre norme di tutela anche per le imprese deboli, delineando così

contratti di multiproprietà, dall'art. 7 del decreto legislativo 9 novembre 1998, n. 427, poi trasfuso nell'art. 76 del Codice del Consumo (oggi art. 72 bis, per effetto delle modifiche apportate a detto codice dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, recante il cd. Codice del Turismo), e, successivamente, applicato a tutti i contratti su immobili da costruire, dall'art. 2 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122.

¹⁹⁸ Cfr. Giudice di Pace dell'Aquila, ordinanza del 3 novembre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2341, con nota di GATT. Sulla questione si veda FURGIUELE, *Problemi giurisprudenziali in Italia intorno al divieto di clausole vessatorie*, in *Diritto privato*, 1999-2000, pp. 466-470.

¹⁹⁹ Cfr. C. Cost., ordinanza del 24 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, p. 3125, con nota di PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, con cui la Corte ha rigettato la questione sollevata dal citato provvedimento del Giudice di Pace dell'Aquila. Il medesimo orientamento è stato, poi, confermato da C. Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Resp. civ. e prev.*, p. 666, con nota di SABATUCCI.

Da parte sua, CGCE, 22 novembre 2001, sulle cause C-541/99 e C-542/99, in *Contratti*, 2002, pp. 519 e segg. con nota di GUERINONI, ha escluso che, ai fini del diritto comunitario, la nozione di consumatore possa essere estesa, stante il chiaro tenore letterale della direttiva in materia.

un loro specifico statuto protettivo, che, non di rado, si è servito dello strumento dell'invalidità²⁰⁰. Di recente, il legislatore ha, invece, ritenuto di estendere certi istituti, regolati dal Codice del Consumo, anche ad una ulteriore categoria di soggetti, qualificati come microimprese²⁰¹. Nella stessa direzione, del resto, parrebbe andare anche il legislatore europeo, almeno stando alle più recenti proposte di rielaborazione delle discipline in esame²⁰².

²⁰⁰ Il riferimento è a norme quali gli artt. 4, 5, 6 e 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura, o l'art. 3 della legge 6 maggio 2004, n. 129, sul *franchising*. Su questo genere di problematiche, cfr. GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, e FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica*, Padova, 2010.

²⁰¹ Il riferimento è all'art. 7 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha inserito nel Codice del Consumo, all'art. 18, comma 1, lettera d bis, la categoria delle microimprese. Peraltro, nella prima versione di tale decreto, l'art. 9, comma 2, ultimo periodo, prevedeva la nullità, ex art. 36 cod. cons., di talune clausole di determinazione del corrispettivo per i servizi professionali, parificando, a tal fine, come soggetti protetti, i consumatori e, appunto, le microimprese.

Qualche mese prima un'altra equiparazione fra consumatori e microimprese era stata sancita, in materia di *ius variandi* bancario, dal nuovo comma 2 bis dell'art. 118 TUB, introdotto dall'art. 8, comma 5, lettera f, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106.

²⁰² La proposta, presentata dalla Commissione Europea l'11 ottobre 2011, di un *Common European Sales Law*, prevede, all'art. 86, una tutela delle Piccole e Medie Imprese contro le clausole abusive, in termini di non vincolatività delle stesse.

Cfr. PATTI, *Le clausole abusive e l'“optional instrument” nel percorso dell'armonizzazione in Europa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 2, pp. 662 e segg.

Secondo FERRANTE e KOCH, *op. cit.*, pp. 714-715, è probabile che i prossimi sviluppi comunitari costringeranno anche il legislatore italiano ad una generale revisione della materia, che porti a ricomprendere definitivamente i contratti fra imprese tra quelli soggetti al controllo di abusività, come già accade in Germania.

Di fronte ad un numero così elevato di fattispecie, non si può certo dubitare che sia in atto una crisi del modello tradizionale dell'invalidità contrattuale. Peraltro, la validità di tale modello non è incrinata solo da questa congerie di normative di protezione, ma anche da ulteriori interventi che, con finalità disparate, introducono nel sistema nullità più o meno anomale²⁰³. In un primo momento, ci concentreremo, comunque, soltanto sulle invalidità caratterizzate da finalità di protezione di una parte contrattuale, ritenuta, a torto o a ragione, più “debole” dell'altra, e, quindi, bisognosa di un intervento che ripristini un certo equilibrio nel contratto²⁰⁴.

Si può riscontrare che una tale *ratio* ricorre in tutte le varie disposizioni, cui si è fatto riferimento in questa sintetica rassegna, da intendersi, peraltro, come meramente esemplificativa. Ciò non significa, però, che

²⁰³ Si intende alludere, soprattutto, alle nullità contrattuali introdotte da normative edilizie, urbanistiche e fiscali, cui si farà ampiamente riferimento nel terzo capitolo di questo studio.

²⁰⁴ Di solito, le norme di protezione puntano al perseguimento dell'equilibrio normativo del contratto, cioè prendono in considerazione il bilanciamento fra i diritti e gli obblighi delle parti contrattuali.

Non è escluso, però, che possano incidere anche sull'equilibrio economico, ovvero che si proceda ad un controllo anche sull'equità del valore di scambio fra le prestazioni cui sono tenute le parti. Cfr. CGUE del 3 giugno 2010, sulla causa C-484/08, in *Guida al Dir.*, 2010, 41, 106, avente ad oggetto una lite, fra una banca spagnola ed un'associazione di consumatori, relativa ad una clausola di determinazione del tasso variabile di un contratto di mutuo e, quindi, del “prezzo” dello stesso. La Corte del Lussemburgo rigetta la prospettazione dell'associazione, che riteneva tale clausola inerente all'equilibrio normativo e non a quello economico, ma anche quella della banca, che assumeva l'illegittimità della legislazione iberica *in parte qua* consente un'integrale controllo sui contratti con i consumatori, anche per quanto attiene, appunto, all'equilibrio economico.

sia stato dettato un regime uniforme per questo genere di nullità. Si è visto, del resto, che le fonti e le modalità di introduzione di tali previsioni sono state assai varie, per cui ci sarebbe forse da stupirsi del contrario.

Anche le norme violate dalle clausole contrattuali in questione sono le più diverse ed, in alcuni casi, non è nemmeno possibile identificare una vera e propria norma imperativa violata. Infatti, un tratto caratteristico di non poche delle nuove invalidità è quello di derivare non tanto dalla violazione di un comando legislativo, quanto piuttosto dalla abusività della deroga, di per sé ammissibile, al diritto dispositivo²⁰⁵.

In sostanza, viene rimesso al giudicante, la cui discrezionalità si accresce così in misura notevole²⁰⁶, l'accertamento di quando tale deroga debba considerarsi riprovevole, perché frutto non del libero esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, ma della prevaricazione della parte forte su quella debole²⁰⁷. Anche da questo punto di vista, siamo di fronte

²⁰⁵ Ritroviamo questa caratteristica nella disciplina delle clausole abusive ex art. 33 cod. cons., in quella dei contratti viziati da abuso di dipendenza economica, ex art. 9 della legge sulla subfornitura, ed in quella degli accordi iniqui ex art. 7 del citato decreto legislativo 231 del 2002.

²⁰⁶ Lo stesso problema si pone quando si deve valutare la questione dell'integrazione, ovvero la questione di come sostituire le clausole rimosse, perché abusive, da un contratto, che deve, comunque, mantenere una sua funzionalità: cfr. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, e FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le forme della nullità*, cit., pp. 83 e segg.

²⁰⁷ Cfr. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 491 e segg.; AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 255 e segg.; ID., *Nullità*

a nullità profondamente diverse da quelle tradizionali, e non si potrà fare a meno di tenerne conto in sede ermeneutica.

Si possono, comunque, individuare alcuni tratti ricorrenti delle nuove invalidità protettive, anomali rispetto al modello codicistico e strettamente correlati alla finalità che caratterizza tali fattispecie. Come si è già accennato, si tratta essenzialmente della legittimazione relativa, cioè ristretta solo al soggetto protetto, e del carattere necessariamente parziale, che esclude la possibilità di un'invalidazione dell'intero contratto²⁰⁸.

La mancanza di questi aspetti di disciplina lederebbe gravemente la funzionalità delle normative di protezione. Infatti, in mancanza della limitazione alla legittimazione, la nullità potrebbe trasformarsi in strumento di operazioni opportunistiche, poste in atto dalla controparte del soggetto protetto. Se, poi, non fosse prevista la necessaria parzialità, la norma protettiva sarebbe controproducente, perché, invece di tutelare un soggetto ritenuto debole, lo priverebbe del bene della vita cui egli aspira, e che mirava a raggiungere attraverso il contratto in questione.

Il punto è, però, che tali caratteri non sono esplicitati da tutte le norme in materia, né sono sempre esplicitati assieme²⁰⁹. Si pone, dunque, il problema di come disciplinare quei, non pochi, casi di nullità caratterizzati da una finalità evidentemente protettiva, ma per i quali non

anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale), in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 285 e segg.

²⁰⁸ Cfr. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 176 e segg.

²⁰⁹ MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 1636, fa riferimento alla: "ricorrenza in modo frammentato e quasi rapsodico, di alcuni connotati comuni alle nullità testuali di protezione all'interno del "microsistema" del Codice del consumo".

sia stata prevista né la legittimazione relativa né la necessaria parzialità²¹⁰, oppure sia stato previsto uno solo dei due caratteri, ma non l'altro²¹¹.

Nell'impostazione tradizionale, più legata agli schemi costruiti a partire dal testo codicistico, la risposta sarebbe stata relativamente semplice. Infatti, in un tale contesto, la relatività, o le altre deviazioni dal modello, erano certamente qualificabili come eccezionali, per cui, in assenza di espresse disposizioni di legge, tali caratteri non si sarebbero potuti estendere in via interpretativa²¹².

Oggi, però, una simile preconcepita chiusura sembra insostenibile²¹³. Infatti, le nuove nullità, per l'importanza dei principi che attuano e delle materie che vanno a regolare, hanno assunto ben altro ruolo nel sistema.

²¹⁰ Vi sono varie norme, indubbiamente ispirate ad una *ratio* di protezione, che comminano la nullità, senza specificare altro. Si vedano, ad esempio, nell'ambito del Codice del Consumo, gli artt. 52, 67, 78, 94, 95 e 124.

²¹¹ Si consideri, ad esempio, che, con riferimento alle nuove nullità in materia di mutui, previste dagli artt. 7 ed 8 del citato d. l. n. 7 del 2007, la norma prevede espressamente il carattere della necessaria parzialità, ma non si esprime sulla legittimazione relativa. D'altronde, vi sono certamente dei casi di nullità relative, ma non parziali, come gli artt. 23 e 30 TUF e l'art. 67 septies decies cod. cons.

²¹² Un'affermazione del genere non sarebbe apparsa, però, del tutto condivisibile nemmeno nel sistema tradizionale: si ricordi la vicenda, riferita *supra*, della nullità dei contratti di edizione, che venne interpretata come relativa della giurisprudenza degli anni Sessanta, senza bisogno di una espresa declaratoria legislativa, ma in forza di un'argomentazione fondata sulla natura degli interessi protetti.

²¹³ Come mette in luce, a questo proposito, DI MAJO, *op. cit.*, p. 127: "*Compito del giurista non è certo di rifiutare il "nuovo" nell'ostinata difesa del vecchio ma di individuare le linee di "lunga durata" (come dicono gli storici francesi) di un fenomeno, per individuare nuove forme organizzative dell'esistente*".

Sembra, quindi, più ragionevole inquadrarle in termini di specialità, anziché di eccezionalità ed ammetterne, dunque, un'applicazione anche in via analogica²¹⁴. Solo in questo modo, infatti, si riesce ad impedire che l'applicazione acritica dei vecchi schemi porti ad un sostanziale tradimento delle *rationes* di tutela, sottese alle nuove norme.

Si è, dunque, parlato di nullità di protezione virtuali, per indicare quelle ipotesi in cui lo speciale statuto, conseguente alla *ratio* protettiva, viene esteso, in via interpretativa, a nullità che testualmente non risultano configurate in maniera deviante rispetto al modello codicistico²¹⁵.

²¹⁴ Si tratta di un'impostazione ormai sostanzialmente condivisa, anche se, a volte, i percorsi argomentativi possono differenziarsi: cfr. PASSAGNOLI, *op. cit.*, *passim*; NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 320; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 1344-1349; GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 360 e segg.; D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità, cit.*, pp. 15 e segg.; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, pp. 124-128; ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 324.

²¹⁵ D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*, distingue l'ipotesi, a suo avviso ammissibile, della "nullità di protezione virtuale", in cui opera il descritto meccanismo analogico, da quella, che reputa, invece, inammissibile, della "nullità virtuale di protezione", in cui è la stessa comminatoria di nullità ad essere ricavata in via interpretativa e, per di più, è sempre l'interprete a scegliere di attribuire ad essa la natura protettiva e la conseguente disciplina. Su posizioni analoghe si colloca PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, pp. 1040 e segg.

Sono, invece, favorevoli anche alla configurabilità di questa seconda *species* di nullità protettive D'ADDA, *op. cit.*, pp. 151-152; ALBANESE, *op. cit.*, p. 308; MODICA, *Formalismo negoziale e nullità. Le aperture delle corti di merito*, in *Le invalidità nel diritto privato, cit.*, p. 482.

Un significativo ostacolo alla praticabilità di siffatte operazioni interpretative parrebbe venire dalla ricordata eterogeneità delle fonti e delle configurazioni di queste nuove invalidità. Occorre, però, segnalare che una recente pronunzia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sembra non considerare decisivo questo tipo di problematiche²¹⁶. La questione era quella della possibilità di applicare taluni principi, sanciti dalla consolidata giurisprudenza della Corte con riguardo alla non vincolatività della clausole abusive di cui alla direttiva 93/13²¹⁷, anche

In effetti, quell'ipotesi, che gli autori citati per primi reputano inammissibile, non sembra essere altro che la combinazione di due tecniche interpretative entrambe ammissibili. Da una parte, il consolidato orientamento, per cui la nullità può anche non essere testuale. Dall'altra, l'orientamento nuovo, ma condiviso anche dallo stesso D'Amico, per cui, ove ricorrano i presupposti, lo statuto di una nullità può essere ricavato anche da operazioni di *analogia legis*, fondate sulla *ratio* protettiva della stessa. Se, poi, il problema è quello di evitare un'eccessiva discrezionalità giudiziaria, a detrimento della certezza dei rapporti contrattuali, non pare che la tesi qui discussa raggiunga l'obiettivo. Infatti, essa non esclude la possibilità che il giudicante ravvisi una nullità virtuale, pur in mancanza di una espressa previsione di legge, ma fa in modo che non sia possibile rendere tale nullità meno distruttiva, applicandovi, ove la sua *ratio* lo consenta, i meccanismi tipici della nullità di protezione.

Un'interessante ipotesi di nullità virtuale di protezione potrebbe essere quella, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, dei contratti stipulati "a valle" di un'intesa proibita dalle norme *antitrust*, ovvero la cd. nullità derivata. Cfr. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009.

²¹⁶ Il riferimento è a CGCE, 17 dicembre 2009, sulla causa C-227/08, caso *Martìn Martìn*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, p. 794, con nota di MILANESI.

²¹⁷ Si intende alludere ai principi in materia di rilevabilità d'ufficio della nullità e di sanabilità della stessa, su cui ci intratterremo diffusamente nel secondo capitolo di questo studio.

alle nullità protettive introdotte dal legislatore spagnolo, in attuazione di una diversa direttiva, che non conteneva alcun espresso riferimento all'invalidità contrattuale²¹⁸.

Ebbene, la Corte ha ritenuto, in contrasto con l'opinione espressa dall'Avvocato Generale²¹⁹, che una tale estensione sia legittima ed ha fondato su di essa la sua decisione del caso di specie. Come si vede, in questa ipotesi, le distanze fra le due fattispecie, cui i giudici europei hanno finito per applicare la medesima disciplina, erano ben maggiori che in altri casi dubbi. In un certo senso, questa nuova giurisprudenza potrebbe, quindi, essere letta come una sorta di benedizione comunitaria alla elaborazione di una, tendenzialmente unitaria, categoria della nullità europea di protezione.

In un contesto del genere, la pretesa di continuare a leggere le nuove nullità esclusivamente con i vecchi schemi della tradizione appare

²¹⁸ Si trattava della direttiva 85/577, il cui art. 4 prescriveva agli Stati nazionali soltanto di prendere “*misure appropriate*”, per la tutela dei consumatori, cui non fosse stata fornita l'informazione regolata dalla direttiva stessa, senza precisare quali dovessero essere queste misure, né se, fra di esse, dovesse rientrare l'invalidità dei contratti stipulati in violazione dei ricordati obblighi informativi. La scelta del legislatore spagnolo di introdurre un'ipotesi di annullabilità (art. 4 della legge 21 novembre 1991, n. 26, ora trasfuso nell'art. 112 del decreto legislativo 16 novembre 2007, n. 1), fu, quindi, del tutto autonoma e discrezionale.

Basti pensare che il legislatore italiano ha, invece, interpretato la norma comunitaria in questione in tutt'altro modo, prevedendo delle sanzioni pubblicistiche a carico del professionista inadempiente ai prescritti obblighi informativi (cfr. art. 11 del decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, ora confluito nell'art. 62 cod. cons.).

²¹⁹ Il riferimento è alle conclusioni presentate dall'avvocato generale Trstenjak il 7 maggio 2009. Si veda sul punto DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 212 e segg., che condivideva pienamente la posizione dell'Avvocato Generale.

sempre meno credibile. Al contrario, diventa praticabile un diverso approccio, che tenda piuttosto ad applicare le nuove prospettive anche a norme ed istituti preesistenti.

In sostanza, nella dottrina si va diffondendo la tendenza a riscoprire la finalità protettiva, che era insita anche in molte nullità codicistiche, il che potrebbe consentire di applicare pure ad esse i nuovi statuti dell'invalidità, che si stanno elaborando²²⁰. Ben lungi dal negare

²²⁰ Si vedano le considerazioni di RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*, Milano, 1997, pp. 83-84, per la violenza fisica e per l'ipotesi di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.; POLIDORI, *op. cit.*, pp. 22-23, con riferimento agli artt. 1284, comma 3, c.c. in materia di interessi ultralegali, e 2744 c.c., sul divieto del patto commissorio; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, pp. 239 e segg., con riguardo all'art. 1656 c.c., in materia di subappalto, e 1909 c.c., sulla sovrassicurazione; GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 217-219, con riferimento agli artt. 1229 c.c., in materia di clausole limitative della responsabilità, e, di nuovo, 2744 c.c. Del resto, anche nella dottrina formatasi nel vigore del codice abrogato si era potuta sostenere la natura relativa della nullità del patto commissorio (si possono vedere i riferimenti in PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 134, nt. 218).

Si potrebbero aggiungere le norme di cui agli artt. 1283 c.c., sull'anatocismo, e 1815, comma 2, c.c., in materia di usura. Del resto, quest'ultimo è stato oggetto di una modifica legislativa elaborata proprio nella stagione delle nuove nullità protettive (legge 7 marzo 1996, n. 108), ed anche l'anatocismo bancario è, nella sostanza, una fattispecie introdotta di recente dalla giurisprudenza, nel medesimo contesto storico ed ideologico (cfr. Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 1301).

Può essere interessante anche l'ipotesi di una rilettura in termini di nullità protettiva, proposta per le invalidità giuslavoristiche, che costituiscono, probabilmente, la più risalente categoria di norme finalizzate alla protezione di un contraente considerato debole: cfr. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Le invalidità nel diritto privato*, *cit.*, pp. 227 e segg., la quale esprime, comunque, dei dubbi sulla effettiva utilità di tale operazione interpretativa.

cittadinanza alle nuove nullità relative, si tende, così, a rileggere in termini di relatività anche altre risalenti comminatorie di nullità, non solo contrattuali²²¹.

Al tempo stesso, si rivalutano quelle clausole di salvezza che, già con riferimento al testo codicistico originario, avrebbero consentito di flessibilizzare lo statuto delle nullità, ma che, come si è accennato, sono state a lungo trascurate²²². Come si vedrà meglio nel prosieguo, questo aspetto è di importanza fondamentale per l'odierna impostazione del tema della sanabilità.

²²¹ Si possono vedere, in materia di successioni, ZACCARIA, *La rinuncia all'eredità manifestata successivamente alla sottrazione o all'occultamento di beni ereditari: un caso primigenio di nullità relativa?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, pp. 2497 e segg., nonché, in materia di famiglia, PIGNALOSA, *Il matrimonio putativo: una nullità di protezione ante litteram*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, pp. 568 e segg.

²²² P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, pp. 121-125, osservava, con un certo anticipo sui tempi, che il sistema codicistico è “*sapientemente costellato da una serie di salvezze (artt. 1418, comma 1, 1421, 1423 cod civ.) che rappresentano valvole di sicurezza per configurare discipline differenziate della nullità*” e ne desumeva la necessità di rivedere il dogma dell'insanabilità del negozio nullo.

ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 838, parla, invece, di “*incrinature, slabbrature, zone sfuocate*” dello schema bipartito tradizionale. Oggi, GIROLAMI, *op. loc. ultt. citt.*, sostiene che le successive scelte legislative in punto di nullità speciali sarebbero state, in un certo senso, già anticipate, “*con straordinaria lungimiranza*” dal terzo comma dell'art. 1418 c.c. Da parte sua, PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, III, II, 2009, p. 899, riviene già nella lettera del Codice “*un sistema atipico e aperto, predisposto fin da subito ad accogliere*” le nuove ipotesi di nullità, che sarebbero state poi introdotte.

Con particolare riguardo alla legittimazione, invece, si osserva che non solo è prevista un'apertura attraverso la clausola di salvezza, ma che pure la restante parte dell'art. 1421 c.c., con il suo riferimento alla necessaria sussistenza dell'interesse, consente una rilettura in termini di relatività di ogni ipotesi di nullità. In effetti, il legittimato ad agire non è mai, veramente, il *quisque de populo*, ma è solo l'appartenente ad una cerchia, più o meno precisamente delineata, di interessati, la cui estensione varierà a seconda delle *rationes* delle diverse ipotesi di nullità²²³. Quella nullità, che comunemente definiamo relativa, rappresenterebbe, così, solo il caso estremo, in cui l'interessato legittimato è un unico soggetto, ma la differenza rispetto alle altre ipotesi sarebbe, in tal modo, ridotta ad un aspetto meramente quantitativo.

La nullità protettiva, a questo punto, dopo essersi certamente emancipata dal richiamo all'eccezionalità, pare addirittura potersi liberare anche da quello alla specialità. Infatti, è sembrato, ad alcuni, ormai possibile parlarne come di una categoria generale, da sempre presente anche nel Codice, oltre che valorizzata dalla recente legislazione speciale²²⁴.

²²³ Cfr. CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 413, secondo il quale, con riferimento all'art. 1421 c.c., “sarebbe più proprio parlare, piuttosto che di assolutezza, di relatività non rigidamente predeterminata”. È interessante osservare che l'autore può sostenere la sua tesi della permanente attualità ed utilizzabilità della nullità, proprio perché la rilegge come una categoria elastica e flessibile, già nella impostazione codicistica. Cfr. anche DI MAJO, *op. cit.*, pp. 155-156.

²²⁴ La tesi è oggi sostenuta da GENTILI, *La “nullità di protezione”*, *cit.*, *passim*. La stessa impostazione si ritrova anche in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 526, che ravvisano nelle nullità di matrice europea una “*conferma vigorosa*” della possibile natura protettiva della nullità, già sostenibile in base al Codice Civile.

Se consideriamo che le norme codicistiche in tema di invalidità sono, quasi tutte, pressoché immutate dal 1942, questo fenomeno di interpretazione evolutiva appare indubbiamente sorprendente²²⁵. In maniera per certi aspetti speculare a quanto accaduto sotto il Codice del 1865, vediamo che, sulla base di disposizioni invariate, è stato possibile ricostruire un sistema generale del tutto diverso.

Potrebbe, dunque, sembrare che l'esito di questo processo di destrutturazione e ristrutturazione debba essere quello di sostituire alla bipartizione, fra nullità ed annullabilità, una nuova tripartizione, fra nullità tradizionale, annullabilità e nullità protettiva. Le nuove invalidità, ed alcune di quelle vecchie se reinterpretate in senso protettivo, starebbero, dunque, in un *tertium genus*, da collocare al fianco dei primi due, ma con un ruolo non meno sistematico ed ordinante di quello che

Si vedano anche LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 151-152, DE ROSA, *op. cit.*, pp. 107-110 e 129-130, e COSCO, *Sistema delle patologie contrattuali e orientamenti attuali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 673 e segg.

In una prospettiva diversa, ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, p. 929-930, avanza l'ipotesi di una futura possibile generalizzazione, a tutto il diritto civile, dei principi elaborati dalle normative settoriali di protezione del contraente debole, con una sorta di "consumerizzazione del diritto generale dei contratti", analoga alla cd. commercializzazione, che, come è noto, derivò dall'unificazione dei due codici, realizzata nel 1942.

²²⁵ Si possono richiamare le considerazioni di SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pp. 119-125, secondo cui quella, che di solito si chiama interpretazione evolutiva, non è altro, a ben vedere, se non il riverbero dell'evoluzione dello stesso ordinamento giuridico, oggetto di interpretazione.

essi rivestono²²⁶. Indubbiamente, l'esito sarebbe quello di una notevole semplificazione dei problemi che oggi agitano la materia delle patologie negoziali.

Non è detto, però, che questa visione debba essere necessariamente accolta. Per quanto si valutino in termini positivi le ricordate tendenze interpretative, favorevoli all'estensione in via analogica dei caratteri della nullità di protezione, non si può dare per scontato che tali operazioni siano praticabili sempre e comunque²²⁷. L'analogia, infatti, presuppone il ricorrere di una *eadem ratio*, ma non è affatto sicuro che tutte le nullità nuove la presentino sempre alla stessa maniera, ancorché molte di esse siano accomunate da una finalità protettiva²²⁸.

²²⁶ Così, GIROLAMI, *La nullità relativa da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, cit., pp. 55 e segg.

²²⁷ GENTILI, *op. cit.*, p. 114: segnala criticamente che “*un vizio comune a molta dottrina in tema è, nell'edificare la categoria e cercarne l'unitaria disciplina, di trascurare che le nullità di protezione non sono tutte uguali*”.

Cfr. anche SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro*, in *Contratti*, 2012, pp. 403 e segg.

²²⁸ D'AMICO, *op. cit.*, p. 16, nt. 30, fa opportunamente presente che “*non basta evocare (o invocare) una generica finalità di protezione di uno dei contraenti per poter pervenire alla qualificazione della nullità (testuale) come “protettiva”, ma occorre invece una accurata indagine circa la disciplina fornita dal legislatore (per verificare, quanto meno, che non vi siano aspetti di questa disciplina che collidano con l'ipotizzata natura “protettiva” della nullità)*”.

In effetti, non è sempre agevole riconoscere la finalità protettiva di una norma: si consideri il caso dell'art. 2 bis del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, che, secondo alcuni, avrebbe, appunto, la finalità di tutelare i clienti delle banche, e potrebbe, quindi, essere inteso come un'ipotesi di nullità protettiva (DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla “commissione di massimo scoperto”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 2, pp. 166 e segg.), mentre, secondo altri, perseguirebbe l'obiettivo

Sarà, dunque, necessario procedere sempre ad una valutazione caso per caso²²⁹. Diversamente opinando, si rischia di unificare tutte le nuove nullità in un modello unico, dando luogo ad un esito non meno semplicistico e rigido di quello cui perverrebbe chi volesse ricondurre ogni nullità al modello tradizionale²³⁰. Peraltro, come si è già accennato e si dirà meglio più avanti, non ogni ipotesi di deviazione, rispetto alla disciplina codicistica delle invalidità, è necessariamente connessa ad una finalità definibile come protettiva.

opposto, di dare maggior certezza agli istituti di credito circa i limiti di ammissibilità di determinate clausole, per cui sarebbe discutibile anche il suo inquadramento fra le nullità di protezione (STILO, *La commissione di massimo scoperto dal “Decreto anti-crisi” al cd. “Decreto Salva Italia”*, in *Contratti*, 2012, 1, p. 82).

²²⁹ Cfr. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 107 e segg., in cui l'autore aderisce alla tesi dell'estensibilità in via analogica dei caratteri delle nullità di protezione, ma, al tempo stesso, fa presente quanto sia inopportuno tentare di ricostruirle come una categoria uniforme. Ad esempio, secondo Polidori, sarebbe da respingere l'estensione della legittimazione relativa alle nullità protettive di cui alla citata legge sulla subfornitura, per non ledere gli interessi di soggetti come i concorrenti dell'imprenditore abusato, che dovrebbero essere anch'essi legittimati ad agire. In questa prospettiva, l'azione della controparte contrattuale che volesse far valere opportunisticamente la nullità potrebbe essere comunque paralizzata, grazie al richiamo al concetto dell'abuso del diritto, ferma restando la legittimazione assoluta, a favore di tutti i terzi interessati.

Come si vede, l'esito è simile a quello che Farjat proponeva per quelle particolari nullità, da lui catalogate come di ordine di protezione collettiva.

²³⁰ ADDIS, *“Neoformalismo” e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 1, pp. 10-11, evidenzia come l'ipotesi qui criticata si ispiri *“ad una così evanescente idea di “debolezza” contrattuale, da renderla espressione di generalizzazioni ed astrazioni concettuali tipiche del più tradizionale dogmatismo”*.

Cfr. anche MANTOVANI, *Nullità “speciali” o di protezione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, IV, I, Milano, 2006, pp. 155 e segg.

Un approccio forse più realistico è, quindi, quello che prende atto della pluralità dei nuovi statuti delle nullità²³¹, rinunciando alla pretesa di operazioni riduttive della complessità²³², che, inevitabilmente, le caratterizza. Si tratta, insomma, di rinunciare, almeno in parte, alla chiarezza degli schemi, la quale, del resto, anche nel sistema previgente, era più il frutto di forzature dogmatiche che della lettura realistica dell'ordinamento.

Naturalmente, il senso di tale sacrificio starebbe nella possibilità di ottenere una disciplina delle invalidità più aderente ai differenziati

²³¹ La consapevolezza della necessità di declinare al plurale la nozione di nullità emerge già nei titoli di alcuni significativi contributi degli anni novanta: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998.

Come evidenzia MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, cit., p. 1642: "a ben vedere, la coerenza (apparentemente) smarrita può forse recuperarsi proprio attraverso una presa d'atto della dimensione "plurale" della nullità". Cfr. GIOIA, *op. cit.*, p. 1364: "Parafrasando un'espressione cara a Pugliatti, come si è passati da un concetto monolitico a uno diversificato di proprietà, in funzione del diverso statuto dei singoli beni ... così, le nuove leggi, che individuano nullità protettive, finiscono con il conformare il contratto al rapporto economico sottostante".

²³² Secondo SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 737, l'introduzione nel sistema delle nuove nullità rappresenta "l'irrompere della complessità anche nella disciplina dei rapporti di diritto privato". GORASSINI, *L'istituto codicistico della "nullità del contratto" e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 199 e segg., riferisce la "complessità strutturale" anche alla nullità del Codice Civile, in considerazione di quelle clausole di salvezza cui si è già fatto riferimento.

In ogni caso, il richiamo alla complessità sembra quello più appropriato all'attuale fase evolutiva del nostro ordinamento, non solo con riguardo alle nullità contrattuali.

obiettivi di tutela che la innervano. Non si può nemmeno dire che questo assetto, se si vuole, “confuso” rappresenti un’assoluta novità, in quanto ci sembra che, per taluni aspetti, esso possa ricordare, *mutatis mutandis*, la situazione realizzatasi sotto il *Code* francese ed il Codice del 1865, ai quali si è dedicato prima qualche cenno.

Se si vuole, dunque, offrire un’immagine di come va strutturandosi il sistema, anziché parlare di una tripartizione che sostituisce una bipartizione, sarebbe forse più opportuno far riferimento alla scomparsa di ogni partizione rigida, al posto della quale troviamo un *continuum* unitario di varie figure intermedie di invalidità, che si dispiegano fra il modello, ormai astratto, della nullità tradizionale e quello, altrettanto astratto, della annullabilità tradizionale²³³.

Di conseguenza, anche le discipline specifiche di tutte queste figure si collocheranno, con varie graduazioni, in una posizione intermedia fra i due modelli, attingendo elementi ora dell’uno, ora dell’altro, a seconda di cosa sia più adatto al perseguimento delle *rationes* di tutela del caso.

²³³ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 876-877.

Già alcuni decenni fa, una dottrina aveva, addirittura, proposto di unificare la nullità e l’annullabilità nella categoria del negozio ad efficacia eliminabile (IUDICA, *Impugnative negoziali e pluralità di interessati*, Milano, 1973).

1.2 Il problema della sanabilità oggi: cenni e rinvio

Alla luce della evoluzione storica che si è sinora brevemente sunteggiata, diventa ora possibile prendere in considerazione più direttamente il problema della sanabilità delle nullità contrattuali. A tal fine, sembra, in primo luogo, opportuno, esplicitare alcuni risultati dell'analisi condotta fino a questo punto.

Come si è visto, la bipartizione fra la nullità e l'annullabilità, cui corrispondono la necessaria insanabilità della prima e la sanabilità della seconda, non è una caratteristica naturale ed eterna della materia delle patologie negoziali. Al contrario, come ogni categoria giuridica, è un prodotto storico, al quale si sono contrapposti storicamente, e si contrappongono oggi, ulteriori e diversificati modi di inquadrare il problema delle invalidità. Peraltro, si è osservato che quella bipartita è un'impostazione affermata in un'epoca relativamente recente ed, ormai, a quanto pare, entrata decisamente in crisi.

Certamente, l'attuale stato della materia delle invalidità conferma, ancora una volta, la necessità di distinguere il contratto nullo da quello inesistente²³⁴. Infatti, proprio il moltiplicarsi dei regimi della nullità e le

²³⁴ Sul tema si possono vedere, nella letteratura recente, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica*, in *Diritto Privato*, 1999-2000, pp. 5 e segg.; VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, cit.

Per la centralità che la distinzione dall'inesistenza ha assunto nella moderna elaborazione scientifica in materia di nullità, cfr. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1995, p. 295: "Il legislatore, cioè, attribuisce al negozio nullo una certa quantità di effetti (diversi ovviamente, da quelli dell'atto

possibilità, che i regimi protettivi offrono, di far salvi taluni suoi effetti²³⁵, rendono manifesta la necessità di qualificare in termini di esistenza e rilevanza giuridica la fattispecie del negozio nullo.

Sulla base di queste premesse, si può affermare che oggi non sussistono più ostacoli concettuali all'ammissibilità di momenti di recupero ed anche di integrale sanatoria del contratto nullo. Infatti, non è più sostenibile un'argomentazione che si basi sulla tradizionale classificazione dei caratteri della nullità e dell'annullabilità, ormai ampiamente messi in discussione dall'evoluzione dell'ordinamento. Nemmeno sembra possibile appellarsi ad argomenti che facciano riferimento all'impossibilità logica di sanare l'inesistente. Insomma, ormai non vi è più nulla di strano o di sconvolgente nel sostenere che una nullità possa essere sanata.

Con questo, però, non si è ancora detto nulla. O meglio, si è soltanto aperto il campo alla possibilità di discutere della sanatoria delle nullità contrattuali, ma non si è ancora visto se e quando questa possa manifestarsi nell'attuale realtà dell'ordinamento. Non basta, insomma, aver chiarito che non è più impossibile parlare di sanabilità, ma occorre valutare perché e come ciò sia possibile.

Naturalmente, poi, in coerenza con quanto sostenuto *supra*, non si proporrà una soluzione generalizzante, ma si tenterà unicamente di valutare alcune ipotesi particolari, ma non per questo necessariamente eccezionali, in cui di vera e propria sanatoria può parlarsi oggi.

tipico valido). Oggi, la dottrina del negozio nullo è essenzialmente la dottrina di questi effetti".

²³⁵ Infatti, comunque le si vogliano inquadrare, è questo il risultato cui tendono sia la legittimazione relativa sia la necessaria parzialità.

Innanzitutto, è sembrato a molti evidente un nesso fra la legittimazione relativa, ristretta ad un singolo soggetto, e la sanabilità della nullità in questione. In effetti, prescindendo, per il momento, da ogni questione di inquadramento dogmatico, il soggetto protetto, in questi casi, è chiaramente arbitro delle sorti del contratto, per cui, nella sostanza, potrà anche far sì che esso risulti sanato²³⁶. Come si vedrà meglio più avanti, questa prima impressione potrà trovare conferma nell'analisi di varie casistiche, che dimostreranno come l'applicazione della sanatoria alle nullità protettive risulti essenziale, per impedire che di esse si faccia un uso controproducente o, addirittura, distorto ed abusivo.

Si pone, però, un problema preliminare. L'analisi della sanabilità, infatti, rileva anche su di un piano più generale, ai fini della distinzione fra nullità speciali ed annullabilità. Si è già detto che i confini fra le categorie dell'invalidità si sono fatti assai permeabili, ma il problema di individuare dei criteri distintivi si pone in ogni caso.

Si è sostenuto che le nullità relative, a maggior ragione se sanabili, non sarebbero altro che delle forme di "annullabilità mascherata"²³⁷. Chiariamo subito che un'operazione interpretativa del genere, volta a ridurre le nuove ipotesi ai modelli codicistici, non ci appare del tutto convincente.

In effetti, nonostante la legittimazione ristretta e la sanabilità, rimangono altri elementi discretivi, come l'imprescrittibilità dell'azione

²³⁶ Cfr. PUTTI, *op. cit.*, pp. 957-958; GENTILI, *op. cit.*, pp. 116-117.

Si può ricordare che già BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 789, e TONDO, *op. cit.*, p. 1000, riferivano la possibilità di sanatoria tanto all'annullabilità, quanto alla nullità relativa.

²³⁷ L'espressione è richiamata e criticata da POLIDORI, *op. cit.*, pp. 89-103.

o i poteri ufficiosi del giudice²³⁸, che fanno propendere per il mantenimento dell'autonomia delle nullità protettive rispetto all'annullabilità. Peraltro, come si diceva, le nullità protettive, con ogni probabilità, non costituiscono un insieme compatto, ma si diversificano, a loro volta, in una pluralità di statuti.

Ciò che interessa evidenziare adesso, però, è un altro aspetto, riguardante proprio la centralità della questione della sanatoria. Infatti, in dottrina, si è proposto di incentrare proprio su di essa la differenziazione fra nullità speciali ed annullabilità. Si badi bene, ciò è avvenuto non già negando la sanabilità delle nuove nullità²³⁹, ma sostenendo che la sanatoria avrebbe, nei due casi, natura e struttura differenti.

Secondo questa costruzione dottrinarica, infatti, la distinzione in parola emergerebbe considerando come, nei due casi, la sanatoria agisca rispetto all'efficacia del contratto²⁴⁰. Infatti, nel caso dell'annullabilità, com'è noto, il contratto sarà efficace sin dalla sua stipulazione, ancorché sia suscettibile di essere impugnato. La sanatoria, quindi, potrà avere la funzione di consolidare questa efficacia, precludendo la possibilità di impugnazione. Invece, il contratto affetto da nullità di protezione sarà inefficace *ab origine*, per cui la sanatoria avrà la funzione di fargli

²³⁸ Come evidenzia, in particolare, POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 931 e segg.

²³⁹ Come faceva, invece, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 842, che ravvisa l'utilità pratica della distinzione fra nullità relativa ed annullabilità, proprio nell'effetto di impedire che si possano convalidare atti affetti da nullità di protezione.

²⁴⁰ La tesi in esame è sostenuta da SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 531; GIROLAMI, *Le nullità di protezione*, cit., pp. 439-447; D'AMICO, *op. cit.*, pp. 19-26; e G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, pp. 13-15.

acquistare un'efficacia, che prima non aveva affatto²⁴¹. Conserva, così, un suo specifico significato anche la riconduzione delle nuove invalidità al tradizionale *nomen iuris* “nullità”, in quanto l'inefficacia originaria rappresenterebbe l'elemento fondamentale comune fra la nullità tradizionale e le nullità nuove.

L'impostazione in discorso è stata oggetto di critica da parte di un'altra dottrina, che vi ha ravvisato solo il frutto di un dogmatismo esasperato. Sarebbe, infatti, ormai inutile affrontare il tema delle nullità protettive in termini di efficacia od inefficacia originaria della fattispecie negoziale, quando le nuove norme tendono a superare il meccanismo della fattispecie giuridica, per risolvere i problemi di disciplina secondo una logica funzionale²⁴². Peraltro, la posizione in questione appare discutibile anche perché tende a proporre una ricostruzione unitaria, valida per tutte le nullità di protezione, il che, per le esposte ragioni, non sembra del tutto convincente.

Non è, comunque, questa la sede per stabilire se si debba preferire un approccio strutturale, oppure uno funzionale, oppure ancora, se, più ragionevolmente, si debba tenere conto di entrambi i punti di vista. In

²⁴¹ Invece, secondo POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, loc. ult. cit., in questi casi si avrebbe da subito un'efficacia interinale del negozio nullo.

²⁴² Cfr. GENTILI, *op. cit.*, pp. 98-99, il quale così descrive l'approccio degli autori da lui criticati: “Fedele tuttora al suo approccio strutturale la dottrina giuridica si logora, oggi, a stabilire se la clausola nulla per ragioni di protezione abbia prodotto gli effetti che il consumatore può però far cadere, o non abbia prodotto gli effetti che però il consumatore può convalidare. E così fa dipendere la disciplina – legittimazione, prescrizione, sanatorie, riflessi sui terzi – da ciò che l'invalidità caso per caso è, non da ciò cui serve. Ravvisandovi lo statuto logicamente necessario, o almeno normale, delle invalidità. Ma l'invalidità è davvero qualcosa, al di là di ciò cui serve?”.

ogni caso, sembra che nella sistemazione delle nullità protettive non si possa prescindere dal riferimento alla possibilità di sanatoria²⁴³.

Come si vedrà meglio più avanti, però, il fenomeno non attiene soltanto alle nullità caratterizzate da finalità di protezione, ma si può estendere, in forme diverse, anche ad altre nullità, tutte, in vario modo, anomale, rispetto agli schemi tradizionali. Pertanto, sembra possibile ricollegare tali sviluppi non solo alle particolari caratteristiche di alcune specifiche invalidità, ma anche a più generali tendenze evolutive dell'ordinamento.

Si potrebbe, infatti, affermare che, oggi, si rinvengono in seno ad esso due tendenze apparentemente contrapposte, ma forse, invece, spiegabili l'una per mezzo dell'altra. Da una parte, come si è visto, abbiamo una diffusione senza precedenti di nuove ipotesi di invalidità del contratto, volte al perseguimento delle più varie finalità politiche²⁴⁴.

Dall'altra parte, però, assistiamo ad una sorta di reazione contro questa sovrabbondanza delle nullità, che rischia di diffondere troppa incertezza nelle relazioni contrattuali. Vi si possono inquadrare certi provvedimenti legislativi che vanno in una direzione opposta rispetto al movimento

²⁴³ Infatti, autori che si collocano su posizioni contrapposte, per quanto attiene all'inquadramento dogmatico delle nullità di protezione, sembrano concordare, però, sulla necessità di ammetterne la sanatoria: cfr. GIROLAMI, *op. loc. ultt. citt.*, e GENTILI, *op. cit.*, pp. 116-117.

²⁴⁴ BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 78, parla di “*esplosione delle nullità*”; DI MAJO, *op. cit.*, denuncia una “*vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore*”.

sopra delineato²⁴⁵. Vi si potrebbe inquadrare persino la stessa tendenza interpretativa che estende, a tutte le nullità nuove, i caratteri speciali della relatività e della necessaria parzialità. Essa, infatti, produce anche l'effetto di restringere il numero dei soggetti che possono impugnare il contratto e la parte dello stesso che può essere rimossa.

L'esempio più significativo di questa controtendenza, o, quanto meno, quello che ha destato più interesse, consiste, poi, nella riscoperta giurisprudenziale della tradizionale distinzione fra regole di comportamento e regole di validità²⁴⁶. Come è noto, tale principio è servito, nella recente elaborazione della Corte di Cassazione²⁴⁷,

²⁴⁵ Con riferimento alla mancata previsione di nullità in materia di pratiche commerciali scorrette, si veda DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 90.

D'altra parte, CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in *Le forme della nullità*, cit., p. 150, parla, addirittura, di una “*idiosincrasia del legislatore verso la nullità*”, che si evincerebbe dall'introduzione di alcuni nuovi meccanismi di sanatoria, su cui torneremo più avanti.

²⁴⁶ In tema si possono vedere: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 171; MANTOVANI, *Vizi “incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; DI MAJO, *op cit.*, pp. 86-95; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 37 e segg.; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 241 e segg.; ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 627 e segg.; SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, pp. 119 e segg.

²⁴⁷ Il riferimento è alle ben note Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, pp. 25 e segg., e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 223 e segg.

soprattutto a porre un limite alla possibilità di ravvisare ulteriori ipotesi di nullità per la violazione di obblighi di informazione precontrattuale, imposti da norme di legge che non prevedano esplicitamente una sanzione *ad hoc*.

Nonostante alcune vivaci critiche dottrinali²⁴⁸ ed alcune pronunzie di merito controcorrente²⁴⁹, si tratta, ormai, di un indirizzo sostanzialmente consolidato fra gli interpreti²⁵⁰. Del resto, sembrano andare in questa direzione anche le indicazioni provenienti dalla legislazione europea in corso di elaborazione²⁵¹.

Le due descritte tendenze sembrano, comunque, destinate a convivere. Infatti, da un lato, la diffusione delle nuove nullità è connessa all'attuazione di finalità di tutela, di livello costituzionale e comunitario, ed appare, ormai, come un processo irreversibile. Dall'altro, è naturale che ad essa si accompagni la valorizzazione di una serie di meccanismi,

²⁴⁸ Si possono vedere SCALISI, *op. cit.*, p. 745, secondo il quale la distinzione in parola “*appare priva di ogni fondamento*”, GENTILI, *op. cit.*, pp. 108-110, e RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 185 e segg.

²⁴⁹ Cfr. Trib. Ravenna, 12 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 456 e segg., con nota di GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*.

²⁵⁰ Si possono vedere ampi riferimenti in MANTOVANI, *Le “nullità di protezione” nella tassonomia dei rimedi*, *cit.*, p. 1624-1625, nt. 20.

²⁵¹ La citata proposta di *Common European Sales Law* prevede chiaramente, all'art. 29, che il rimedio per la violazione dei doveri informativi precontrattuali è quello risarcitorio. Degli spazi per l'applicazione di un rimedio invalidatorio sembrano residuare solo per i casi in cui detta violazione possa tradursi in un vizio del consenso, rilevante come causa di annullabilità del contratto (artt. 48 e segg.).

che tendano a controbilanciarne gli effetti²⁵². In tal modo, infatti, più o meno consapevolmente, si mira a fare in modo che le nuove invalidità possano perseguire i propri fini, senza, però, demolire inutilmente tutta una serie di prodotti dell'autonomia privata.

In questo contesto, ci sembra di poter agevolmente inserire anche la elaborazione di vari meccanismi di sanatoria dei contratti, o delle singole clausole, affetti da nullità. Infatti, come si vedrà nel prosieguo, in molti casi, la costruzione, in via legislativa o interpretativa, di un adeguato meccanismo di sanatoria conduce proprio alla realizzazione di questo obiettivo di complessivo riequilibrio sistematico.

²⁵² Lo stesso approccio interpretativo, volto a limitare le possibilità di servirsi del rimedio della nullità, sembra emergere anche dalla recente Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432, in *Giur. it.*, 2012, 3, pp. 619 e segg., che ha escluso la necessità della forma scritta *ad substantiam* per gli ordini di investimento, posti in essere dal cliente sulla base dell'originario contratto quadro. Solo questo, infatti, deve essere redatto per iscritto ex art. 23 TUF, secondo la restrittiva interpretazione ormai accolta dai giudici di legittimità. Si può osservare che il Giudice Relatore è lo stesso della citata pronuncia a Sezioni Unite del 2007.

L'indirizzo in esame è stato, poi, confermato anche da Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 398 e segg., con nota di BALLERINI. Sulla questione della forma degli ordini di investimento si veda, in termini che sostanzialmente anticipano questi ultimi approdi giurisprudenziali, PACE, *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in *Le forme della nullità, cit.*, pp. 159-177, ed ivi ulteriori riferimenti.

2. IL CONTRATTO NULLO CONVALIDABILE

2.1 Il dibattito dottrinario sulla convalida del contratto nullo

2.1.1 L'interpretazione dell'art. 1423 c.c.

Nell'intraprendere la disamina di alcune significative ipotesi di sanabilità dei contratti, o delle clausole, nulli, è sembrato opportuno partire da quella importante apertura in tal senso, che si trovava già nel testo originario del Codice Civile del 1942.

Il riferimento è, naturalmente, all'art. 1423, che recita: *“Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente”*. Benché la rubrica della norma si esprima in termini di *“Inammissibilità della convalida”*, appare chiaro come la lettera stessa dell'articolo ammetta esplicitamente che il contratto nullo può essere convalidato, nei casi previsti dalla legge.

La disposizione in esame non dice, invece, quali siano questi casi né che cosa sia e, soprattutto, come vada disciplinata la convalida del contratto nullo. In effetti, si tratta di una norma generale, che rinvia, per entrambi gli aspetti, ad ulteriori disposizioni. I casi di convalidabilità dovrebbero essere individuati da altre norme presenti nel sistema, mentre la disciplina della convalida viene fornita dall'art. 1444 c.c., riferito all'annullabilità, ambito in cui l'istituto assume una valenza generale e non limitata a casi speciali. Quelle esposte appaiono, in effetti, come delle ragionevoli scelte redazionali degli autori del Codice.

Se intesa in questi termini, la norma di cui all'art. 1423 non dovrebbe faticare a trovare una propria armonica collocazione nel sistema. Eppure, si tratta di una norma che, a lungo, un certo approccio interpretativo ha sostanzialmente obliterato.

Le ragioni storiche di questo peculiare fenomeno sono state, in parte, già delineate nel capitolo precedente, cui si rinvia. In sintesi, ciò è dipeso, in parte, dall'identificazione fra atto nullo ed atto giuridicamente inesistente, per il quale nessuna sanatoria può essere concepita, ed, in parte, dal collegamento istituito fra nullità ed interesse generale, che rendeva inammissibili forme di disponibilità della relativa tutela a livello privatistico. È chiaro che si tratta di ragionamenti strettamente connessi a quel particolare modo di intendere il fenomeno delle invalidità secondo una logica bipartita, che, come si è visto, ha avuto il suo massimo successo, in Italia, nella prima metà del XX secolo.

Si tratta, comunque, di un approccio che si è protratto sino ai nostri tempi, rendendo ampiamente accettate certe formulazioni, che conducono ad una radicale *interpretatio abrogans* dell'art. 1423 c.c. Infatti, seguendo tali premesse, sono entrambe le parti della norma a perdere ogni rilevanza. L'affermazione che il contratto nullo non possa essere convalidato appare come l'inutile e pleonastica enunciazione di quanto è già logicamente implicito nella natura stessa della nullità¹. Invece, la clausola che apre a possibili casi di convalida risulta insuscettibile di poter mai trovare applicazione concreta². In altri termini,

¹ Sulla base di queste premesse, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 994, vede nell'art. 1423 un "esempio di una certa, inopportuna propensione del legislatore a divenire egli stesso interprete".

² Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c. UTET*, IV, II, Torino, 1980, p. 486; FRANZONI, *sub art. 1423*, in *Della simulazione. Della nullità del*

essa può sembrare quasi un errore del legislatore, un residuo storico dell'irrazionalità del codice abrogato, sfuggito al controllo dei redattori di quello nuovo.

Con il profondo mutamento che, negli ultimi anni, ha subito tutta la materia delle invalidità contrattuali, anche queste formulazioni sembrano, però, destinate ad una complessiva revisione³. Infatti, i presupposti, sui quali esse si fondavano, appaiono, ormai, come idoli infranti. Come abbiamo visto, la disciplina delle nullità consiste, oggi, in una serie di diversificati statuti di certe contrattazioni, comunque giuridicamente rilevanti, cui si applicano determinati trattamenti, ora demolitori ed ora conformativi, finalizzati alla tutela, in non pochi casi, di interessi particolari. Appare evidente che ci troviamo agli antipodi rispetto al paradigma su cui era stata basata l'*interpretatio abrogans* dell'art. 1423⁴.

In questo nuovo contesto, non stupisce, quindi, che siano state proposte letture innovative, anche con riguardo alla norma in esame, la quale viene, così, a trovarsi al centro di un interessante dibattito. Emerge, infatti, con maggior chiarezza, che l'art. 1423 non esprime un principio logico di insanabilità, derivante dall'ontologia della nullità, ma fornisce

contratto. Dell'annullabilità del contratto, a cura di Galgano, Peccenini, Franzoni e Cavallo Borgia, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1998, p. 200.

³ Cfr. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1969.

⁴ PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 189 e segg., pur essendo contrario ad ammettere la convalida delle nullità relative, afferma chiaramente che tale conclusione non può più farsi derivare, pregiudizialmente, dai dogmi sopra ricordati.

una regola giuridica di prevalenza dei casi di insanabilità su quelli, comunque ammessi, di sanabilità⁵.

Peraltro, i casi di sanabilità non devono essere necessariamente sanciti da disposizioni *ad hoc*, ma possono anche ricavarsi *ex interpretatione*, sulla base della funzione e della *ratio* di norme ulteriori⁶. Quest'ultimo approdo può sembrare particolarmente dirompente, ma, in effetti, una volta rimossi i vincoli dogmatici cui si faceva prima riferimento, esso, a ben vedere, non rappresenta altro se non il normale funzionamento dell'ermeneutica giuridica. Anche *in subiecta materia*, infatti, come in ogni parte del diritto civile, i "casi previsti dalla legge" possono essere tali in maniera testuale e palese, oppure emergere per effetto dell'opera dell'interprete⁷.

⁵ Si veda PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida dl contratto nullo, cit., passim*, ma soprattutto p. 127 e pp. 195 e segg.

⁶ PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 86, definisce queste ipotesi come casi di "convalida inespressa". Infatti, come chiarisce efficacemente G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 90, il rinvio dell'art. 1423 ai casi previsti dalla legge può essere inteso sia come riferimento ad espresse disposizioni legali, sia come richiamo ai casi in cui la convalida si presenti come "conseguenza dell'ordinamento", dato che "il diritto ed il sistema non coincidono con la legge".

Già P. PERLINGIERI, *op. loc. ultt. citt.*, avanzava l'ipotesi che la previsione legale richiesta dall'art. 1423 potesse essere anche implicita o desumibile dai valori dell'ordinamento.

⁷ Lo stesso vale, ad esempio, per le ipotesi di esclusione della nullità in forza della clausola di salvezza di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.: non occorre, infatti, una espressa previsione normativa che neghi la ricorrenza della nullità, ma è sufficiente che l'ordinamento regoli il negozio illecito in maniera incompatibile con tale sanzione. Sulla questione, cui in questa sede si può solo accennare, cfr. BARBA, *op. cit.*, pp. 963 e segg., ed ivi ulteriori riferimenti.

Su queste basi, anche le nullità sanabili potranno essere considerate, secondo la tendenza già pienamente affermata per altre nullità anomale, come delle ipotesi speciali, ma non eccezionali, né, tantomeno, logicamente inammissibili⁸. Naturalmente, buona parte di questi casi di sanatoria, testuali o meno, si ritroveranno nell'ambito delle nuove nullità di protezione. Qui, infatti, come si è già messo in evidenza, la stessa legittimazione relativa conferisce al soggetto protetto un sostanziale potere di far salvo il contratto. Anche il ragionamento in termini di vera e propria convalida potrà apparire, quindi, coerente con quella valorizzazione della volontà di tale soggetto, che appartiene certamente alla *ratio* delle normative in questione.

D'altra parte, ciò non significa che sia impossibile ravvisare ipotesi di sanabilità anche al di fuori di questo campo⁹. Del resto, la clausola di salvezza dell'art. 1423 c.c., proprio per la sua collocazione, assume

⁸ Cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 454-455, sulla necessità di “*superare la dimensione meramente eccezionale riservata finora alla convalida dei negozi nulli*”, alla luce dell'attuale evoluzione del sistema.

Contra, PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 196, il quale sembra ritenere che debba considerarsi eccezionale ogni ipotesi di convalida del negozio giuridico, anche al di fuori del campo delle nullità. Infatti, la convalida implica l'attribuzione ad un soggetto del potere di incidere unilateralmente sulla posizione di altri interessati, il che, nell'impostazione dell'autore, imporrebbe un approccio restrittivo.

Non ci sembra, però, che quest'ultima posizione possa essere sostenuta in termini assoluti, dato che, almeno per quanto riguarda l'annullabilità, la previsione del potere unilaterale di convalida assume chiaramente un carattere di generalità, ai sensi dell'art. 1444 c.c. (cfr., *ex multis*, FRANZONI, *op. cit.*, p. 186).

⁹ Per PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 148-149: “*il problema dei limiti a disporre di un effetto dirimente non è proprio ed esclusiva pertinenza delle nullità nuove*”, in quanto esso “*accomuna trasversalmente più fattispecie, ordinarie (leggi di ius commune) e speciali*”.

evidentemente una portata generale e non limitabile, *a priori*, all'ambito consumeristico.

La nuova dottrina cui abbiamo già fatto riferimento, ricollega, infatti, alla norma in questione anche tutta una serie di forme surrettizie di sanatoria, che la giurisprudenza ha elaborato con riguardo a vari istituti, antichi e recenti. Si tratta di una serie di interessanti fattispecie, in cui, senza mai smentire apertamente il principio dell'insanabilità, la Cassazione ha, di fatto, consentito alle parti di salvare il contratto nullo. A seconda dei casi, ciò è avvenuto valorizzando, ad esempio, l'esigenza di evitare ingiustificati arricchimenti di uno dei contraenti¹⁰, oppure

¹⁰ Così, nell'ipotesi in cui l'appalto risulti nullo per mancanza della concessione edilizia, ma intervenga, poi, un condono, si consente all'appaltatore di ottenere, ex art. 2041 c.c., un indennizzo equivalente, nel *quantum*, a ciò che avrebbe dovuto ottenere come corrispettivo per la propria opera, se l'appalto fosse stato valido (Cass., 22 agosto 2003, n. 12347, in *Guida al dir.*, 2003, 39, pp. 51 e segg.). Lo stesso meccanismo viene applicato ai contratti delle società di *engineering*, nulli per violazione delle norme sulle attività riservate ai professionisti intellettuali (Cass., 1 ottobre 1999, n. 10872, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 2052).

In materia di locazioni, si può ricordare l'orientamento in base al quale, una volta dichiarato nullo il contratto, il conduttore non può chiedere la restituzione dei canoni pagati, qualora abbia effettivamente goduto dell'immobile, dato che ciò comporterebbe un suo inammissibile arricchimento senza causa in danno del locatore (Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Giur. it.*, 1991, p. 1314).

Si vedano PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 42-45; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, *cit.*, pp. 174-178. Cfr. anche SAVATIER, *Théorie des obligations (vision juridique et économique)*, Paris, 1967, n. 235, E: "quando l'esecuzione di un contratto nullo è, in sé, irreversibile dal lato di una delle parti, l'altra non deve arricchirsi ingiustamente, riprendendo, essa sola, la sua prestazione... la nullità di un contratto è una tecnica non rigida, che la legge e la giurisprudenza modellano secondo le circostanze, a proposito della ripetizione di indebito".

riconoscendo un particolare valore giuridico alla avvenuta esecuzione del contratto¹¹, o a successive manifestazioni di volontà delle parti¹². Il

¹¹ In tal modo, può essere recuperato un rapporto locatizio derivante da un contratto nullo, per destinazione dell'immobile ad usi incompatibili con i vigenti strumenti urbanistici. Infatti, qualora il conduttore destini, invece, l'immobile ad un uso consentito ed il locatore accetti, comunque, il pagamento dei canoni, si è ritenuto che questi comportamenti esecutivi diano luogo alla formazione di un nuovo valido contratto locatizio (Cass., 26 maggio 1999, n. 5103, in *Contratti*, 2000, I, p. 19).

In tema di mandato all'acquisto di immobili, si è riconosciuta la piena validità dell'atto formale di ritrasferimento, anche se posto in essere in esecuzione di un mandato nullo per difetto della forma scritta (Cass., 18 aprile 1980, n. 2551, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce "Mandato", n. 6).

Su entrambe le casistiche si veda PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 173-176. Sull'ambivalente rapporto fra esecuzione e sanatoria cfr. SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 581, i quali evidenziano come, a volte, sia problematica la distinzione fra contratti nulli, sanati con l'esecuzione, e contratti validi, che si perfezionano solo quando, al momento consensuale, ne segue uno esecutivo.

¹² Può essere il caso di un accordo transattivo, che comporti la rinuncia alle reciproche pretese restitutorie, che deriverebbero dalla nullità del contratto (Cass., 26 gennaio 1988, n. 644, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce "Arbitrato", n. 27), oppure faccia sorgere in capo alle parti l'obbligo di considerare pienamente efficace un contratto sospettato di nullità (Cass., 27 agosto 1994, n. 7553, in *Giur. it.*, 1995, I, pp. 1248 e segg.). Cfr. PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 177, e 186-188.

Quest'ultimo aspetto è più problematico: infatti, come è noto, in dottrina si discute da tempo sull'estensione della portata dell'art. 1972 c.c., in tema di transazione su titolo nullo. Ferma restando la nullità della transazione relativa a contratto illecito, il comma 2 di detto articolo prevede, però, che negli altri casi di nullità del titolo, la transazione sia solo annullabile, ad istanza di chi ignorava la causa di nullità, o, addirittura, valida ed efficace, se entrambe le parti erano consapevoli dell'invalidità del titolo. Secondo un certo orientamento, tale comma farebbe riferimento soltanto all'eventualità della cd. transazione novativa, che comporti, quindi, la rinnovazione del titolo nullo, senza, dunque, porsi minimamente in contrasto con il dogma

discorso, certamente stimolante, si allarga, peraltro, anche ad ulteriori ipotesi che si collocano probabilmente al di fuori di una sanatoria giuridica del contratto nullo¹³.

Sembra, comunque, necessario precisare che non tutti i casi di ipotizzabile sanatoria del contratto nullo possono essere ricondotti alla convalida¹⁴. Come si vedrà meglio più avanti, altre forme di sanabilità esistono, ma hanno una struttura ed una funzione differenti. Con il riferimento alla convalida, infatti, si intende qui alludere al rinvio che l'art. 1423 fa alla disciplina di cui all'art. 1444. Pertanto, il meccanismo in questione sembra applicabile soltanto alle ipotesi, vecchie e nuove, in cui la nullità è caratterizzata da finalità di protezione di una parte.

dell'insanabilità (cfr. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975; PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 198-201). Secondo un diverso indirizzo, invece, la portata del comma sarebbe più ampia e riferibile anche alla transazione modificativa (cfr. GIORGIANNI, *In tema di transazione sul "titolo" nullo*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, pp. 99 e segg.), per cui si aprirebbe uno spiraglio a delle forme di sanatoria del contratto nullo (così per PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 90-94).

¹³ PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 152 e segg., fa presente che il principio di irrecuperabilità del contratto nullo sarebbe, nella sostanza, disatteso, ogni qual volta le parti, percependo le proprie intese illecite come molto più vincolanti della legge, diano ad esse piena esecuzione, senza mai neanche porsi il problema di farne eventualmente valere i vizi di nullità.

Si tratta indubbiamente di un fenomeno molto diffuso (cfr. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229), ma, in sé e per sé considerata, la constatazione della giuridicità dei contratti nulli per ordinamenti diversi da quello statale, non ne comporta un recupero alla validità dal punto di vista di quest'ultimo.

¹⁴ Cfr. PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 196-197, e G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 10, secondo i quali la sanatoria è un *genus*, all'interno del quale si colloca la *species* della convalida.

In tali casi, la convalidabilità consisterà nel potere di detta parte di rinunciare a far valere la nullità del contratto, o della clausola, in questione. Come precisato dall'art. 1444, ciò potrà avvenire per effetto di una dichiarazione espressa o di un comportamento tacito, posto in essere, però, nella piena consapevolezza del vizio che colpisce il contratto. Pertanto, sul piano temporale, la convalida dovrà, necessariamente, essere successiva all'atto convalidato¹⁵.

Altri aspetti della disciplina sono, invece, molto meno chiari, in quanto, a volte, può non bastare una semplice estensione di quanto disposto con riferimento alla convalida del contratto annullabile. In particolare, bisogna considerare che, in quest'ambito, per aversi una valida sanatoria, occorre che il soggetto protetto non versi più nella condizione, di incapacità o di vizio del volere, che aveva dato causa all'annullabilità.

Non è facile, però, stabilire che cosa debba corrispondere a tale requisito nell'ipotesi di convalida applicata ad una nullità di protezione¹⁶. Certamente, il soggetto protetto non potrà cessare di essere consumatore, o cliente o subfornitore. Il problema, dunque, sta tutto nello stabilire che cosa dovrà essere mutato, rispetto al momento della stipula del contratto, perché divenga ammissibile che possa acquistare validità ciò che prima non la aveva.

Proprio la considerazione che non può mutare lo *status* soggettivo dei contraenti, ha costituito, in dottrina, un argomento per respingere l'idea della convalidabilità delle nullità di protezione. Secondo questa impostazione, quindi, non si tratta più di ribadire i vecchi dogmi, ma di fondare la medesima conclusione negativa proprio sulla *ratio* delle

¹⁵ GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 455-456.

¹⁶ Cfr. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 193-194.

nuove norme di tutela. Così, si è sostenuto che l'atto di convalida sarebbe frutto di una pressione economica identica a quella che aveva portato alla stipula del negozio viziato¹⁷. Pertanto, un'apertura in tal senso si risolverebbe, tendenzialmente, in uno svantaggio per il contraente debole, ed in una definitiva frustrazione dello scopo del legislatore¹⁸.

¹⁷ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 40-41, e ALBANESE, *op. cit.*, pp. 305-307, nonché GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, pp. 1542 e 1593, il quale sembra, però, aver rivisto le sue conclusioni in *La "nullità di protezione"*, *cit.*, pp. 116-117.

Più articolata è la posizione di SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 582. Infatti, anche gli autori citati segnalano che qui, a differenza che nel caso dell'annullabilità, “è in gioco una condizione statica e permanente”, per cui una convalida “*puramente potestativa proveniente dal contraente debole non potrebbe essere efficace perché sarebbe viziata da quella stessa peculiarità del contenuto o da quella stessa incapacità che viciano l'atto (relativamente) nullo*”. La conclusione, però, non sembra affatto una chiusura totale: “*Dopo una prima riflessione, verrebbe da dire che la nullità relativa in questione non ammette sanatoria. Ma con il tempo potrebbero emergere situazioni casistiche, argomentazioni, procedimenti capaci di smentire questa conclusione di prima istanza*”.

In questo studio, si vorrebbero mettere in evidenza proprio alcuni di questi elementi che possono indurre a rivedere la posizione in discorso.

¹⁸ Secondo PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 201, all'ammissibilità della convalida si contrapporrebbe anche l'interesse degli altri soggetti, appartenenti alla stessa categoria tutelata dalle norme di protezione, a far sì che negozi in contrasto con i loro interessi collettivi non vengano mai sanati.

Si deve, però, osservare che se l'ordinamento avesse voluto tutelare anche questa posizione, avrebbe dovuto configurare come assolute le nullità in questione, rendendole, così, invocabili da qualunque terzo interessato, eventualmente escludendo solo la controparte del soggetto protetto. Infatti, anche qualora non si voglia ammettere la sanabilità, il medesimo effetto, lesivo dell'interesse di categoria,

Non si potrebbe nemmeno invocare in senso contrario la legittimazione relativa, dal momento che essa conferirebbe al contraente protetto solo il potere di scegliere se azionare la nullità, ma non quello di rinunciare a questa possibilità, come può avvenire per effetto della convalida¹⁹. Peraltro, come si vedrà fra breve, la stessa relatività della legittimazione viene, secondo questa ricostruzione, fortemente compromessa da un'interpretazione in senso estensivo dei poteri ufficiosi del giudice.

Comunque, anche una parte della dottrina in esame non perviene ad una chiusura totale nei confronti della convalida. Al contrario, basandosi sulla condivisibile premessa che la materia delle nullità oggi non tollera soluzioni generalizzanti, essa propone una distinzione fra diverse categorie di fattispecie, fondata sulla valutazione concreta degli interessi²⁰. Le nullità protettive vengono, così, ripartite in due insiemi: quelle suscettibili di convalida e quelle refrattarie all'applicazione di tale istituto.

Secondo tale impostazione, la convalida sarebbe ammissibile solo per quelle ipotesi in cui la violazione delle norme, da cui scaturisce la comminatoria di nullità, non si è, però, tradotta in nessun concreto pregiudizio per il soggetto tutelato. In tali casi, dunque, la norma

si può produrre per conseguenza del normale operare della relatività, che impedisce sempre ai terzi interessati di far valere una nullità, qualora l'unico soggetto legittimato abbia scelto di non farla valere.

¹⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 38. Considerazioni simili si possono leggere in PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 202; BIANCA, *op. cit.*, pp. 624-625; VENOSTA, *Tre studi sul contratto, cit.*, pp. 217-218; SCALISI, *op. cit.*, p. 752.

²⁰ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 51.

protettiva avrebbe pienamente raggiunto il suo scopo, per cui la nullità potrebbe essere sanata senza danni per nessuno²¹.

In questa prima sottocategoria si fanno, così, rientrare le ipotesi in cui il legislatore ha imposto determinati obblighi di forma, finalizzati all'informazione del contraente debole²², qualora tale informazione sia ugualmente pervenuta a detto soggetto, ancorché non siano state rispettate tutte le modalità o le procedure, fissate dalle norme in questione²³. Si arriva, inoltre, ad includere anche quei casi in cui

²¹ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 53 e segg. L'impostazione seguita dall'autore deriva, in parte, da quella sostenuta da POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, *cit.*, pp. 946 e segg.

²² Sulle cd. forme *ad informationem* si possono vedere LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 363; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, *cit.*, pp. 113 e segg.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, *cit.*, pp. 99 e segg.; FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, pp. 157 e segg.; RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.

²³ G. PERLINGIERI, *op. loc. ultt. citt.*, richiama, ad esempio, le ipotesi di cui all'art. 117, comma 3, TUB, e 23, comma 1, TUF, nonché quelle di cui agli artt. 71 e 85

l'informazione dovuta non sia arrivata affatto a destinazione, laddove ciò non abbia avuto alcuna ripercussione sull'equilibrio contrattuale²⁴.

Non sarebbe, invece, ammissibile alcuna convalida in tutti quei casi, nei quali l'applicazione della comminatoria di nullità consegue ad un effettivo squilibrio del contratto, ad una sostanziale lesione dell'interesse del soggetto protetto. Rientrano, dunque, in questo secondo sottoinsieme tutte le ipotesi di clausole abusive o, comunque, di contenuti contrattuali riprovati dalle normative di protezione, appunto perché considerati in contrasto con gli interessi di determinate categorie di soggetti²⁵. In tutte queste fattispecie, pertanto, l'unica possibilità di recupero starà in una

cod. cons. Sono tutti casi in cui la legge prescrive l'uso della forma scritta o la consegna di determinati documenti informativi, nel corso del procedimento di formazione del contratto. Secondo la ricostruzione che si sta esponendo, la convalida sarebbe ammissibile, qualora l'informazione sia giunta al consumatore con modalità differenti dallo scritto, ma ugualmente efficaci, come la comunicazione telematica o, al limite, orale. Lo stesso varrebbe, poi, per i casi in cui l'informazione sia arrivata in un momento successivo a quello prescritto dalla procedura legale, senza, però, che ciò abbia causato alcun pregiudizio concreto.

²⁴ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 55, fa l'esempio di un contratto concluso telefonicamente senza che, però, il professionista abbia dichiarato lo scopo commerciale della chiamata all'inizio della conversazione ex art. 52, comma 3, cod. cons. In questo caso, l'informazione rilevante non è mai giunta al consumatore, ma ciò non esclude che il contratto possa essere perfettamente equilibrato e vantaggioso per il consumatore stesso.

²⁵ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 61 e segg., richiama, ad esempio, le clausole abusive ex art. 33 cod. cons. e quelle di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, nonché le previsioni in materia di mutui di cui al citato decreto legge n. 7 del 2007 e quelle regolate dagli artt. 117, comma 6, TUB, e 23, comma 2, TUF. Sembra di poter concludere che la gran parte delle nullità protettive ricade in questo secondo gruppo.

successiva rinnovazione del contratto, che ne riporti ad equità il contenuto²⁶.

La riferita impostazione trova il proprio fondamento in una concezione che ridimensiona fortemente il rilievo della volontà del soggetto considerato debole. Si sostiene, infatti, che il giudice deve avere il potere di rilevare la nullità protettiva anche contro la volontà del soggetto protetto, che intendesse magari sanarla, o, comunque, non farla valere. Il giudicante dovrebbe, quindi, valutare, paternalisticamente, l'interesse del soggetto protetto e basarsi su di esso, a prescindere dalla volontà del medesimo soggetto, qualora questa gli appaia "oggettivamente svantaggiosa" per chi la esprime²⁷. Si afferma addirittura che, in certi casi, il giudice dovrebbe rilevare la nullità anche contro l'interesse, e non solo contro la volontà, del soggetto protetto, qualora un certo pregiudizio per il soggetto, che, a questo punto, ha poco senso definire "protetto", risulti necessario per il miglior perseguimento di finalità di interesse generale²⁸.

²⁶ G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 70 e segg., richiama la logica che informa l'istituto codicistico della rescissione, non convalidabile, ma suscettibile di *reductio ad aequitatem*.

²⁷ Così, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 67, e ALBANESE, *op. cit.*, p. 308.

Come si vedrà meglio più avanti, la giurisprudenza europea si è, di recente, collocata su posizioni antitetiche rispetto a queste, con la nota sentenza CGCE, 4 giugno 2009, n. 243, sulla causa C-243/08, caso *Pannon*, in *Foro it.*, 2009, 11, IV, p. 489.

²⁸ Secondo G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 68, la nullità può rappresentare "la soluzione preferibile sul piano più generale, purché non particolarmente lesiva del contraente debole". Quindi, la cd. protezione di tale contraente potrebbe consistere in una lesione dei suoi interessi, purché non troppo gravosa. Ci sembra che una ricostruzione del genere rischi di sovvertire le finalità delle norme in esame.

Queste conclusioni non ci sembrano condivisibili. In effetti, nessuna delle due proposte categorie risulta pienamente convincente.

Per quanto riguarda la prima serie di ipotesi, cioè per l'inadempimento, o l'inesatto adempimento, di obblighi informativi precontrattuali, che non abbia, però, minimamente intaccato il valore sostanziale del contenuto contrattuale, la ammessa sanatoria appare, per certi aspetti, superflua. In effetti, si può sostenere che queste fattispecie non rappresentino neppure delle vere cause di nullità.

Infatti, se si aderisce ad una lettura delle normative in questione secondo una logica procedimentale, anziché formalistica²⁹, ne deriva che non ogni carenza sul piano delle formalità informative potrà comportare meccanicisticamente l'invalidazione del contratto. Tale effetto si produrrà, invece, soltanto qualora non risulti attuato lo scopo del momento procedimentale che esse rappresentano³⁰. In caso contrario,

²⁹ Il dibattito sul formalismo è troppo ampio per poter essere ripercorso in questa sede. Si ricorderanno, quindi, soltanto la posizione rigorosamente strutturalista di IRTI, *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, e quella, ormai prevalente, che ritiene, invece, fondamentale l'analisi delle finalità che le prescrizioni di forma perseguono, per la quale si rinvia a GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1968; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit.; BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, Milano, 2006, pp. 465 e segg.

³⁰ Il riferimento è all'impostazione proposta da LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, cit., p. 146, e pp. 182 e segg., secondo la quale le "formalità informative, se collocate in una logica procedimentale ... vengono ad essere valutate, nel giudizio sulla validità del contratto, tenuto conto della loro tendenzialità, ovvero del loro scopo all'interno del procedimento contrattuale. La loro mancanza non determinerà automaticamente un vizio del contratto. Quest'ultimo, infatti, secondo il principio della strumentalità cui sono improntate le

invece, il vizio appare già sanato per raggiungimento dello scopo, in forza del generale principio di strumentalità delle forme, che si trova espresso, per il processo civile, dall'art. 156, comma 3, c.p.c., ma che assume una valenza sistematica generale, riferibile anche ai procedimenti del diritto privato³¹.

Si tratta, del resto, di conclusioni sostanzialmente in linea con le ricostruzioni che si sono affermate in ambito tedesco³² e francese³³, ma

forme del procedimento potrà risultare valido in presenza di vizi del procedimento se si è comunque raggiunto lo "scopo" che il momento procedimentale viziato era preposto a raggiungere".

³¹ Cfr. LANDINI, *op. cit.*, pp. 47-49. Alle fondamenta di tale ricostruzione sta la teoria elaborata da SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, e ID., "Agere" (contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato), in *Studi in onore di G. Zanobini*, V, Milano, 1962, pp. 513 e segg.

³² Si veda FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 572-579, il quale sottolinea la tendenza della giurisprudenza tedesca a "considerare il rapporto fra lo scopo della forma e la nullità: la forma come "ersetzbare Formalitat" non potrebbe sussistere indipendentemente dalla propria finalità; per cui il negozio privo di forma risulterebbe efficace nelle ipotesi in cui i fini di forma, a causa di particolari circostanze, non rivelino la necessità di salvaguardare la formalità imposta dalla legge" (cfr. *BundesGerichtsHof*, 29 gennaio 1965, in *NJW*, 1965, p. 812), per cui "la sanzione della nullità predisposta per il negozio mancante dell'elemento formale non scaturisce automaticamente dall'esistenza del vizio, ma è risultato di un più complesso procedimento nel quale ha decisiva importanza il contegno assunto dai contraenti durante e dopo la conclusione del negozio formale".

³³ Anche in Francia il principio "pas de nullité sans grief", originario del diritto processuale (art. 114 *NCPC*), viene oggi esteso al formalismo della legislazione consumeristica, in modo da escludere la ricorrenza di ipotesi di nullità, nei casi in cui la funzione informativa si sia, comunque, realizzata, nonostante lo scostamento dalle

sembra opportuno rilevare che in questa direzione si stanno orientando anche i più recenti approdi della nostra giurisprudenza di merito³⁴.

modalità procedurali previste per legge, purché esso non abbia pregiudicato, in alcun modo, la posizione del contraente protetto. Si può vedere, ad esempio, *Cour de Cassation*, 9 dicembre 2004, in *Rev. dr. civ.*, 2005, pp. 403 e segg., che ha escluso la nullità, precedentemente affermata dai giudici di merito, di un contratto recante una menzione informativa prescritta dalla legge, in cui mancava una congiunzione, a causa di un mero errore di battitura, senza, però, che ciò inficiasse il senso della menzione stessa. Cfr., per ulteriori riferimenti, PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, *cit.*, pp. 1044 e segg.

Restando nell'ambito francofono, si può rilevare che, in Quèbec, l'art 271 della *Loi sur la protection du consommateur* del 22 dicembre 1978 prevede che l'azione di nullità relativa, promossa dal consumatore per carenza delle prescritte forme informative, deve essere respinta se il professionista dimostra che "*le consommateur n'a subi aucun prejudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été respectée*". Si veda CUMYN, *op. cit.*, pp. 248 e segg.

³⁴ Cfr. Trib. Torino, 21 gennaio 2011, e Trib. Novara, 19 luglio 2012, entrambe disponibili in formato elettronico in *www.ilcaso.it*, secondo le quali il soggetto legittimato a far valere la nullità protettiva non ha interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c., qualora il mancato perfezionamento del contratto nella forma prescritta non abbia compromesso il raggiungimento dello scopo informativo, proprio della specifica norma in esame. Si trattava di fattispecie in cui il testo contrattuale conteneva tutte le informazioni previste ex art. 23 TUF, ma era carente di una sottoscrizione della controparte del soggetto protetto.

In casi del genere, appare evidente che privare il cliente della possibilità di far valere la nullità, qualificando come inammissibile la relativa azione, equivale, in sostanza, ad escludere la stessa nullità, dato che altri soggetti legittimati non possono esistere. Altre sentenze, infatti, arrivano ad esplicitare che l'assolvimento dello scopo informativo esclude *in radice* la sussistenza di una nullità: cfr. Trib. Biella, 13 gennaio 2010, e Trib. Arezzo, 23 dicembre 2010, entrambe disponibili in formato elettronico in *www.dejure.it*, nonché Trib. Milano, 21 febbraio 2012, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*.

Pertanto, si può sostenere che, nei casi adesso in esame, non vi è spazio per un'eventuale convalida di un atto già sano. In effetti, a ben vedere, in casi del genere mancherebbe un interesse meritevole di tutela, che la parte protetta potrebbe attuare decidendo di non convalidare, e di agire per la nullità di un contratto che, nella realtà, non presenta alcun vizio. Rimettere la sanatoria ad un atto di parte, in queste ipotesi, potrebbe soltanto servire a consentire a detta parte di lucrare qualche vantaggio indebito, in cambio dell'emissione di una dichiarazione convalidante, riferita ad un contratto dal quale, però, il consumatore stesso non aveva ricevuto alcun pregiudizio.

Da quanto esposto, si può dedurre che tutti i casi di vera e propria nullità protettiva ricadono, in sostanza, nella seconda delle categorie proposte dall'orientamento dottrinale in esame. Vi rientrano, infatti, tutte le ipotesi in cui le violazioni delle regole di forma *ad informationem* hanno avuto effettivamente delle conseguenze sulla formazione dello stipulando contratto, oltre a tutte le ricordate fattispecie in cui la nullità è connessa a vizi del contenuto contrattuale. Pertanto, la tesi qui criticata rischia di tradursi in un diniego totale della possibilità di convalida delle vere nullità di protezione³⁵. Dal sistema emergono, però, diversi indici che portano a contestare un siffatto esito.

Innanzitutto, il rischio che la controparte possa esercitare delle pressioni per far convalidare il contratto, ed aggirare così la comminatoria di invalidità, non è una caratteristica esclusiva delle nuove nullità. Infatti, si

³⁵ In contrasto con le premesse dalle quali parte lo stesso G. Perlingieri, il quale condivide, come si vedrà meglio anche nelle note seguenti, alcuni argomenti favorevoli all'ammissibilità della convalida, salvo, poi, restringerne il campo, in base a quel meccanismo di riparto, nei confronti del quale ci siamo già espressi in modo critico.

è osservato che anche chi ha stipulato un contratto annullabile, perché viziato da violenza morale, può sentirsi altrettanto sotto pressione³⁶, ed, anzi, egli si trova, probabilmente, in una posizione peggiore di quella del consumatore vessato. Ciò nondimeno, il nostro ordinamento consente la convalida del contratto in questione, purché essa abbia luogo in maniera spontanea e consapevole. Dunque, la soluzione più coerente col sistema non è negare il potere di convalida, ma fissare, in modo rigoroso, i requisiti e le modalità, in cui questo essere esercitato in maniera conforme alle finalità dell'ordinamento.

Nell'ambito della legislazione consumeristica, vi sono, poi, disposizioni che regolano espressamente l'eventualità di rinunzie, da parte del contraente protetto, ai propri diritti. Fra questi diritti rientra, evidentemente, anche quello di far valere la nullità di un contratto, o di una clausola, colpiti da nullità protettiva. In effetti, in varie ipotesi, il Codice del Consumo si limita a porre dei generici divieti di rinunzia³⁷, il che potrebbe sembrare in linea con una prospettiva di negazione della convalidabilità delle nullità in parola. Queste disposizioni devono essere, però, interpretate sistematicamente, alla luce di ulteriori norme della medesima codificazione, e non ridotte alla loro sterile portata letterale con un approccio meramente esegetico.

Come è noto, infatti, altre, più precise, disposizioni limitano il divieto alle rinunzie anteriori o coeve al sorgere del diritto, senza toccare la

³⁶ L'osservazione è di POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 940. Esprimono sostanziale consenso anche PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 133, e G. PERLIGIERI, *op. cit.*, p. 37.

³⁷ Il principio è sancito, in linea generale, dall'art. 143 cod. cons., e ribadito, con riguardo a specifici settori, da altre norme, come l'art. 67 octies decies, per la commercializzazione a distanza di servizi finanziari, o l'art. 78, per la multiproprietà.

validità di quelle successive³⁸. Peraltro, una norma generale prevede procedure di composizione stragiudiziale delle liti fra professionisti e consumatori³⁹. Dette procedure condurranno, di norma, a operazioni di carattere transattivo, tali da implicare, quindi, reciproche rinunzie⁴⁰. Pertanto, la dottrina che si è occupata del tema considera generalmente ammissibili le rinunzie del consumatore ai propri diritti, come è naturale trattandosi di posizioni patrimoniali, purché si tratti di rinunzie successive al sorgere di tali diritti, e non anteriori o coeve a detto momento⁴¹. D'altronde, si tratta di una posizione assolutamente coerente con un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in base al quale sono

³⁸ Ciò si evince chiaramente dalla lettera dell'art. 134 cod. cons., in materia di garanzie nella vendita di beni di consumo, e si può dedurre anche dall'uso dell'avverbio "preventivamente" nell'art. 124 cod. cons., in materia di danno da prodotto difettoso.

³⁹ Il riferimento è all'art. 141 cod. cons.

⁴⁰ Già BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, cit., p. 789, individuava un fenomeno di possibile sanatoria delle nullità relative e delle annullabilità nell'ipotesi delle reciproche rinunzie in sede transattiva.

Anche per quanto attiene alla rescissione, su cui, come si è visto, la dottrina qui criticata fonda la propria impostazione, è importante rilevare che il divieto di convalida ex art. 1451 c.c. può essere aggirato, e sostanzialmente vanificato, procedendo ad una transazione stragiudiziale, che abbia ad oggetto l'*an* ed il *quantum* della riduzione ad equità, come mettono bene in luce SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 587.

⁴¹ Cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 384-386; PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 159-172; MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, pp. 697 e segg.; ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, p. 184; G. PERLIGIERI, *op. cit.*, p. 34.

Contra VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 219, il quale sostiene un'interpretazione letteralista dell'art. 143 cod. cons.

valide le rinunzie successive del conduttore di immobili ad uso non abitativo, dunque di un altro contraente protetto, ai propri diritti, anche se derivanti da inderogabili disposizioni di tutela⁴².

Sulla base di queste premesse, fra le rinunzie ammesse si può far rientrare anche la convalida della nullità di protezione, ovvero la rinuncia al diritto di far valere l'invalidità in parola. La convalida, infatti, strutturalmente non può che essere successiva all'atto convalidato, dalla stipulazione del quale sarà, quindi, già sorto il diritto in questione. Del resto, la possibilità di scegliere, fra la concessione ed il diniego della convalida, non può che rafforzare la posizione del consumatore in sede di transazione. In questo caso, tale rafforzamento potrà essere visto come un'opportuna operazione di riequilibrio in favore della parte debole: si andrà, infatti, a compensare uno svantaggio effettivamente patito dal consumatore al momento della stipula del contratto.

La fattispecie vietata dalle norme sopra ricordate è, dunque, diversa e consisterebbe in un atto con cui il consumatore non sana una nullità già esistente, ma abdica preventivamente alla possibilità di azionare nullità, che dovessero venire ad esistenza in futuro, o che verranno ad esistenza per effetto del medesimo contratto, in cui sia contenuta l'ipotizzata rinuncia. Non si intende, quindi, mettere in dubbio l'inammissibilità di

⁴² Si possono indicare, fra le ultime, Cass., 6 agosto 2010, n. 18359, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1547; Cass., 25 febbraio 2008, n. 4714, in *Arch. locazioni*, 4, p. 364; Cass., 9 novembre 2006, n. 23910, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, n. 11.

questo genere di manovre in frode alla legge, ma solo chiarirne la differenza rispetto alla convalida vera e propria⁴³.

Vi è, poi, un'ulteriore considerazione da svolgere, riferibile ad un'ipotesi normativa specifica, ma di notevole rilevanza. Occorre, infatti, ricordare che la principale disposizione consumeristica in tema di clausole abusive esclude l'invalidità della clausola che sia stata individualmente negoziata, ancorché la stessa corrisponda ad una di quelle tipizzate dall'elenco normativo⁴⁴. Pertanto, non sembra che l'ordinamento abbia voluto considerare sempre inammissibile la presenza nel contratto di un simile contenuto. Ciò che viene riprovato è il modo in cui, il più delle volte, tali clausole vengono inserite, ovvero attraverso l'imposizione di una parte nei confronti dell'altra. Nei rari casi in cui, invece, esse derivino da un'autentica trattativa, il sistema non sembra avere obiezioni a che esse rimangano pienamente vincolanti⁴⁵. Pertanto, non dovrebbe essere negata nemmeno la possibilità di convalidare successivamente l'inserimento nel contratto di questo genere di clausole, anche qualora, in un primo momento, esse non fossero state adeguatamente negoziate.

⁴³ Del resto, come osserva G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 35, anche nel campo dell'annullabilità si distingue fra una convalida successiva, ammessa dall'art. 1444 c.c., ed una rinunzia preventiva all'eccezione, invalida ex art. 1462 c.c.

⁴⁴ Il riferimento è, naturalmente, all'art. 34, comma 4, cod. cons. La limitazione in discorso non sembra affatto destinata a cadere e viene ribadita anche dal già ricordato *European Common Sales Law* all'art. 83. La Commissione ha, infatti, respinto una precedente formulazione, che estendeva il controllo di abusività anche alle clausole individualmente negoziate: cfr. PATTI, *op. cit.*, pp. 674-677.

⁴⁵ Quanto esposto non vale, però, con riferimento alle clausole della cd. *black list* di cui all'art. 37, comma 2, cod. cons., le quali saranno, eccezionalmente, nulle, anche qualora siano state oggetto di trattativa individuale.

Non sembra, invece, che sia sempre necessario procedere comunque ad una modifica delle stesse. Infatti, si è detto che non è tanto il loro contenuto ad essere inammissibile, quanto l'abuso di cui esse sono solitamente strumento. Se la trattativa individuale preventiva è sufficiente a renderle inattaccabili, non vi sono ragioni per escludere, in modo perentorio, che lo stesso effetto possa derivare anche dalla transazione successiva⁴⁶.

In entrambi i casi, il riequilibrio deriverà da differenti vantaggi, che il contraente protetto sia riuscito ad ottenere su piani diversi, e non necessariamente dalla *reductio ad aequitatem* del contenuto della clausola stessa. Si vedrà più avanti, infatti, che possono esserci vari casi concreti, in cui l'interesse che appare più meritevole di tutela è proprio quello al mantenimento, senza alterazioni, della clausola, o del contratto, affetti da nullità protettiva.

⁴⁶ Cfr. GIORGETTI, *La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 774-776; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 184-187. La seconda autrice citata estende il ragionamento anche ad ipotesi ulteriori quali la subfornitura o l'accordo iniquo sui ritardi nei pagamenti, pur in mancanza di espresse disposizioni sul valore della trattativa individuale nelle rispettive discipline.

L'approccio sembra condivisibile, in quanto nei contratti di impresa l'autonomia privata dovrebbe essere valorizzata in misura, se del caso, maggiore, ma non certo minore, di quella prevista per i contratti con i consumatori.

Nega, invece, ogni possibilità di convalida del contratto nullo per violazione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pp. 144-147.

2.1.2 Riflessi in tema di responsabilità notarile

La dottrina ha avuto modo di interessarsi al problema della sanabilità anche con riferimento allo specifico settore della responsabilità del notaio per la redazione di atti invalidi. Si tratta, infatti, di una materia che ha conosciuto una significativa evoluzione negli ultimi anni, e stenta ancora a trovare dei solidi punti di riferimenti. Pertanto, come si vedrà nel prosieguo, è parso utile, a chi si è occupato della materia, indagare anche l'eventuale convalidabilità di determinati atti, al fine di chiarire meglio il fondamento e la portata di certe regole di responsabilità professionale.

Sembra, comunque, opportuno premettere che i problemi più peculiari della materia in discorso, all'interno del sempre più articolato quadro delle responsabilità professionali, nascono soprattutto dalla duplice qualifica rivestita dal notaio. Egli, infatti, non è solo un libero professionista, che esercita, in forme privatistiche un'attività di consulenza giuridica e fiscale, nonché di redazione di atti, ma è anche, al tempo stesso, un pubblico ufficiale, che esercita una funzione di certificazione e di controllo della legalità, delegatagli dallo Stato, e che si trova, quindi, assoggettato a tutta una serie di obblighi e di controlli⁴⁷.

⁴⁷ Si veda, per tutti, LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio*, Torino, 2003, pp. 1-6. La dottrina parla, da tempo, di “*esercizio privato di pubbliche funzioni*”: cfr. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1920, p. 341.

In una prospettiva più complessa, SALV. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not.*, 1963, pp. 1 e segg., colloca la figura del notaio nel tema dei collegamenti fra ordinamenti privati ed ordinamento statale, in quanto la sua funzione è quella di far

Naturalmente, a seconda che si ritenga di dare maggiore importanza all'uno o all'altro profilo, cambierà in modo significativo anche la configurazione della relativa responsabilità. Tutto ciò emerge chiaramente proprio con riguardo alla responsabilità per la redazione di un atto invalido, questione che ha suscitato, e tuttora suscita, un vivo dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Le diverse posizioni sul punto si possono, infatti, spiegare, essenzialmente, con il riferimento ad una concezione più pubblicistica, o, al contrario, più privatistica, della funzione notarile.

La norma di riferimento in materia è tuttora l'art. 28 della legge notarile (legge 16 febbraio 1913, n. 89), il quale, com'è noto, prevede che: *“Il notaio non può ricevere o autenticare⁴⁸ atti: 1° se essi sono*

sì che un atto privato possa avere efficacia nell'ordinamento dello Stato. Infatti, nella concezione del grande giurista, il notaio è parte dell'ordinamento privato, anzi contribuisce alla formazione dello stesso tramite la sua opera di redazione dell'atto, per configurare la quale è sufficiente il rapporto professionale e non occorre alcun intervento dello Stato. Al tempo stesso, egli è tutore dell'ordinamento privato in quello statale, poiché lo Stato, nel riconoscere l'ordinamento dei privati, riconosce anche ad uno di essi, particolarmente qualificato, un potere certificativo *erga omnes*, che va, quindi, oltre l'ordinamento particolare. Il notaio svolge, dunque, una funzione di adeguamento della volontà delle parti alle condizioni necessarie per avere il riconoscimento dello Stato, opera che gli è possibile, in quanto egli conosce la volontà delle parti, ma anche quella dell'ordinamento statale. Romano evidenzia così che il ruolo del notaio, ben lungi dal ridursi alla mera “ricezione” di atti, come parrebbe dalla formula legislativa, si configura, invece, come autenticamente produttivo di diritto.

⁴⁸ Le parole “*o autenticare*” sono state aggiunte dall'art. 12, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246, onde evitare che il divieto venisse aggirato, facendo figurare l'atto illegale redatto dal notaio come una scrittura privata predisposta dalle parti e da lui semplicemente autenticata (sul pericolo della “fuga” del notaio dall'atto pubblico

espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico; ...". Com'è evidente, si tratta di una norma piuttosto risalente, che non poteva, naturalmente, avere riguardo alle categorie della patologia negoziale che saranno poi adottate dal Codice Civile del 1942, né, tanto meno, a quelle successive alla odierna crisi delle prime. Anche questo può spiegare perché siano così numerosi i dubbi e le controversie suscitate da detta norma, nella sua ormai secolare esistenza⁴⁹.

Il problema posto all'interprete consiste, quindi, nella necessità di individuare quali siano gli atti effettivamente soggetti a tale divieto. Si tratta di una questione di notevole rilevanza, in quanto l'ordinamento notarile ricollega alla violazione dell'art. 28 la grave sanzione di cui all'art. 138 l. n., cioè la sospensione da sei mesi ad un anno

cfr. DONISI, *Considerazioni di un "laico" sulle ultime proposte di modifica dell'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Vita not.*, 1984, p. 5). Adesso non vi sono più dubbi sul fatto che anche questa ipotesi sia proibita, tanto quanto lo è rogare un atto pubblico illegale. Sulla tendenziale equiparazione fra le due ipotesi ai fini della responsabilità notarile si possono ora vedere BRANDANI, *L'indagine sulla volontà delle parti ex art. 47, ultimo comma, l. not. e la scrittura privata autenticata*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, a cura di Pagliantini, Torino, 2012, pp. 185 e segg., e NAVONE, *Scrittura privata autenticata e controllo notarile di legalità*, *ibidem*, pp. 209 e segg.

⁴⁹ Si è detto che l'art. 28 rappresenta "uno dei precetti più tormentati del nostro universo giuridico" (DONISI, *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 196).

La norma, infatti, va letta assieme al precedente art. 27 l. n., in base al quale "il notaro è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto". Il professionista, quindi, rischia sempre di venire a trovarsi "tra l'incudine e il martello" (CALDERONE, *Responsabilità notarile per gli acquisti non autorizzati degli enti ecclesiastici*, in *Riv. not.*, 1960, p. 215).

dall'esercizio della professione, sanzione che sarà irrogata da parte delle competenti autorità disciplinari.

I soggetti pregiudicati dalla redazione dell'atto invalido potranno, inoltre, ove ne ricorrano i presupposti, agire in responsabilità, contrattuale o extracontrattuale a seconda dei casi⁵⁰, contro il notaio,

⁵⁰ La questione della natura giuridica della responsabilità civile del notaio è stata a lungo dibattuta. Secondo un primo orientamento essa avrebbe sempre natura contrattuale, anche nei confronti di soggetti diversi dal cliente, in quanto si tratterebbe, comunque, della violazione di un'obbligazione specifica, non importa se *ex contractu* o *ex lege*, sussistente in capo al professionista (cfr. DE CUPIS, *Sulla responsabilità del notaio per la nullità dell'atto da lui rogato*, in *Foro it.*, 1955, IV, pp. 7 e segg.). Secondo altri, al contrario, la responsabilità sarebbe sempre extracontrattuale, anche nei confronti del cliente, in considerazione di una sopravvalutazione dell'elemento pubblicistico, che porterebbe a considerare irrilevante lo stesso contratto d'opera intellettuale (cfr. SCARPELLO, *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni notarili*, in *Foro pad.*, 1955, I, pp. 83 e segg.).

Secondo la posizione di sintesi, oggi prevalente, la responsabilità sarebbe contrattuale, nei confronti delle parti dell'atto, ed extracontrattuale, nei confronti di tutti i terzi interessati (cfr. ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1984, p. 992; ROPPO e BENEDETTI, *La responsabilità professionale del notaio*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 801). Si può osservare che a conclusioni non troppo lontane era giunto SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 45-48, il quale, premesso che il rapporto d'ufficio escluderebbe la possibilità di ogni diretto richiamo sia alla responsabilità contrattuale, sia a quella extracontrattuale, riteneva, però, che ad esse fosse possibile fare riferimento in via analogica, applicando la disciplina contrattuale alla funzione di redazione dell'atto e quella aquiliana alla funzione di certificazione *erga omnes*.

Nella giurisprudenza di merito più recente, poi, sono emersi orientamenti volti ad estendere l'applicabilità delle regole della responsabilità contrattuale anche a soggetti diversi dalle parti clienti e dai diretti beneficiari dell'atto, in forza della nota teoria

come precisato dall'art. 76 l. n.⁵¹. Per i difetti dell'atto che non siano, invece, abbastanza gravi da poter rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 28, la sanzione per il notaio consisterà, appunto, nella responsabilità civile⁵², salvo il caso di esonero da responsabilità espressamente pattuito fra il notaio ed i suoi clienti⁵³. Il quadro dovrebbe, poi, essere completato facendo riferimento anche alle sanzioni disciplinari minori⁵⁴ ed a quelle conseguenti alla violazione di regole deontologiche⁵⁵.

degli obblighi di protezione da contatto sociale (cfr. Trib. Monza, 17 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 680; *contra* Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 112).

⁵¹ Il citato articolo recita: “*Quando l'atto sia nullo per causa imputabile al notaio, o ... , non sarà dovuto alcun onorario, diritto o rimborso di spese. Negli accennati casi, oltre il risarcimento dei danni a norma di legge, il notaio deve rimborsare le parti delle somme che gli fossero state pagate*”.

⁵² Il riferimento non è solo ai vizi che, a seconda dell'orientamento cui si aderisca, risulteranno “minori”, ma anche a quelle ipotesi di atti pienamente legali e giuridicamente efficaci, ma in concreto contrari agli interessi delle parti o, comunque, non idonei al pieno raggiungimento dell'intento pratico delle stesse sul piano economico: si vedano LA PORTA, *op. cit.*, p. 39; ROPPO e BENEDETTI, *op. cit.*, p. 803.

⁵³ Esonero che, si badi bene, non metterebbe, comunque, il notaio al riparo da eventuali azioni risarcitorie di terzi pregiudicati dalla sua attività.

⁵⁴ Come, ad esempio, l'avvertimento o la censura di cui all'art. 136 l. n. Per un'analisi complessiva dell'attuale assetto delle pene disciplinari notarili, all'indomani della riforma di cui al decreto legislativo 1 agosto 2006, n. 249, si veda TRAPANI, *La pena disciplinare: tecniche di applicazione e modulazione*, in *Riv. not.*, 2011, 2, pp. 449 e segg.

⁵⁵ La redazione di atti invalidi, o comunque difettosi, può anche integrare l'ipotesi di cui al nuovo testo (successivo alla riforma di cui al citato decreto legislativo 249 del 2006) dell'art. 147, lettera *b*, della legge notarile, che sanziona il notaio la cui

Si può, quindi, comprendere che un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione dell'art. 28, dilatando la possibilità di infliggere significative sanzioni disciplinari, esalta il profilo pubblicistico, mentre un'interpretazione restrittiva, facendo sì che, nella maggior parte dei casi, la vera sanzione sia costituita dalla responsabilità civile, esalterà quello privatistico. Appare evidente che la scelta dell'una o dell'altra impostazione ha delle conseguenze rilevanti su tutto il modo di intendere la professione notarile e sullo stesso atteggiamento che si richiede al notaio di assumere nell'espletamento delle proprie funzioni.

condotta abbia violato le norme deontologiche elaborate dal Consiglio Nazionale, in forza dei poteri ad esso riconosciuti dall'art. 16 della legge 27 giugno 1991, n. 220. Infatti, l'art. 42, lettere *a*, *b* e *c*, dei Principi di Deontologia Professionale dei Notai, approvati dal Consiglio Nazionale del Notariato, con deliberazione del 5 aprile 2008, n. 2/56, cioè il codice deontologico vigente, espressamente prevede fra i doveri del notaio quello di dirigere la formazione dell'atto *“nel modo tecnicamente più idoneo per la sua completa efficacia e per la stabilità del rapporto che ne deriva”*, oltre a quelli di fornire informazioni e chiarimenti relativi alle conseguenze ed alla vincolatività giuridica dell'atto stesso.

La previsione in esame è capace di ricomprendere nel proprio ambito applicativo una molteplicità di fattispecie piuttosto eterogenee e caratterizzate da un grado di disvalore assai variabile e, non a caso, la sanzione prevista dall'art. 147 può essere modulata all'interno di una cornice edittale amplissima. Vi è un solo vincolo che tale norma pone alle autorità disciplinari in maniera piuttosto netta: infatti, per rilevare ex art. 147 le violazioni del codice deontologico devono essere commesse *“in modo non occasionale”*. Come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità, questa locuzione deve essere intesa in senso letterale, per evidenti finalità garantistiche, per cui saranno imprescindibili la sussistenza di una pluralità di violazioni e la loro sistematicità (Cass., 18 luglio 2008, n. 19927, in *Giust. civ.*, 2009, 3, I, p. 655). Una violazione isolata, quindi, potrà, al più, incorrere nelle sanzioni minori di cui all'art. 136 della legge notarile.

L'impostazione pubblicistica ed estensiva, infatti, vede il notaio come severo guardiano della legalità, tenuto al più stretto rispetto delle norme, anche a costo di doversi porre in contrasto con le istanze di chi richiede il suo ministero. Invece, se si sposa l'opzione privatistica e restrittiva, allora non si può non tener presente che, per il cliente medio, in buona sostanza, vale, riferito ai notai, ciò che, a quanto pare, J. Rockefeller diceva degli avvocati: *“non mi interessano quelli che dicono che non si può fare; mi interessano quelli che dicono come si può fare”*⁵⁶. Pertanto, il professionista, una volta libero dal vincolo dell'incombente responsabilità ex art. 28, operando in un mercato più o meno concorrenziale, sarà portato ad un atteggiamento flessibile ed elastico, più da consulente giuridico che da custode della legge⁵⁷.

Non è facile stabilire quale dei due atteggiamenti risulti migliore dell'altro in termini assoluti, anzi probabilmente non è possibile. Possono, infatti, risultare altrettanto dannose sia l'eccessiva rigidità, provocata da una disciplina della responsabilità quasi paralizzante, sia l'eccessiva condiscendenza verso qualunque interesse del cliente, incentivata da un indebolimento dei controlli pubblicistici. Occorre, in ogni caso, avere chiaro quanto i due modelli si differenzino, non solo sul piano strettamente tecnico, ma anche su quello delle scelte di fondo.

⁵⁶ Traggio la citazione, e l'idea di riferirla anche al notariato, da GENTILI, *Atti notarili “proibiti” e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, p. 274.

⁵⁷ Quanto appena osservato, non deve, comunque, essere inteso nel senso che verrebbe meno il dovere di imparzialità del notaio, il quale potrebbe, infatti, essere convenuto in responsabilità civile, non solo dal cliente che gli ha dato l'incarico, ma anche da ulteriori soggetti pregiudicati dall'atto, dei cui interessi egli sarà, quindi, in ogni caso, motivato a tenere conto.

Storicamente, l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina è stato piuttosto mutevole. All'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 28 si affermò un'interpretazione estensiva dello stesso, abbracciata da ampio filone giurisprudenziale⁵⁸ e, nei primi tempi, condivisa anche dalla dottrina dominante⁵⁹. Secondo la prima versione di tale orientamento, nella fattispecie di cui all'art. 28 rientrerebbero tutti le ipotesi di invalidità ed anche quelle di semplice inefficacia *stricto sensu* degli atti giuridici⁶⁰.

L'assunto si basava su varie argomentazioni, di carattere storico⁶¹ e sistematico⁶², ma soprattutto era coerente con la concezione

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. Roma, 30 luglio 1937, in *Le massime*, 1937, p. 332, sulla quale si baseranno le successive; Cass. 1 agosto 1959, n. 2444, in *Foro it.*, 1960, I, 1, p. 100; Cass. 18 febbraio 1969, n. 568, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 818; Cass. 25 ottobre 1972, n. 3255, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 422; Cass. 21 aprile 1983, n. 2744, in *Vita not.*, 1983, p. 1739; Cass. 19 novembre 1993, n. 11404, in *Riv. not.*, 1993, p. 1231.

⁵⁹ Cfr. DEGNI, *Commento alla legge 16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento del notariato*, Roma, 1913, p. 75; SOLIMENA, *Commento alla legislazione notarile italiana*, Milano, 1918, p. 87; DONÀ, *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933, p. 152; STELLA RICHTER, *Sui limiti delle attribuzioni notarili*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, p. 99; MANZO, *Sull'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Riv. not.*, 1947, p. 442.

⁶⁰ Cfr. Cass. 1 agosto 1959, n. 2444, *cit.*

⁶¹ Nel corso dei lavori parlamentari, il Guardasigilli Zani aveva proposto una formulazione più articolata della norma in questione: per gli atti contrari all'ordine pubblico ed al buon costume, un divieto assoluto, mentre, per quelli impugnabili per “nullità, revocazione, rescissione”, l'obbligo per il notaio di avvertire le parti e di ricevere l'atto solo in caso di insistenza delle stesse, facendo comunque menzione dell'avvertimento effettuato. Tale formulazione venne respinta e da ciò si potevano trarre argomenti in favore di una *voluntas legis* estensiva del divieto in senso generale.

pubblicistica, allora assolutamente dominante con riguardo alla funzione notarile, che rendeva inammissibile qualsiasi scostamento dalla piena legalità. Tutto ciò, del resto, appariva pienamente conforme al generale clima dell'epoca, contrassegnato da una temperie culturale fortemente statalista. Peraltro, è stato osservato che proprio su questo ruolo di assoluti garanti della legalità, inteso in maniera così estensiva, i notai italiani hanno costruito gran parte del loro prestigio⁶³.

In seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice, la dottrina iniziò a mettere in discussione tale orientamento, anche nel tentativo di adattare l'interpretazione della norma al quadro codicistico delle patologie negoziali, fondato sulla costruzione di ben determinate categorie, che doveva prendere il posto di quello, più confuso, ereditato dal modello napoleonico. Si affermò, così, in dottrina, l'idea che l'imprecisa formula dell'art. 28, il quale non menziona nessuna delle categorie tecnico-giuridiche della patologia negoziale, ma fa solo un generico rinvio al concetto di atto proibito, andasse interpretata ancorandola alla nullità,

⁶² L'art. 54 del regolamento notarile (R. D. 10 settembre 1914, n. 1326) prevede che “*i notari non possono rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi*”. La norma, quindi, vieta di ricevere alcune specie di atti annullabili, come quelli delle persone giuridiche o degli incapaci non debitamente rappresentati o autorizzati, e alcune specie di atti semplicemente inefficaci, come quelli del *falsus procurator* (cfr. Cass. 18 febbraio 1969, n. 568, *cit.*). Dal momento che il regolamento sarebbe illegittimo se ponesse un divieto nuovo rispetto a quello di legge, si è ritenuto che esso dovesse considerarsi meramente esplicativo di quanto già compreso nella portata dell'art. 28 l. n.

⁶³ GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 1, pp. 285 e segg.

così come intesa secondo lo schema bipartito, che allora andava consolidandosi⁶⁴.

Un'impostazione ancora più restrittiva, sostenuta da alcuni di questi autori⁶⁵, facendo leva soprattutto sulla necessaria gravità di un comportamento tale da far scattare una così grave sanzione disciplinare, ritenne di restringerne ulteriormente il campo di applicazione. Si sostenne, infatti, che fosse sanzionabile ex art. 28 soltanto la redazione di un atto affetto da nullità per illiceità, patologia caratterizzata nel nuovo Codice, per alcuni aspetti, da una disciplina specifica, che rappresentava allora l'unica deviazione rispetto ad uno schema monolitico della nullità contrattuale. Questi nuovi approcci ebbero un notevole successo in dottrina, specialmente, com'è naturale, in quella di parte notarile, finendo per diventare maggioritari⁶⁶.

D'altra parte, il nuovo Codice conteneva anche spunti per una possibile estensione delle fattispecie sanzionabili, in quanto dava adito alla categoria delle nullità virtuali. Si poneva, quindi, il problema di stabilire,

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, LENZI, *Il notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950, p. 202; D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1961, p. 398; DETTI, *Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di s.r.l. senza preventivo deposito del capitale versato*, in *Riv. not.*, 1964, p. 195; TONDO, *Intorno al divieto per il Notaio di ricevere atti contrari alle legge*, in *Riv. not.*, 1964, p. 705; TRIOLA, *In tema di atti "espressamente" proibiti dalla legge*, in *Vita not.*, 1977, p. 349; IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. not.*, 1996, p. 335.

⁶⁵ Cfr. DETTI, *op. cit.*, p. 187; TONDO, *op. cit.*, p. 802; IRTI, *op. cit.*, p. 335.

⁶⁶ Si vedano i riferimenti in CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. not.*, 1998, pp. 562-563.

in via interpretativa, la compatibilità fra l'avverbio “*espressamente*” di cui all'art. 28 e questo genere di nullità⁶⁷.

L'evoluzione della giurisprudenza *in subiecta materia* è stata indubbiamente piuttosto lenta, dal momento che per decenni furono tralattiziamente ripetute le stesse massime, originariamente formulate sotto il Codice abrogato, a prescindere dalle ricordate modifiche del sistema delle patologie negoziali. Col tempo, però, iniziarono a prendere piede gli indirizzi più restrittivi, dapprima nella giurisprudenza di merito⁶⁸, e poi anche in quella di legittimità. La svolta si consolidò in un primo tempo con riguardo agli atti affetti da inefficacia *stricto sensu*, per i quali si escluse la responsabilità del notaio ex art. 28⁶⁹. Continuava, però, ad essere oggetto delle critiche dottrinali l'estensione della responsabilità all'ipotesi degli atti annullabili, specie in considerazione delle disarmonie che si evidenziavano dal confronto con altre

⁶⁷ Una parte significativa della dottrina sosteneva l'applicabilità dell'art. 28 anche alle ipotesi di atti da considerare nulli per concorde opinione di dottrina e giurisprudenza, pur in mancanza di un'espressa comminatoria legislativa: cfr. DETTI, *op. cit.*, pp. 173 e segg., e GIULIANI, *Notariato e giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 1969, p. 53.

⁶⁸ Cfr. Trib. Milano, 19 gennaio 1962, in *Vita not.*, 1962, p. 602; Trib. Ivrea, 28 novembre 1979, in *Giur. it.*, 1980, p. 344; App. Napoli, 2 dicembre 1981, in *Dir. e giur.*, 1983, p. 161.

⁶⁹ Cfr. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3255, *cit.*, riferita al dibattuto problema della vendita notarile di immobile sottoposto a pignoramento. La Corte sancì che la fattispecie non aveva a che fare con l'art. 28 l. n., quanto piuttosto con il dovere di diligenza professionale e, quindi, con la responsabilità civile.

disposizioni dell'ordinamento notarile⁷⁰, ancor più in seguito all'appena ricordato mutamento di giurisprudenza⁷¹.

In ogni caso, fino a tempi relativamente recenti, è rimasto fermo l'orientamento per cui l'invalidità, in entrambe le sue specie, comportava responsabilità ex art. 28, mentre la semplice inefficacia non la comportava più. Può essere interessante osservare come questo stadio dell'elaborazione giurisprudenziale abbia significativamente influenzato l'attuazione della direttiva europea n. 13 del 1993, in materia di clausole abusive nei contratti col consumatore. In un primo tempo, infatti, si era previsto di qualificare la nuova patologia come una forma di nullità⁷², ma, in seguito, il legislatore preferì la discutibile formulazione in termini

⁷⁰ Il riferimento è, in particolare all'art. 58 l. n., che sanziona talune violazioni formali, causa di nullità dell'atto, in modo meno grave di come veniva sanzionata l'annullabilità, applicandovi l'art. 28 della legge notarile.

Tuttavia, secondo BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, I, pp. 183 e segg., tale risultato non era da considerare necessariamente assurdo, in quanto non sarebbe anomalo sanzionare più gravemente ipotesi di annullabilità fondate su ragioni sostanziali rispetto a casi di nullità meramente formali.

⁷¹ Infatti, una volta escluso che la semplice inefficacia bastasse a far scattare l'art. 28, veniva messo in crisi anche il collegamento fra questo e l'art. 54 reg. not., almeno per quanto attiene all'ipotesi del contratto del *falsus procurator*. Si è già detto che proprio tale collegamento costituiva uno degli argomenti fondanti su cui basare l'applicabilità dell'art. 28 agli atti annullabili.

⁷² Il riferimento è a quello che sarebbe dovuto diventare l'art. 2062 quinquies c.c., in base al testo di cui al disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 16 gennaio 1995 ed approvato il 4 aprile 1995.

di generica inefficacia⁷³, anche su pressione del ceto notarile, interessato ad evitare una paventata estensione della responsabilità ex art. 28⁷⁴.

Un vero *revirement* della giurisprudenza di legittimità si è avuto soltanto nel 1997, con un'importante pronuncia della Suprema Corte⁷⁵, la quale, ribaltando gli argomenti storici⁷⁶ e sistematici⁷⁷, un tempo addotti

⁷³ Il riferimento è al ben noto art. 1469 quinquies c.c., nel testo formulato dal Senato della Repubblica nella seduta del 28 novembre 1995, in sostituzione del su ricordato art. 2062 quinquies.

⁷⁴ Il Consiglio Nazionale del Notariato propose un emendamento all'art. 2062 quinquies che sostituiva la nullità con l'inopponibilità (v. *Riv. dir. impr.*, 1995, p. 395). La posizione del notariato italiano al riguardo fu chiaramente espressa, fra gli altri, da BUSNELLI e MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., pp. 377 ss., secondo i quali la nullità “*non sembra auspicabile sia per ragioni di politica del diritto, ad esempio i possibili coinvolgimenti del notaio in termini di responsabilità professionale, ...*”.

Dopo che il Senato si fu sostanzialmente adeguato a tale posizione, il testo passò nuovamente alla Camera e qui si propose di tornare alla nullità (emendamento Peraboni 27.2). L'emendamento, però, venne spontaneamente ritirato da chi lo aveva presentato, con la motivazione che la nullità “*creerebbe un enorme problema per la redazione di atti pubblici in sede notarile*” (cfr. resoconto stenografico della seduta del 17 gennaio 1996).

Riferimenti alla vicenda si possono leggere in GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., pp. 422-423; RUFFOLO, *Clausole “vessatorie” e “abusive”*, cit., pp. 77-78; QUADRI, “*Nullità” e tutela del “contraente debole*”, in *Contr. e impr.*, 2001, pp. 1156 e segg.; MANTELERO, *Il notaio, il consumatore e la clausola vessatoria*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 143.

⁷⁵ Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, pp. 493 e segg.

⁷⁶ Dai lavori parlamentari preparatori della legge notarile del 1913, emerge, infatti, che il Guardasigilli Finocchiaro-Aprile, succeduto allo Zani, motivò la mancata approvazione della proposta del suo predecessore non con la considerazione che essa

a sostegno del vecchio orientamento e fortemente criticati in dottrina, ha ristretto l'ambito di applicazione dell'articolo 28 alle sole ipotesi di nullità assoluta, escludendo i casi di annullabilità, inefficacia e nullità relativa. Dal momento che sono piuttosto numerose le pronunzie che hanno ripreso, talvolta alla lettera, il *dictum* della Cassazione, si può affermare che il nuovo indirizzo appare ormai consolidato in giurisprudenza⁷⁸. Non si può, invece, dire che ciò abbia risolto tutti i problemi e sopito l'intenso dibattito che il tema aveva suscitato.

sarebbe stata troppo restrittiva del divieto di ricevere atti, ma, al contrario, perché essa avrebbe caricato il notaio di eccessive responsabilità, costringendolo a sindacare l'impugnabilità di determinati atti, anche se solo ai fini dell'obbligo di informazione. Evidentemente, da tale *iter* non poteva dedursi la *voluntas legis* di estendere anche a tali atti il divieto assoluto. Tale argomentazione, già elaborata dalla dottrina, è la prima dell'elenco di motivazioni che portano Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, *cit.*, a rivedere il consolidato indirizzo in materia.

⁷⁷ Secondo Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, *cit.*, se l'ordinamento ha voluto che gli atti annullabili godessero di una efficacia provvisoria, suscettibile di essere consolidata con la convalida ex art. 1444 c.c., allora sarebbe assurdo impedire che tali atti vengano posti in essere.

Inoltre, la sentenza fa riferimento all'irragionevole disarmonia, ai limiti della illegittimità ex art. 3 Cost., del rapporto fra gli artt. 28 e 58 l. n., che la vecchia interpretazione, come si è visto, determinava. Quanto all'art. 54 reg. not., si afferma che la sua eventuale illegittimità deriverebbe proprio da un'interpretazione in base alla quale esso individuerebbe ipotesi sanzionabili con la sospensione, laddove l'art. 163 l. n. esplicitamente prevedeva che il regolamento d'esecuzione potesse stabilire pene solo fino al massimo dell'ammenda di lire cinquanta.

⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, p. 705; Cass., 4 maggio 1998, n. 4441, in *Riv. not.*, p. 717; Cass., 3 agosto 1998, n. 7602, in *Vita not.*, 1998, p. 1767; Cass. 12 aprile 2000, n. 4657, in *Riv. not.*, 2000, p. 1430; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Riv. not.*, 2001, p. 892; Cass., 7 novembre 2005, n. 21493, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1494; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3526, in *Vita not.*, 2008, 1,

Innanzitutto, è bene chiarire che il nuovo approccio giurisprudenziale non coincide con la più restrittiva delle tesi emerse precedentemente in dottrina, in quanto le nullità assolute comprendono anche molte ipotesi diverse dalla nullità per illiceità: si pensi, in primo luogo, ai vizi di forma⁷⁹. Pertanto, non è mancato chi, in dottrina, ha criticato il nuovo orientamento perché, nel suo tentativo di individuare una via mediana, avrebbe, in sostanza, smarrito ogni fondamento logico ed ogni coerenza sistematica, di cui erano, invece, dotati sia l'originaria interpretazione iper-estensiva, sia la proposta tesi iper-restrittiva⁸⁰.

Un aspetto assai problematico della nuova giurisprudenza attiene, poi, all'interpretazione del già ricordato avverbio “*espressamente*”, di cui all'art. 28. Adeguando, finalmente, il sistema della responsabilità notarile, all'esistenza delle nullità virtuali, la Cassazione ha stabilito che esso non vada inteso come “*testualmente*”, ma piuttosto come “*inequivocabilmente*”⁸¹. In altre parole, non occorre un'esplicita

p. 349; Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Giust. civ.*, 2011, 2, p. 348; Cass. 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 7-8, p. 1528; Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9.

⁷⁹ Come osservano CASU e SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, pp. 152-154, l'applicabilità dell'art. 28 dovrà, comunque, essere esclusa, quanto meno con riguardo a quelle nullità formali che sono autonomamente sanzionate dall'art. 58 l. n., qualificabile, ai nostri fini, come *lex specialis*.

⁸⁰ Così GENTILI, *Atti notarili “proibiti”*, cit., pp. 267-280. Cfr. anche GRISERI, *Gli atti “espressamente proibiti dalla legge” ex art. 28, comma 1, della legge notarile*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2034-2039, il quale ripropone la tesi più restrittiva, criticando aspramente l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente.

⁸¹ Si esprime in modo fortemente critico nei confronti di questa interpretazione antiletterale GERBO, *Nullità, articolo 28 della legge notarile e le responsabilità del professionista*, in *Riv. not.*, 2003, 1, pp. 39 e segg.

previsione legislativa di nullità, per far scattare la sanzione disciplinare, ma è sufficiente che la nullità, anche virtuale, sia inequivocabile, cioè desumibile da un netto orientamento dottrinale e giurisprudenziale.

Si arriva, così, a riconoscere esplicitamente a questi consolidati orientamenti una funzione creativa di norme giuridiche. Non si tratta, infatti, qui soltanto di ribadire il potere del singolo giudice di affermare virtualmente la sussistenza di una fattispecie di nullità, facendo applicazione della clausola generale di cui all'art. 1418. Si tratta, piuttosto, di affermare il valore vincolante e, appunto, creativo di diritto⁸² che si riconosce alla formazione di un indirizzo giurisprudenziale o dottrinario.

Contra, DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2004, pp. 87-94, il quale, invece, approva l'orientamento della Cassazione.

⁸² A tal proposito, può risultare interessante segnalare la recente vicenda giurisprudenziale, relativa al problema delle clausole compromissorie, inserite negli statuti societari, che non conferiscano il potere di nomina degli arbitri a soggetti estranei alla compagine sociale. Clausole del genere sono affette da una nullità testuale, in forza del disposto dell'art. 34 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, in materia di arbitrato societario, mentre sarebbero valide con riferimento all'arbitrato di diritto comune. Il problema, su cui si sono divise la dottrina e la giurisprudenza di merito, è se le società possano scegliere fra il nuovo arbitrato societario e quello di diritto comune, oppure se il nuovo modello precluda comunque il ricorso al vecchio istituto, rendendo sempre nulle le clausole di questo genere (cfr. FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 411 e segg., per riferimenti). A tal proposito, Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, *cit.*, ha ritenuto la clausola inequivocabilmente nulla e, quindi, il notaio rogante responsabile, ma, poco dopo, Cass. 11 marzo 2011, n. 5913, *cit.*, ha assolto da ogni responsabilità un diverso notaio, in considerazione della sussistenza

Peraltro, non si tratta neppure solo di uno di quei numerosi segnali che, nel nostro ordinamento, stanno valorizzando il ruolo del giudice, avvicinandoci quasi alla regola di *common law* del precedente vincolante⁸³. Infatti, le pronunzie in esame fanno primariamente riferimento anche alla dottrina dominante, determinando in un certo senso, un ritorno a quel valore che, nel diritto intermedio, si riconosceva alla cosiddetta *communis opinio doctorum*⁸⁴. Nel commentare queste

di plurimi orientamenti sul punto, che impedivano, in ogni caso, di parlare di inequivocità. Il contrasto fra le due sentenze, dunque, non verteva tanto sul problema della validità della clausola, questione che la seconda sentenza non ha nemmeno ritenuto di esaminare, quanto sul diverso problema dell'effettiva sussistenza di quel consolidato orientamento, necessario perché si possa parlare di nullità inequivoca.

Infine, Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, *cit.*, ha sposato espressamente la tesi della inammissibilità della clausola, ma, al tempo stesso, ha riconosciuto che, viste le incertezze dottrinali e giurisprudenziali sul punto, non può aversi responsabilità ex art. 28. La sentenza, peraltro, si incarica di risolvere il problema anche per il futuro, statuendo che, in seguito alla pubblicazione della decisione stessa, la nullità in parola potrà considerarsi inequivoca, per cui i notai, che, dopo tale momento, redigessero atti contenenti clausole siffatte, dovranno essere considerati disciplinarmente responsabili. Insomma, la Cassazione si è assunta il compito di dichiarare in modo formale il momento in cui un siffatto orientamento viene ad esistenza, in tal modo venendo ad esercitare de facto una funzione consapevolmente legislativa.

⁸³ Si pensi, per esempio, al nuovo art. 360 bis, n. 1, c.p.c., in materia di inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento che si sia conformato alla giurisprudenza di legittimità.

⁸⁴ Sul ruolo primario della scienza giuridica nel diritto medievale cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale, cit.*, pp. 144-175.

pronunzie, si è, così, arrivati ad affermare che, in tal modo, si sarebbe estesa alla dottrina la funzione di nomofilachia⁸⁵.

L'aspetto più interessante, ai nostri fini, della giurisprudenza in esame, emerge, però, allorché la si voglia mettere in relazione con la complessiva evoluzione, che sta oggi riguardando il sistema delle patologie negoziali.

Si è già visto, infatti, come l'affermazione del nuovo indirizzo costituisca, in sostanza, una, indubbiamente tardiva, operazione di adeguamento al nuovo Codice di un orientamento interpretativo sviluppatosi nel vigore del Codice abrogato. Non a caso, esso utilizza come criterio fondamentale quella bipartizione fra nullità assoluta ed annullabilità, che caratterizza l'impianto codicistico. D'altra parte, proprio mentre in giurisprudenza si consolidava il nuovo indirizzo, quell'impianto è stato messo in crisi dall'impatto delle nuove nullità speciali. In un certo senso, quindi, la nuova giurisprudenza rischia di nascere già vecchia e subito bisognosa di un nuovo adattamento.

In effetti, già la pronuncia di legittimità del 1997 si poneva, in un *obiter dictum*, il problema delle nuove nullità ed esprimeva la convinzione che la responsabilità ex art. 28 andasse esclusa anche con riguardo alle nullità relative. Tale statuizione è stata inclusa nella massima ufficiale e

⁸⁵ ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. e impr.*, 1998, pp. 1260-1261, il quale osserva, appunto, come, in tal modo, il notaio risulti essere avvicinato all'interprete di *common law*, "per alcuni versi superandolo".

Può essere interessante ricordare che, in epoca bizantina, il titolo di *nomophylax* non competeva ad un alto magistrato, ma al professore titolare di una cattedra giuridica istituita dall'Imperatore: si veda CHEYNET (a cura di), *Il mondo bizantino*, Torino, 2008, II, p. 151.

ripetuta nelle successive sentenze, ma ciò non toglie che vari aspetti della questione siano ancora aperti.

Il problema si è posto, innanzitutto, con riguardo alle clausole abusive nei contratti con i consumatori. Infatti, nonostante il ricordato tentativo legislativo di mettere la categoria notarile al riparo, con la qualificazione delle stesse in termini di inefficacia, vi è chi ha sostenuto, sottolineando i profili pubblicistici della funzione notarile, che, anche in tali ipotesi, una responsabilità ex art. 28 non potesse essere negata⁸⁶. Un argomento in tal senso si potrebbe trarre, naturalmente, anche dalla ricordata tendenza interpretativa, poi recepita dal Codice del Consumo, a qualificare tali fattispecie come ipotesi non più di inefficacia, quanto piuttosto di nullità⁸⁷.

Altri autori, però, si sono pronunciati per la tendenziale esclusione della responsabilità notarile in questi casi, soprattutto avendo riguardo alla complessità dell'indagine necessaria a stabilire la vessatorietà delle clausole⁸⁸, che impone la considerazione di una serie di elementi, i quali

⁸⁶ PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 459 e segg.; MANTELERO, *op. cit.*, pp. 1241-1258; DOLMETTA, *op. cit.*, pp. 76-87.

Non a caso, GERBO, *op. cit.*, *passim*, inserisce il tentativo del notariato di qualificare le clausole abusive come inefficaci, e non nulle, fra una serie di “*battaglie di retroguardia*”, condotte dalla categoria con esiti essenzialmente controproducenti.

⁸⁷ Dopo l'entrata in vigore del Codice del Consumo, si pronuncia a favore dell'applicazione dell'art. 28 all'ipotesi in discorso, e più in generale, a tutto l'ambito delle nullità di protezione, SILIQUINI CINELLI, *La responsabilità civile del notaio*, Milano, 2011, pp. 88-89.

⁸⁸ Cfr. ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999, pp. 70 ss.; DI MAJO, *op. cit.*, pp. 140-145; nonché, dopo l'entrata in vigore del Codice del Consumo, CACCAVALE, *La “nullità di protezione” delle clausole abusive e*

sfuggono completamente alla sfera di conoscibilità del notaio⁸⁹. Si potrebbero invocare in tal senso anche la legittimazione relativa a far

l'art. 28 della legge notarile, in *Notariato*, 2007, 1, pp. 49 e segg.; CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, pp. 140-141; NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato, § 6; QUADRI, *Nullità di protezione ed art. 28 della legge notarile*, in *Le forme della nullità*, cit., p. 146; FUSARO, *Nullità speciali nell'attività notarile*, in *Vita not.*, 2009, pp. 1041 e segg.. CASU e SICCHIERO, *op. cit.*, pp. 154-157, assumono, invece, una posizione dubitativa.

Il problema sarebbe risolto in radice, almeno per gli atti pubblici, se si accogliesse la discutibile tesi in base alla quale tale modalità di redazione farebbe presumere lo svolgimento di una trattativa individuale, escludendo così la possibilità stessa di configurare un'abusività delle clausole redatte dal notaio (cfr. Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 1409 e segg.). In realtà, è ben noto che la forma pubblica non esclude il fenomeno della predisposizione unilaterale, che rappresenta, invece, nella prassi, l'ipotesi normale, con riguardo, ad esempio, ai mutui bancari stipulati per atto di notaio: cfr. MONTICELLI, *Atto pubblico e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 1998, pp. 83 e segg.; DALMOTTO, *La clausola vessatoria o abusiva resta tale nonostante la forma notarile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1205-1212. Bisogna, infatti, tenere distinte due ipotesi ben diverse. Da una parte, può essere condivisibile l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9), per cui l'adempimento delle formalità notarili, che accompagnano la redazione dell'atto pubblico, rende superflua la debole tutela formale di cui all'art. 1341 c.c. Dall'altra, non si può, invece, pretendere che lo stesso ragionamento valga ad escludere la necessità della tutela sostanziale prevista dalla legislazione consumeristica, evitando, così, di richiedere lo svolgimento della trattativa individuale.

⁸⁹ Si pensi alla necessità di tener conto della natura del bene oggetto del contratto, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, di eventuali contratti collegati, dello svolgimento effettivo di una trattativa individuale, tutti elementi su cui si basa, com'è noto, l'accertamento della vessatorietà ex art. 34 cod. cons. Il notaio, naturalmente, non dispone al riguardo di alcun potere istruttorio.

valere detta patologia e, quindi, i ricordati *obiter dicta* della Cassazione, per escludere categoricamente la responsabilità del notaio per la redazione di atti contenenti clausole abusive.

In realtà, anche i fautori dell'interpretazione più restrittiva tendono ad ammettere che una responsabilità disciplinare potrebbe comunque sussistere, ove la vessatorietà emergesse palesemente dal testo contrattuale, senza bisogno di ulteriori indagini⁹⁰. Non sembra, dunque, che alle ricordate considerazioni della Suprema Corte, estranee, del resto, alle *rationes decidendi* dei singoli casi⁹¹, sia stata attribuita dagli interpreti una particolare rilevanza. Peraltro, i passaggi argomentativi di alcuni di questi *obiter dicta* sono tutt'altro che perspicui, con esiti, in alcuni casi, paradossali⁹².

⁹⁰ CACCAVALE, *op. cit.*, p. 54; QUADRI, *op. loc. ultt. citt.*

⁹¹ Secondo DOLMETTA, *op. cit.*, p. 85, è stata addirittura erronea la scelta di inserire nelle massime tali “*spezzoni*” del ragionamento dei supremi giudici. L'autore, di conseguenza, sostiene la tesi di una generale applicazione dell'art. 28 a tutte le nullità relative.

Nella giurisprudenza degli organi disciplinari vi sono state, invece, alcune pronunzie che hanno fatto diretta applicazione di tale principio, escludendo la responsabilità del notaio in forza della natura relativa della nullità: PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, in *Contratti*, 2011, 10, p. 931, nt. 69, fa riferimento, a tal proposito, a Co. Re. Di. Calabria, 8 marzo 2010.

⁹² Secondo un *obiter* di Cass., 7 novembre 2005, n. 21493, *cit.*, l'elemento decisivo per escludere l'applicabilità dell'art. 28 alle nullità relative sarebbe costituito dalla loro irrilevabilità d'ufficio, che le renderebbe riconducibili alla annullabilità ed all'inefficacia più che alla nullità assoluta. È noto, però, che il Codice del Consumo ha smentito tale assunto, sancendo, all'art. 36, la rilevabilità *ex officio* delle nullità di protezione, e che, in tal senso si era già orientata la CGCE, a partire dalla sentenza del 27 giugno 2000, sulle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, caso *Océano Grupo*

Vi è stato, quindi, chi, pur convinto della necessità di non applicare l'art. 28 alla maggior parte dei casi di clausole abusive, ha esplicitamente contestato il criterio della legittimazione, ritenendo, invece, decisivo quello della complessità delle indagini⁹³. Pertanto, con riferimento ad altre ipotesi di nullità relativa, ove questo problema non si pone, come nel caso della tutela degli acquirenti di immobili in costruzione⁹⁴, lo stesso autore ritiene pienamente ammissibile l'applicazione dell'articolo in parola⁹⁵. Bisogna, infatti, ricordare che le nullità protettive non sono

Editorial, principio poi ribadito in molte successive pronunzie, su cui avremo modo di tornare

In seguito, però, in un *obiter* di Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, *cit.*, si è sostenuto che si sottrarrebbero all'applicazione dell'art. 28 solo quelle nullità relative che non siano rilevabili d'ufficio. Il problema è che, come evidenzia PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 923-924, la rilevabilità, oltre ad essere espressamente prevista in varie ipotesi, dovrebbe anche essere considerata, alla luce del complessivo quadro interno ed europeo, come una “*costante integrativa*” per tutte le altre, mentre non esistono casi per i quali esplicitamente la legge la escluda. Pertanto, l'*obiter* in discorso finirebbe per affermare che tutte le nullità relative sono sottratte all'applicazione dell'art. 28, con l'eccezione di tutte le nullità relative!

Appare, quindi, piuttosto improbabile, come evidenzia anche FUSARO, *op. cit.*, pp. 425-426, che la futura giurisprudenza possa trovare in tali affermazioni un significativo punto di riferimento.

⁹³ QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁹⁴ Il riferimento è all'art. 2 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122.

⁹⁵ QUADRI, *op. ult. cit.*, pp. 147-148. Considera, invece, ricevibili gli atti affetti da questa particolare patologia BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti “garantiti”, prestazione di fideiussione “impropria”, riflessi sulla trascrizione, contenuto “necessario” del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, p. 741.

tutte uguali fra di loro, per cui, anche ai fini della responsabilità notarile, le conclusioni potranno essere mutevoli⁹⁶.

Un particolare approfondimento del problema è stato sollecitato da quelle ipotesi normative, in cui non siano esplicitamente previsti tutti i caratteri della nullità protettiva, ma solo alcuni di essi. Così, di fronte ad ipotesi di nullità necessariamente parziali, ma non relative⁹⁷, non si può più fare riferimento alle massime di cui si è discusso prima. Occorrono, quindi, altri criteri per stabilire se questa gradazione di specialità sia sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 28⁹⁸.

⁹⁶ Tale aspetto è messo bene in evidenza da GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio, cit.*, § 7. Secondo l'autore una responsabilità ex art. 28 si potrà avere nel caso della clausole abusive della cosiddetta *black list* dell'art. 36, comma 2, cod. cons., ed in quelli dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 della l. 18 giugno 1998) e della nullità dei contratti stipulati "a valle" di intese vietate dalla legge *antitrust*. Invece, non darebbero luogo a tale responsabilità le clausole abusive della cosiddetta *grey list* dell'art. 33, comma 1, cod. cons. né le nullità relative di cui agli artt. 117 e 127 TUB, e 23 TUF.

La graduatoria in cui si sono così collocate alcune nullità protettive può, invero, sembrare discutibile, ma soprattutto è da osservare che, per i contratti a valle e per l'abuso di dipendenza economica, le difficoltà di indagine per il notaio sono enormi, in quanto si richiede di considerare le dinamiche di tutto l'andamento del mercato rilevante, per cui in tali ipotesi sembra, comunque, molto problematico sostenere l'applicabilità dell'art. 28.

⁹⁷ Cfr. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, Studio n. 106-2009/C del Consiglio Nazionale del Notariato, § 6, con riferimento alle nuove nullità in materia di mutui, previste dagli artt. 7 ed 8 del citato d. l. 31 gennaio 2007, n. 7.

⁹⁸ Naturalmente, si potrebbe anche ipotizzare l'estensione in via analogica del carattere della relatività (così FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, p. 525), e, quindi, considerare direttamente richiamabile l'orientamento

Con riguardo alla nullità parziale tradizionale, ex art. 1419, comma 1, c.c., si era affacciata l'ipotesi che essa, oltre a consentire la conservazione del negozio, potesse anche escludere la responsabilità notarile⁹⁹. La giurisprudenza di legittimità ha, però, recentemente chiarito che la responsabilità notarile va valutata a prescindere da eventuali ipotesi di recupero civilistico dell'atto, che non sminuiscano il disvalore intrinseco della sua redazione¹⁰⁰.

Non è detto, comunque, che ciò debba valere anche quando la parzialità della nullità non sia, appunto, eventuale, ma necessaria, e soggetta, quindi, a principi diversi. A tal proposito, si è sostenuto che si debba guardare, innanzitutto, alla *ratio* protettiva della particolare disciplina in esame. Infatti, è noto che tali meccanismi di tutela mirano ad evitare che la parte protetta subisca dalla declaratoria di nullità un danno maggiore di quello che subirebbe dalla piena efficacia giuridica del contenuto contrattuale vietato. Questo è proprio ciò che accadrebbe se la nullità in

giurisprudenziale di cui sopra: è, infatti, ormai pacifico che i caratteri delle nuove nullità non possono più essere considerati in termini di eccezionalità. Proprio con riferimento alle nullità dei mutui di cui al d. l. 7 del 2007, questa soluzione è stata abbracciata successivamente dallo stesso MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, 6, p. 693. Si tratterebbe, dunque, di una nullità di protezione virtuale.

Altri, invece, ribadiscono che le nullità in questione hanno sì il carattere della necessaria parzialità, ma non è possibile attribuire loro anche quello della relatività: cfr. RADICE, *Estinzione anticipata del mutuo e clausole sulle prestazioni del mutuatario*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di De Nova, Padova, 2009, pp. 153-154.

⁹⁹ Si veda LA PORTA, *op. cit.*, pp. 74-75, ed ivi riferimenti alla giurisprudenza di merito.

¹⁰⁰ Cfr., da ultima, Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, *cit.*

questione facesse cadere l'intero contratto, impedendo alla parte protetta di accedere a quel bene della vita, di cui evidentemente aveva un forte bisogno, tale da spingerla ad accettare le illecite imposizioni della controparte. Ebbene, lo stesso effetto preclusivo e, quindi, pregiudizievole per il contraente debole, si avrebbe anche applicando a queste ipotesi l'art. 28, cioè costringendo il notaio a non ricevere tali contratti¹⁰¹. Di fatto, si arriverebbe, in tal modo, a trasformare una nullità necessariamente parziale in una nullità necessariamente totale, con palese stravolgimento della *ratio legis*¹⁰².

A prescindere dalle peculiarità dell'ipotesi specifica cui si è fatto cenno, l'aspetto centrale della questione sembra essere proprio la considerazione dell'eventualità che il contraente protetto abbia interesse alla conservazione del rapporto derivante dal contratto viziato da nullità protettiva. Quanto meno, egli avrà interesse a conservare il resto del contratto, una volta rimossa la clausola colpita da una nullità che, non a caso, di solito sarà necessariamente parziale. Potrebbe, però, esservi un qualche interesse al mantenimento anche della clausola in questione, o

¹⁰¹ Cfr. MONTICELLI, *Considerazioni, cit.*, § 6, e ID., *La recuperabilità, cit.*, pp. 186-188; un cenno si trova anche in CACCAVALE, *op. cit.*, p. 56, ed in SILIQUINI CINELLI, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰² Cfr. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali, cit.*, p. 694. Come osserva l'autore, sempre con riferimento al caso dei mutui affetti dalle nullità di cui al d. l. 7 del 2007, non c'è spazio, a livello pratico, per una terza possibilità, consistente in una modificazione del regolamento contrattuale con espunzione delle clausole nulle, operata dal predisponente su indicazione del notaio. Infatti, nella prassi, i mutui vengono stipulati in sede notarile da funzionari bancari, che non hanno neppure il potere di modificare il testo, predisposto dalla direzione centrale dell'istituto di credito. L'alternativa resta, quindi, quella fra il rifiuto di stipulare il contratto e la stipula di un contratto contenente le clausole in questione.

dell'intero rapporto in caso di nullità totale, ed è per questo che si tende a prevedere la relatività della legittimazione.

Come ognuno vede, si tratta del medesimo ragionamento che conduce a ritenere prospettabili forme di convalida delle nullità protettive. Tutto ciò si riflette, dunque, anche sui limiti della responsabilità notarile ex art. 28. Se, infatti, l'ordinamento vuole, per una qualche valida ragione, che sia possibile una sanatoria, ciò significa, in primo luogo, che l'atto deve poter essere redatto, altrimenti non vi sarà nulla da sanare¹⁰³.

Questa sembra essere la più convincente spiegazione della *ratio* che sottostà anche alle problematiche massime giurisprudenziali in materia di nullità relativa, cui prima si accennava. In tal modo, si può arrivare a delineare un principio estensibile, nonostante le differenziazioni interne sopra ricordate, a tutta la materia delle nullità di protezione. La responsabilità ex art. 28 risulterà dunque esclusa, a prescindere dal criterio, troppo labile, della maggiore o minore complessità delle

¹⁰³ Come si ricorderà, questa era, in buona sostanza, una delle argomentazioni sistematiche utilizzate da Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, *cit.*, con riferimento all'annullabilità, per demolire il vecchio orientamento estensivo della responsabilità notarile. Tutto ciò non significa, naturalmente, che lo stesso ragionamento possa essere impiegato anche con riguardo alle ipotesi in cui potrebbero operare quei meccanismi di eventuale salvaguardia di taluni effetti di qualunque contratto nullo, che, però, in realtà, non sanano niente, come, ad esempio, la prescrizione dell'azione di ripetizione, i meccanismi di cui all'art. 1419 c.c., oppure la cosiddetta pubblicità sanante ex art. 2652 n. 6 c.c. Altrimenti, il notaio, paradossalmente, non sarebbe mai responsabile, perché tali fattispecie possono, ipoteticamente, realizzarsi con riguardo ad ogni caso di nullità.

indagini, ed anche dall'elemento, di per sé non necessariamente esaustivo, della legittimazione relativa¹⁰⁴.

Gli atti affetti da questo genere di vizi saranno, quindi, ricevibili, ma il notaio avrà il dovere di verificare l'effettiva volontà del contraente debole e, soprattutto, di informarlo dei diritti, che gli derivano dalla normativa protettiva, ivi compresa, in particolare, la possibilità di far valere la nullità di determinate clausole¹⁰⁵. Solo in tal modo, sembra possibile garantire un'effettiva attuazione delle finalità sottese alle nuove norme.

Occorre, però, dare atto che, secondo alcuni, sarebbe, invece, impossibile stabilire un nesso fra la sanabilità della nullità e la ricevibilità dell'atto. Infatti, in considerazione della sempre maggior frammentazione del panorama delle patologie negoziali, non sarebbe oggi più possibile collegare automaticamente l'applicabilità dell'art. 28 alle categorie civilistiche, vecchie e nuove, che definiscono le

¹⁰⁴ Che il riferimento alla legittimazione relativa non possa considerarsi del tutto esaustivo, lo può confermare anche l'ipotesi di cui all'art. 34, comma 2, cod. cons., che consente il controllo sulla vessatorietà anche delle clausole attinenti all'oggetto del contratto, ove esso sia stato individuato in modo non trasparente. In tali casi, il giudizio di abusività comporterà, per forza di cose, la caducazione di tutto il contratto, rimasto privo di un suo elemento essenziale, per cui è ragionevole sostenere che qui si applichi l'art. 28 ed il notaio debba, pertanto, rifiutare la stipula di un negozio siffatto. Non sembra, infatti, che la qualificazione della nullità in parola come relativa possa condurre ad una diversa conclusione, in quanto il contratto in questione sarebbe comunque inidoneo, per la sua strutturale mancanza di trasparenza, a consentire al consumatore di ottenere il bene della vita cui è interessato. Cfr. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali*, cit., pp. 694-696, e PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio*, cit., pp. 924-925.

¹⁰⁵ MONTICELLI, *Considerazioni*, loc. ult. cit.

caratteristiche sostanziali dell'atto invalido, quali la nullità, l'annullabilità, ovvero la relatività e, appunto, la sanabilità¹⁰⁶.

La valutazione andrebbe allora condotta in concreto, in relazione alla specifica gravità soggettiva del comportamento del notaio, che sarebbe esso solo, e non già il vizio dell'atto nella sua oggettività, elemento decisivo del giudizio¹⁰⁷. Così, ad esempio, si è anche proposto di tornare a sostenere un'estensione della responsabilità notarile a certe ipotesi di annullabilità, cariche di un particolare disvalore e, al tempo stesso, di escluderla per taluni casi di nullità¹⁰⁸. A maggior ragione questo

¹⁰⁶ Su questa linea interpretativa si collocano DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, pp. 281-283; QUADRI *Nullità di protezione*, *cit.*, pp. 141-144; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 96-106. Quest'ultimo, come si è visto, propende, più in generale, per un'interpretazione restrittiva della possibilità di sanare atti affetti da nullità protettive.

¹⁰⁷ Cfr. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile*, *cit.*, p. 463, il quale fa derivare questa valorizzazione dell'elemento soggettiva dalla necessità di applicare, anche al problema di cui ci stiamo occupando, il generale principio di cui all'art. 2236 c.c.

¹⁰⁸ QUADRI, *op. cit.*, pp. 144-146, e G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 106, fanno riferimento ai casi di manifesta violenza morale o di palese incapacità naturale, come esempi di annullabilità che giustificerebbero una responsabilità notarile, e di clausole la cui vessatorietà dipenda da elementi non conoscibili per il notaio, come esempi di nullità che, invece, detta responsabilità escluderebbero.

Esempi di nullità che non dovrebbero comportare una responsabilità notarile si possono trovare anche fra le ipotesi più tradizionali, come quella della frode alla legge ex art. 1344 c.c., quando, come spesso accade, essa non sia percepibile dal notaio rogante (cfr. GERBO, *op. cit.*).

Per quanto riguarda l'annullabilità, si veda ANDRINI, *Responsabilità del notaio e atto annullabile*, in *Vita not.*, 1998, 2, pp. 710-711, la quale distingue, ad esempio, fra l'ipotesi di cui all'art. 322 c.c., che non sarebbe sanzionabile ex art. 28, e quella

dovrebbe valere per le ipotesi in cui la condotta del notaio integri gli estremi di un reato: sarebbe allora difficile negare l'applicazione dell'art. 28 per motivazioni inerenti esclusivamente alla qualificazione civilistica dell'atto¹⁰⁹.

In ogni caso, non si può negare che la sempre maggior complessità del sistema delle invalidità, renda le relative categorie sempre meno affidabili, ma non è detto che di esse si possa già fare a meno completamente. Non bisogna, peraltro, nemmeno esagerare la portata

di cui al successivo art. 323 c.c., che invece, potrebbe comportare detta sanzione. Nel primo caso, infatti, il soggetto legittimato all'azione di annullamento è lo stesso genitore, che è stato parte dell'atto, avendo scelto di stipularlo senza attendere l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Nel secondo caso, invece, legittimato è il figlio, che faccia valere il conflitto di interessi insito nella condotta del genitore. La diversa intensità del disvalore connesso alle due ipotesi, nella prospettiva dell'autrice, renderebbe ricevibile il primo atto, ma non il secondo.

¹⁰⁹ Si pensi alle ipotesi di un concorso del notaio nel reato di circonvenzione di incapace o di truffa contrattuale, oppure al recente caso in cui un notaio è stato, discutibilmente, riconosciuto colpevole di abuso d'ufficio e falso ideologico, per aver suggerito alle parti di formalizzare la loro intesa come permuta dissimulante una compravendita, al fine di eludere il diritto di prelazione del confinante (Cass. pen., 6 giugno 2008, n. 38338, in *Riv. pen.*, 2009, p. 700).

In tali fattispecie il contratto rogato non dovrebbe essere considerato nullo, ma piuttosto annullabile (almeno nel caso della truffa, perché sulla circonvenzione di incapace il dibattito è più intenso e si tende a propendere comunque, pur con qualche perplessità, per la nullità: cfr. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, pp. 463-473), o simulato. Ciò nondimeno, come osserva PAGLIANTINI, *La responsabilità del notaio, cit.*, pp. 937-938, sembra difficile negare il ricorrere di una responsabilità disciplinare ex art. 28.

pratica effettiva, che avrebbe l'adozione di questo nuovo atteggiamento interpretativo, in sostituzione di quello precedentemente delineato¹¹⁰.

Pertanto, un adeguato criterio di responsabilità, che dottrina e giurisprudenza debbono ancora elaborare in maniera compiuta, dovrà tenere conto di entrambi gli aspetti: sia la riprovevolezza dell'elemento soggettivo del comportamento illecito, sia la oggettiva gravità del vizio che colpisce l'atto frutto di tale comportamento. Non si tratta, infatti, di espungere dal giudizio considerazioni attinenti alla natura giuridica del difetto che colpisce l'atto colpevolmente redatto, con il rischio di soggettivizzare in maniera eccessiva l'intera valutazione. Si tratta, piuttosto, di valutare l'oggettivo vizio dell'atto in una prospettiva non formalistica, ma attenta alle effettive finalità della regola violata dall'atto stesso¹¹¹. Poco più avanti, vedremo come la giurisprudenza in materia di nullità sanabili possa giovare a questa operazione ricostruttiva.

¹¹⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 100-101, il quale considera basate su argomentazioni “*metagiuridiche*” le su riferite posizioni di Monticelli e di Caccavale, ma giunge, poi, ad una conclusione pratica sostanzialmente equivalente, considerando esente da responsabilità il notaio che rediga un atto contenente clausole affette da nullità di protezione, purché abbia adempiuto diligentemente il proprio obbligo di informazione e di stimolo allo svolgimento di un'effettiva trattativa.

¹¹¹ MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali, cit.*, pp. 692 e 699.

2.2 La convalida nella giurisprudenza europea sulla rilevanza d'ufficio delle nullità

2.2.1 Il difficile coordinamento fra principi sostanziali e processuali

Le questioni affrontate dalla dottrina, nel tentativo di inquadramento sistematico delle nuove nullità, o con riguardo a problematiche attinenti la responsabilità notarile, acquisiscono una maggior concretezza se poste in rapporto con alcuni significativi orientamenti giurisprudenziali italiani ed europei. Infatti, il tema della convalidabilità, negli ultimi anni, ha cessato di essere solo un problema teorico ed ha assunto, invece, una significativa rilevanza pratica.

In primo luogo, ciò è dipeso da un'importante presa di posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, come vedremo, ha fatto ricorso alla costruzione di un'ipotesi di sanatoria della nullità protettiva, per poter risolvere la difficile problematica della rilevanza officiosa di questo genere di invalidità.

In effetti, l'inquadramento ed il funzionamento del potere giudiziale di rilievo *ex officio* delle nullità, tradizionali e nuove, hanno rappresentato, da sempre, una questione piuttosto spinosa. Sembra, dunque, necessaria una breve premessa, finalizzata alla chiarificazione dei termini del problema.

La regola della rilevanza d'ufficio delle nullità era già nota sotto il Codice abrogato, ma, all'epoca, essa non derivava da alcuna disposizione di legge e si atteggiava, quindi, come mera creazione

giurisprudenziale¹¹². Probabilmente, non era nemmeno concepita come una regola generale, ma veniva riferita solo ai casi di nullità per illiceità. In essi, infatti, si avvertiva, con particolare forza, l'esigenza di evitare che si potesse strumentalizzare la tutela giurisdizionale per realizzare finalità riprovate dall'ordinamento¹¹³. Del resto, nel frammentato sistema dell'epoca, una estensione di tale meccanismo a casi ulteriori sarebbe stata difficilmente proponibile.

Con il Codice del 1942, invece, la regola della rilevabilità fu elevata a principio generale, espresso da una fondamentale disposizione codicistica: l'art. 1421¹¹⁴. Del resto, essa poteva apparire coerente con la costruzione logicistica del contratto nullo come giuridicamente inesistente, e, quindi, necessariamente improduttivo di qualsivoglia effetto giuridico, e con l'idea che ogni ipotesi di nullità implicasse la tutela di un interesse pubblico, e, quindi, indisponibile. Un generalizzato potere di rilievo ufficioso sarebbe riuscito, infatti, ad impedire che, in sede processuale, si potesse pervenire all'inaccettabile risultato di far sì che al contratto nullo si ricollegasse un qualche effetto. Ciò che prima era stato sostenuto per i contratti illeciti, sembrava ora sostenibile per

¹¹² Cfr., fra le altre, App. Roma, 2 aprile 1891, in *Rep. Foro it.*, 1891, voce "Contratto", nn. 22-24; App. Milano, 23 agosto 1904, in *Giur. it.*, 1905, I, pp. 281 e segg.; Cass., 21 gennaio 1928, in *Giur. it.*, 1928, I, pp. 644 e segg.; Cass., 15 marzo 1929, in *Giur. it.*, 1929, I, p. 554.

¹¹³ Cfr. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 761 e segg.

¹¹⁴ Così, come ricorda PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 770: "una regola non scritta, coniata per la sola species del contratto nullo con causa illecita, divenne predicato di un intero genere: candidandosi negli anni a seguire, ... , a divenire il quid nel quale risulta poi trasfuso, per i più, il tratto denotante la nullità".

ogni contratto nullo, considerato, in quanto tale, lesivo di vitali interessi della collettività.

Il problema è che tutto ciò è rimasto, da sempre, confinato al livello delle declamazioni teoriche. In sede applicativa, invece, il preteso potere generale di rilievo *ex officio* ha dovuto confrontarsi con i diversi principi del diritto processuale civile. L'esito è stato, quasi in tutti i casi, quello di una prevalenza di detti principi e, quindi, un forte ridimensionamento della rilevabilità officiosa¹¹⁵. La giurisprudenza ha, dunque, ancora una volta, creato un istituto di diritto vivente piuttosto lontano da quello che parrebbe derivare dalle norme di legge in materia.

Alcuni risultati di questa opera di coordinamento, fra i principi del Codice di Procedura Civile e l'art. 1421 c.c., possono considerarsi sostanzialmente pacifici. Si tratta, infatti, di limiti che derivano da caratteri essenziali del nostro processo civile.

In primo luogo, è necessario che una qualche azione sia proposta da un soggetto privato, per far sì che, nel processo che ne scaturirà, il giudice possa, eventualmente, procedere al rilievo officioso di una nullità. Non esiste, invece, un meccanismo che legittimi, ad esempio, il Pubblico Ministero a promuovere un giudizio con lo scopo di far emergere una nullità contrattuale, come pure è previsto in altri ordinamenti, a tutela dell'interesse generale¹¹⁶. Già questo potrebbe indurre a dubitare della piena validità di certe argomentazioni troppo rigorose in punto di

¹¹⁵ DI MAJO, *op. cit.*, p. 158, considera il principio di rilevabilità officiosa “*destinato a ricevere più smentite che conferme dalla pratica*”.

¹¹⁶ Un meccanismo del genere si può ravvisare nell'art. 423 del *NCPC* francese. Cfr., per ulteriori riferimenti, PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 763, nt. 59.

indisponibilità e di necessario collegamento della nullità alla tutela di un interesse superiore¹¹⁷.

Vengono, inoltre, in rilievo i principi fondamentali in materia di prove. Infatti, il giudice non potrà andare liberamente alla ricerca di una nullità da rilevare, ma sarà necessario che essa emerga dagli atti di causa o si evinca dai *probata partium*¹¹⁸. Per il resto, vale sempre l'antica regola: *quod non est in actis non est de hoc mundo*. Pertanto, le parti, grazie alla disponibilità delle prove, recuperano, comunque, margini di disponibilità anche per quanto attiene alla nullità¹¹⁹.

Altro principio cardine del processo, che ottiene rilevanza *in subiecta materia*, è quello dell'intangibilità del giudicato. Così, se la sussistenza di una nullità è stata esclusa dalla sentenza di primo grado e se, sul punto, non è stata proposta una tempestiva impugnazione, allora non sarà più possibile procedere ad un rilievo *ex officio* della nullità, in sede di giudizio d'appello o di cassazione. L'esercizio di tale potere, infatti, risulterà precluso, appunto, per effetto della formazione del giudicato interno sulla questione¹²⁰.

Peraltro, il rilievo officioso può considerarsi ammissibile solo qualora la questione di nullità sia rilevante ai fini della decisione del caso concreto

¹¹⁷ Infatti, come evidenzia DI MAJO, *op. cit.*, p. 154: “*ove le parti o i terzi interessati non si muovano, quell'assetto di interessi può consolidarsi in fatto*”.

¹¹⁸ Si veda, *ex multis*, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1552, in *Rep. Foro it.*, voce “Contratto in genere”, n. 539.

¹¹⁹ Cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 764.

¹²⁰ Cfr. Cass., 27 aprile 2006, n. 9642, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

sottoposto al giudice¹²¹. Infatti, per ragioni che sono, innanzitutto, di economia processuale, l'attività giurisdizionale deve concentrarsi su quanto è necessario per risolvere lo specifico conflitto di interessi, che è chiamata a regolare, senza procedere ad un generalizzato controllo di legittimità su ogni prodotto dell'autonomia privata.

Sulla questione rilevata d'ufficio, poi, dovrà, comunque, essere attivato il contraddittorio delle parti, senza che il giudice possa fondare soltanto sulla propria solitaria convinzione la decisione della causa. Una sentenza del genere sarebbe, infatti, invalida, come sancito dalla giurisprudenza di legittimità e, poi, definitivamente ribadito dalla riforma del Codice di Procedura Civile del 2009¹²².

Infine, si ritiene che il giudice, una volta pronunciata la nullità di un contratto parzialmente o totalmente eseguito, non possa procedere d'ufficio con l'emissione delle conseguenti condanne restitutorie, qualora il soggetto interessato non abbia formulato un'apposita domanda in tal senso¹²³. Infatti, anche quando le parti non possono disporre dell'invalidità del contratto, esse rimangono comunque libere di disporre autonomamente delle conseguenze pratiche della stessa, cioè dei crediti restitutori ex art. 2033 c.c.

¹²¹ Si veda CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 675, ed ivi riferimenti giurisprudenziali.

¹²² Il riferimento è alla legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha modificato anche il testo dell'art. 101 c.p.c., prevedendo la nullità della sentenza cd. "a sorpresa". In tal senso si era già orientata la giurisprudenza maggioritaria (cfr., *ex multis*, Cass., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, p. 901).

¹²³ Cfr. Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, p. 184.

Se queste conclusioni possono considerarsi, come si diceva, sostanzialmente pacifiche, molto più problematico si rivela, invece, il coordinamento fra il cd. principio di rilevabilità officiosa delle nullità, il principio dispositivo e quello della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato¹²⁴. La questione, infatti, è stata oggetto di un significativo contrasto in sede giurisprudenziale, oltre che di una netta contrapposizione fra la giurisprudenza maggioritaria e la dottrina.

L'orientamento, cui ha aderito, per decenni, la maggioranza delle sentenze sul punto, tendeva, anche in questo caso, a ridimensionare l'importanza dell'art. 1421 c.c., dando la priorità all'aspetto processualistico della questione. Così, si tende ad affermare che il giudice potrà rilevare la nullità del contratto solo a fronte di una domanda dell'attore, che chieda l'applicazione del contratto stesso, allo scopo di giungere ad una pronunzia di rigetto della domanda stessa.

Pertanto, il rilievo officioso sarà possibile solo nell'ambito di azioni volte a richiedere l'esatto adempimento del contratto e non, invece, nei casi in cui l'attore ne domandi la risoluzione, la rescissione, l'annullamento o la dichiarazione di nullità, per una ragione diversa da quella che il giudice potrebbe rilevare¹²⁵.

Si ritiene, cioè, che il potere di rilievo vada escluso, laddove esso andrebbe a favorire la pretesa sostanziale dell'attore, seppure in termini

¹²⁴ Le norme di riferimento sono, naturalmente, gli artt. 99 e 112 c.p.c.

¹²⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., 20 dicembre 1958, n. 3937, in *Giur. it.*, 1959, p. 760; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, p. 1907; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, in *Rep. giur. it.*, 1999, voce "Obbligazioni e contratti", n. 490; Cass., 7 marzo 2002, n. 3345, in *Foro it.*, 2002, p. 1702; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Foro it.*, 2006, p. 2107; Cass., 28 maggio 2007, n. 12398, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5; Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contratti*, 2009, p. 449.

giuridicamente diversi da quelli da lui prospettati. In tali ipotesi, infatti, la nullità costituirebbe una difesa a sostegno della domanda, che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto. Quindi, in ossequio ai ricordati principi processuali, si ritiene che non possa essere il giudicante a proporla, in sostituzione della parte attrice.

Lo stesso approccio, restrittivo nei confronti del rilievo officioso delle nullità, si ripercuote anche su varie altre posizioni assunte dalla ricca giurisprudenza, che si è formata in materia di nullità contrattuale. Così, si ritiene che il giudice non possa pronunciare d'ufficio l'estensione della nullità della singola clausola all'intero contratto, anche quando ne ricorrano i presupposti, in mancanza di un'istanza della parte interessata¹²⁶.

La moltiplicazione pretoria dei limiti alla regola della rilevabilità d'ufficio appare davvero notevole. Un'ampia serie di nullità viene, così, assoggettata ad un regime in cui il tanto declamato momento del controllo pubblico si attenua assai, ed emergono, invece, significativi spazi di disponibilità privata. La dottrina ha avuto, quindi, modo di osservare che delle nullità, così conformate dal diritto vivente, finiscono per infrangere lo schema codicistico, rendendo più problematica la loro stessa differenziazione dalle annullabilità¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, p. 133, con nota critica di TISCI.

¹²⁷ Cfr. SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 534: “una volta introdotta la regola per cui il giudice, in certi casi, non deve rilevare d'ufficio talune nullità, si aprono notevoli possibilità di far degradare tali nullità verso forme di invalidità intermedie fra la nullità in senso stretto e l'annullabilità”.

In alcuni casi, si arriva addirittura a sancire che, prima della pronuncia giudiziale di nullità, non è possibile sottrarsi all'adempimento di quanto pattuito nel contratto nullo. In tal modo, la parte interessata non soltanto non può contare su quell'automatica inoperatività del contratto nullo, che parrebbe emergere dai dogmi pandettistici, ma non può nemmeno limitarsi a proporre la questione di nullità in via di eccezione. Su di essa incombe piuttosto l'onere di procedere con un'azione, che finisce per apparire sostanzialmente costitutiva, all'interno di un meccanismo configurato come una sorta di *solve et repete*¹²⁸.

La dottrina prevalente, come si anticipava, ha sempre assunto un atteggiamento critico, non solo nei confronti di quest'ultimo esito

¹²⁸ Il riferimento è a quel consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi in materia di autoriduzione del canone locatizio, e analizzato da G. GABRIELLI, *Una singolare nullità, in opponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 29 e segg., che osserva come, in tali casi, l'invalidità "viene degradata, secondo la regola operativa della giurisprudenza, non solo al di sotto della nullità, rilevabile d'ufficio, ma anche di quello della mera annullabilità". Infatti, il minacciato o l'incapace possono, comunque, opporsi, ex art. 1442 c.c., alle richieste di adempimento, in considerazione dell'annullabilità, senza bisogno di esperire necessariamente l'azione costitutiva. Peraltro, come l'autore mette bene in evidenza, non si tratta di un indirizzo legato a peculiarità specifiche dei contratti di locazione, dato che le motivazioni delle sentenze tendono, piuttosto, a richiamare principi generalissimi, come il divieto di farsi giustizia da soli. Pertanto, non vi sarebbe nulla di anomalo se altre decisioni, in futuro, applicassero lo stesso meccanismo ad ulteriori fattispecie contrattuali.

estremo, ma, più in generale, nei confronti di tutto l'orientamento limitativo della rilevabilità di ufficio¹²⁹.

Si osserva, infatti, che, sul piano logico, anche nelle azioni di impugnativa negoziale, la questione di nullità risulta pregiudiziale, in quanto l'annullamento o la risoluzione di un contratto presuppongono che lo stesso sia esistente e produttivo di effetti. Peraltro, l'accoglimento della domanda di risoluzione può essere accompagnato dalla condanna al risarcimento del danno da inadempimento e sarebbe inaccettabile che tale effetto possa derivare da obbligazioni basate su di un contratto invalido. Se, invece, la domanda viene rigettata, il giudice avrà, in un certo senso, contribuito a far sì che venga eseguito un negozio nullo. Sarebbe, poi, paradossale che un tale contratto finisca per essere oggetto di determinati meccanismi di recupero, come la riduzione ad equità, che si possono attivare nei procedimenti di rescissione o di risoluzione.

¹²⁹ Cfr., *ex multis*, G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, pp. 151 e segg.; IRTI, *Risoluzione del contratto nullo*, in *Foro pad.*, 1971, p. 741; AMATO, *Risoluzione, rescissione ed annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, p. 443; MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, p. 1943; MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio delle nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 669 e segg.; BIANCA, *op. cit.*, p. 628; DI MAJO, *op. cit.*, pp. 159-161; CORSINI, *op. cit.*, pp. 676 e segg.; NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 202; CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, numero speciale *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, pp. 7 e segg.; NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 155 e segg.

Esiste, però, anche un orientamento diverso, tendenzialmente favorevole alla soluzione tradizionale offerta dalla giurisprudenza: cfr. FILANTI, *op. cit.*, pp. 128-142, e GENTILI, *Le invalidità, cit.*, pp. 1587 e segg.

Secondo buona parte di questa dottrina, la conciliazione fra rilevanza d'ufficio e principio della domanda andrebbe trovata su di un altro piano. Il giudice potrebbe, quindi, rilevare sempre la nullità, anche nelle cause di impugnativa negoziale, ma solo *incidenter tantum*. La domanda dell'attore verrebbe, dunque, rigettata, senza che si formi, però, il giudicato sulla nullità. Sarebbe, pertanto, onere della parte privata attivarsi, in un successivo processo, o, più ragionevolmente, nel corso del medesimo procedimento, per chiedere che la rilevata nullità sia pronunciata in via principale¹³⁰.

Negli ultimi tempi, si è, quindi, formato, su sollecitazione delle riferite critiche dottrinali, un diverso orientamento giurisprudenziale, che ammette la rilevanza d'ufficio in termini molto più ampi. Infatti, alcune decisioni di legittimità hanno aderito all'idea per cui, anche nei processi di risoluzione, rescissione o annullamento, la validità del contratto rappresenta, comunque, un elemento costitutivo della domanda proposta dall'attore. Pertanto, è stato riconosciuto il potere-dovere del giudice di rilevare la nullità anche in questi casi, secondo alcune pronunzie

¹³⁰ Si possono vedere CONSOLO, *op. loc. ultt. citt.*; CORSINI, *op. cit.*, pp. 681-692; SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, pp. 557-564; MONTICELLI, *op. ult. cit.*, pp. 697-703. Secondo questa ricostruzione, il giudice dovrà, quindi, attivare il contraddittorio sulla questione di nullità rilevata *ex officio*, per fare in modo che le parti possano presentare le proprie osservazioni sul punto, ed, in particolare, che l'attore possa proporre la domanda di accertamento della nullità in via principale.

Tutto ciò avverrà, di regola, in occasione della prima udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 183, comma 4, c.p.c., ma oggi, come evidenzia CONSOLO, *op. cit.*, pp. 34-38, potrà anche accadere più tardi, nella fase decisoria, in applicazione di quanto dispone il nuovo art. 101, comma 2, c.p.c. In tal caso, l'attore potrà essere rimesso in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c., ai fini della presentazione di detta domanda, che altrimenti sarebbe tardiva.

*incidenter tantum*¹³¹, e, secondo altre, con efficacia di giudicato¹³². Rimane, invece, esclusa la possibilità che il giudice rilevi *ex officio* una causa di nullità diversa da quella addotta dall'attore¹³³.

Il contrasto giurisprudenziale si è così radicalizzato, con pronunzie opposte emesse a distanza di pochi mesi l'una dall'altra¹³⁴. Non stupisce che sia divenuto inevitabile rimettere¹³⁵ la questione all'esame delle Sezioni Unite, che si sono, finalmente, pronunziate, senza, però, risolvere del tutto la questione¹³⁶.

Infatti, da una parte, per ciò che attiene all'azione di risoluzione, la sentenza ha ritenuto ormai insostenibile quello che era stato l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, aderendo, così, alla

¹³¹ Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2459, con nota di VIDIRI; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5.

¹³² Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Vita not.*, 2005, p. 969. Questa giurisprudenza sembra, dunque, arrivare ad una soluzione anche più radicale di quella proposta dalla dottrina richiamata *supra*.

¹³³ Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, p. 979. Per questa ipotesi, resta dunque ancora valida la riferita argomentazione, per cui deve ritenersi inammissibile che il giudice intervenga a soccorrere un attore, che avrebbe potuto proporre una certa difesa e non l'ha fatto.

¹³⁴ Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, p. 677, con nota di PIROVANO, si è schierata con l'orientamento nuovo, mentre Cass., 27 aprile 2011, n. 9395, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 4, p. 662, e, poi, Cass., 30 gennaio 2012, n. 1284, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 1221 e segg., hanno ribadito quello tradizionale.

¹³⁵ Cass., ordinanza 28 novembre 2011, n. 25151, in *Il civilista*, 2012, 1, p. 8.

¹³⁶ Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, pp. 869 e segg. con nota di PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?*. Fra i primi contributi che hanno avuto modo di occuparsi della sentenza, anche con riferimento alle nuove ipotesi di invalidità, cfr. PRISCO, *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012, pp. 132 e segg.

ricostruzione proposta dalla dottrina, per cui, in tale ipotesi, la nullità può essere rilevata d'ufficio, ma *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato, a meno che la parte interessata non si attivi per integrare la domanda. D'altra parte, i supremi giudici hanno, invece, ritenuto essenziale precisare, a livello di *obiter dictum*, che le stesse conclusioni non possono valere per le azioni di annullamento o di rescissione, prendendo, dunque, le distanze anche dall'orientamento della giurisprudenza minoritaria e della stessa dottrina prevalente¹³⁷. Pertanto, si è ora reso necessario rimettere alle Sezioni Unite anche l'esame della specifica questione della rilevabilità della nullità in ipotesi di proposta domanda di annullamento¹³⁸. Il problema in esame, insomma, continua ad essere quanto mai aperto.

¹³⁷ Le Sezioni Unite accolgono, in sostanza, la risistemazione proposta da CONSOLO, *op. cit.*, pp. 21-31, fino ad ora sostanzialmente isolata in dottrina. Secondo tale impostazione, la risoluzione per inadempimento di un contratto nullo è sempre inammissibile e perciò da bloccare, anche con lo strumento del rilievo d'ufficio, in quanto essa finirebbe per dare vigore "*diverso, ma diretto*" allo stesso negozio nullo, riconoscendone la vincolatività. Al contrario, l'annullamento, o la rescissione, del contratto nullo possono essere ammessi, poiché, nonostante la diversa natura della sentenza, essi condurrebbero, comunque, al medesimo risultato prodotto dalla dichiarazione della nullità, per cui il rilievo ufficioso di quest'ultima non sarebbe necessario né giustificato. Peraltro, l'autore precisa che occorre distinguere anche fra le diverse cause di risoluzione, in quanto il rilievo d'ufficio della nullità sarà ammissibile di fronte ad una domanda di risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta, ma non in caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che sarebbe assimilabile alle azioni di invalidazione, alla luce della comune "*funzione liberatoria*".

¹³⁸ Cass., ordinanza 27 novembre 2012, n. 21083, disponibile in formato elettronico in www.cortedicassazione.it.

2.2.2 Il rapporto fra legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio

Alla luce di quanto esposto, il meccanismo di funzionamento della rilevabilità officiosa delle nullità contrattuali non potrà certo apparire come un punto fermo. Si è visto, infatti, che esso presenta una notevole problematicità, già con riferimento alle norme del Codice Civile e del Codice di Procedura Civile.

Naturalmente, il quadro risulterà ancora più complesso, qualora si vogliano prendere in considerazione le nuove nullità speciali. Esse, infatti, si caratterizzano anche, e soprattutto, per la legittimazione relativa all'azione, il che pone, inevitabilmente, il problema di coordinare con tale novità il potere di rilievo officioso.

Non si può negare che, almeno a prima vista, l'operazione si presenti piuttosto ardua, dal momento che i due elementi sembrano rispondere a logiche opposte. Infatti, la rilevabilità d'ufficio, in linea generale, è un meccanismo volto a far emergere la questione di nullità, anche oltre ed, al limite, contro la volontà delle parti del processo. Al contrario, la legittimazione relativa consiste nella possibilità per una sola parte di farsi arbitra della decisione se far valere o meno la questione di nullità.

Pertanto, i primi orientamenti della dottrina sul punto sono stati nel senso di escludere che due elementi così contrastanti potessero convivere nella disciplina del medesimo istituto. Sono state, quindi, proposte letture interpretative delle nuove norme di protezione che escludessero ora l'uno ora l'altro di essi¹³⁹. Naturalmente, infatti, il problema così

¹³⁹ Come segnala GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, p. 638, sembra che il tentativo di conciliare

impostato poteva essere risolto in due modi opposti: escludendo la rilevabilità *ex officio* delle nuove nullità, oppure escludendo che le stesse fossero davvero relative. Entrambe le vie sono state tentate dalla dottrina.

Così, alcuni, di fronte a norme che, più o meno esplicitamente, restringevano la legittimazione ad agire alla sola parte protetta, hanno ritenuto di escludere in via interpretativa la rilevabilità d'ufficio delle invalidità in questione. Relatività e rilievo ufficioso apparivano, infatti, logicamente incompatibili, per cui il loro accostamento sarebbe stato una inammissibile contraddizione in termini¹⁴⁰.

Peraltro, si osservava che riconoscere al giudice il potere in questione sarebbe stato in contrasto con le stesse finalità protettive della norma. Infatti, la controparte del soggetto protetto, pur non avendo, formalmente, il potere di far valere la nullità, avrebbe potuto, comunque, facilmente allegare elementi tali da far sorgere in capo al magistrato il potere-dovere di rilevarla¹⁴¹. In tal modo, nella sostanza, si sarebbe vanificato quel particolare aspetto della normativa di tutela, che consiste nell'impedire che la nullità protettiva possa divenire strumento di operazioni opportunistiche, in danno dello stesso contraente che si vorrebbe agevolare.

legittimazione relativa e potere di rilievo ufficioso finisca sempre per risolversi in una “lettura restrittiva, e parzialmente abrogante, di una delle due statuizioni”.

¹⁴⁰ Questo principio di “*incompatibilità logica*” fra relatività e rilevabilità d'ufficio fu enunciato già da Cass., Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 815.

¹⁴¹ Come argomenta PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 176 e segg.

Un'altra parte della dottrina, invece, di fronte a norme di protezione, che prevedevano esplicitamente la rilevabilità *ex officio*, ma non erano del tutto chiare per ciò che riguarda la relatività della legittimazione, ha tentato l'operazione ermeneutica inversa. Così, si è sostenuto che il carattere protettivo starebbe solo nella necessaria parzialità e non comporterebbe affatto una limitazione della legittimazione ad agire¹⁴². Infatti, lo stralcio della singola clausola vessatoria, anche se, in ipotesi, invocato da controparte, non potrebbe che avvantaggiare il soggetto protetto. In tal modo, anche le nuove invalidità venivano sostanzialmente ricondotte al paradigma della nullità assoluta, per cui non c'era più alcuna difficoltà ad ammetterne la rilevabilità ufficiosa, come si era sempre fatto per quelle tradizionali.

Entrambi gli orientamenti riferiti rappresentano delle forzature di un dato normativo, dal quale si evince, al contrario, una, non sempre chiara, tendenza a prevedere assieme nullità relativa e rilevabilità d'ufficio. Pertanto, non stupisce che l'orientamento interpretativo oggi prevalente miri proprio a rendere possibile una siffatta conciliazione.

Si sostiene, infatti, che i due istituti possono convivere, purché il funzionamento della rilevabilità ufficiosa sia opportunamente modificato, rispetto a quanto avviene con riguardo alle nullità tradizionali, in modo da adeguarlo alle particolari esigenze di cui è espressione la legittimazione relativa.

¹⁴² Questo orientamento si ritrova in GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., pp. 429-430; QUADRI, "Nullità" e tutela del "contraente debole", cit., pp. 1143 e segg.; IACONO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, pp. 27 e segg.; VENOSTA, *Tre studi sul contratto*, cit., pp. 205-211.

Si tratta, in sostanza, di introdurre, per queste fattispecie, un ulteriore limite all'operare della rilevabilità, necessario, in tal caso, per coordinare l'istituto non con i principi processuali, ma con quelli propri delle normative di protezione. Da questo punto di vista, l'operazione interpretativa proposta non sembra nemmeno particolarmente sconvolgente, per un ordinamento già abituato a contemperare il rilievo officioso della nullità con tutta una serie di altre esigenze. In sostanza, si afferma che le nuove nullità relative saranno rilevabili *ex officio*, ma che dovrà trattarsi di una rilevabilità "condizionata"¹⁴³.

In altri termini, il giudice potrà procedere al rilievo officioso della nullità, solo qualora ciò si traduca in un vantaggio per il soggetto protetto. Si precisa, peraltro, che tale vantaggio dovrà essere accertato "in concreto", dal momento che, sul piano astratto, la caduta delle clausole abusive dovrebbe essere sempre vantaggiosa per detto soggetto. Infatti, se il condizionamento operasse in astratto, l'esito sarebbe quello

¹⁴³ Si possono vedere i contributi di BELLELLI, *sub. Art. 1469 quinquies, 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, pp. 699 e segg.; MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, pp. 221 e segg.; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 861 e segg.; MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Illiceità, immeritevolezza nullità, cit.*, pp. 223 e segg.; GIROLAMI, *op. cit.*, pp. 448-454; ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 691 e segg.

In giurisprudenza, questa soluzione è stata accolta da Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 600 e segg., con nota di GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*. La pronuncia ha, quindi, potuto estendere la rilevabilità d'ufficio, così riformulata, anche alle nullità relative del testo unico bancario, che pure non la prevede espressamente.

di consentire sempre il rilievo ufficioso, con gli inconvenienti già denunciati, nel senso di un sostanziale svuotamento della funzione protettiva della legittimazione ristretta¹⁴⁴.

Questo tipo di formulazione può apparire apprezzabile nel suo sforzo di raggiungere un ragionevole punto di equilibrio tra le varie istanze che si sono menzionate. Non si può, però, negare che anch'essa non risulta del tutto soddisfacente. Infatti, non si chiarisce fino in fondo in che cosa consista il condizionamento, e si rinvia tutto al successivo accertamento in concreto. In un certo senso, non si offre ancora una soluzione del problema, ma la si rimette alla prudenza del giudicante¹⁴⁵.

Nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali più recenti, la questione è stata, invece, affrontata in maniera più netta. Un contributo fondamentale in tal senso è venuto, senza dubbio, dalla giurisprudenza comunitaria. Infatti, con specifico riferimento all'invalidità delle clausole abusive di cui alla ben nota direttiva 93/13, il problema della rilevabilità ufficioso si è posto anche a livello europeo.

Il testo della citata direttiva non contiene alcun riferimento a questo aspetto della materia, né sono state successivamente operate modifiche o integrazioni in tal senso. Pertanto, i legislatori interni parrebbero, a prima vista, liberi di configurare le nuove invalidità come rilevabili d'ufficio o come irrilevabili. Come è noto, il legislatore italiano ha subito optato per la prima soluzione, mantenendo ferma tale scelta anche

¹⁴⁴ Cfr. BONFIGLIO, *op. cit.*, pp. 898-899.

¹⁴⁵ Si vedano le osservazioni critiche di D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione, cit.*, p. 24.

in occasione della generale rielaborazione della materia che si è avuta in occasione della redazione del Codice del Consumo¹⁴⁶.

Altri legislatori nazionali hanno fatto, almeno in un primo tempo, scelte diverse, evitando di esprimersi sul punto, o configurando le nuove previsioni in termini tendenzialmente incompatibili con un potere di rilievo ufficioso¹⁴⁷. In tali contesti, si è, dunque, posto, a livello applicativo, il problema dell'ammissibilità di un'iniziativa giudiziaria in tal senso. Pertanto, non trovando risposte soddisfacenti nelle normative interne di attuazione, i magistrati di vari Paesi si sono rivolti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, adita con la procedura del rinvio pregiudiziale.

Si è, così, formato, in pochi anni, un cospicuo filone di pronunzie europee sul tema, con le quali la Corte ha manifestato chiaramente un orientamento favorevole alla rilevabilità ufficioso dell'invalidità delle clausole abusive. Dapprima, si è affermata la sussistenza di un potere di rilievo ufficioso in capo al giudice nazionale¹⁴⁸, e, poi, si è precisato che

¹⁴⁶ Il riferimento è alla esplicita previsione del potere di rilievo ufficioso, che era contenuta nell'art. 1469 quinquies, comma 3, c.c. ed è ribadita oggi dall'art. 36, comma 3, cod. cons.

¹⁴⁷ In Francia, ad esempio, si era affermata, in un primo momento, un'interpretazione giurisprudenziale che escludeva la possibilità di rilevare d'ufficio le nullità consumeristiche, tutte ricondotte al concetto di ordine pubblico di protezione: cfr. *Cour de Cassation*, 16 marzo 2004, n. 489, in *Rev. trim. dr. comm.*, p. 358.

In dottrina, invece, le posizioni erano più incerte: si veda CUMYN, *op. cit.*, p. 45, nt. 92, per ulteriori riferimenti.

¹⁴⁸ CGCE, 27 giugno 2000, sulle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, caso *Océano Grupo Editorial*, in *Contratti*, 2000, p. 943; CGCE, 21 novembre 2002, sulla causa C-473/00, caso *Cofidis*, in *Foro it.*, 2003, IV, p. 16.

si tratta di un vero e proprio dovere, che ricorre in tutti casi in cui una clausola abusiva sia oggetto del processo¹⁴⁹.

Le motivazioni della Corte hanno fatto tendenzialmente riferimento alla *ratio* protettiva delle nuove invalidità, la quale si fonda su di una situazione di squilibrio strutturale fra le parti del contratto, e, quindi, del processo. Appare, pertanto, necessario un intervento in funzione di riequilibrio, da parte dell'ordinamento giuridico, che si concretizzerà anche nell'intervento del magistrato in soccorso della parte considerata debole, attuato, appunto, con il rilievo officioso della nullità. In tal modo, si eviterà che il consumatore rimanga vincolato alle clausole abusive per effetto della sua, prevedibile, minor accortezza processuale, rispetto alla parte professionale.

Si presuppone, in sostanza, che la debolezza contrattuale si riverberi anche in una debolezza processuale, e, ad entrambe, si intende porre rimedio, attraverso un'adeguata interpretazione delle norme della direttiva.

I giudici europei, dunque, non fanno mai riferimento, per risolvere il problema, a problematiche connesse alla natura sostanziale del vizio in questione, ma si concentrano sulla necessità di un'interpretazione pragmatica, che conferisca la massima effettività alla tutela prevista dalla direttiva¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CGCE, 26 ottobre 2006, sulla causa C-168/05, caso *Mostaza Claro*, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 374; CGCE, 6 ottobre 2009, sulla causa C-40/08, caso *Asturcom*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, p. 280, con nota di LO SCHIAVO.

¹⁵⁰ Cfr. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Le forme della nullità*, cit., p. 32, che evidenzia questa caratteristica dell'approccio alla materia dei giudici comunitari.

In molti Paesi europei, queste decisioni hanno avuto un'eco significativa, comportando la necessità di modificare le norme connesse alla attuazione della direttiva stessa, in modo da recepire tale orientamento¹⁵¹. In Italia, invece, per certi aspetti, il problema non si poneva nemmeno, perché le norme interne, come si è detto, avevano già anticipato, in maniera esplicita, quello che sarebbe stato l'orientamento della giurisprudenza comunitaria¹⁵².

Al contrario, le ulteriori due sentenze che la Corte ha pronunciato in materia, nel corso dell'anno 2009, rivestono una notevole importanza

Si tratta, del resto, del modo di procedere tipico della giurisprudenza europea, la quale deve perseguire in modo pragmatico i suoi scopi di armonizzazione, prescindendo, quindi, necessariamente dalle categorie concettuali dei diritti sostanziali interni.

¹⁵¹ In Francia, il legislatore è intervenuto, con l'art. 34 della legge del 3 gennaio 2008, n. 2008/3, detta *loi Chatel* (dal nome del Segretario di Stato della Commissione sui consumatori e sul turismo, Luc Chatel), che ha introdotto il nuovo art. L. 141-4 nel *Code de la Consommation*, in forza del quale il giudice “*peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application*”.

Pertanto, anche la giurisprudenza ha dovuto modificare il suo precedente orientamento contrario: cfr. *Cour de Cassation*, 22 gennaio 2009, n. 35, in *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 444 e segg., con nota di MANTOVANI.

¹⁵² Si veda, però, SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 857, il quale propone di fare riferimento all'indirizzo giurisprudenziale europeo, favorevole alla rilevabilità officiosa, per sostenere la necessità di modificare l'atteggiamento tradizionalmente restrittivo della giurisprudenza italiana sul punto. Pertanto, almeno in presenza di nullità protettive, non dovrebbero valere i limiti al rilievo *ex officio*, che, come si è visto, si fanno derivare dal principio dispositivo e da quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

anche per il nostro ordinamento. Infatti, in esse i giudici europei hanno avuto modo di affrontare e risolvere la problematica cui si faceva cenno, ovvero quella del modo in cui si possano conciliare la rilevabilità *ex officio* e la tutela del soggetto protetto, unico legittimato a far valere la nullità.

Come si vedrà subito, ciò è avvenuto attraverso la costruzione di un meccanismo di convalida in sede giudiziale della nullità di protezione.

2.2.3 Il caso Pannon e le sue implicazioni

La prima¹⁵³ delle sentenze in esame è, probabilmente, ai nostri fini, la più significativa, ma non si deve ritenere che essa si sia posta su una linea di rottura rispetto ai precedenti appena ricordati. Al contrario, essa si colloca in una posizione di continuità con essi e ne ribadisce il principio, favorevole alla rilevabilità ufficiosa delle nullità protettive, con riferimento ad un caso postosi dinanzi ai giudici nazionali di uno Stato entrato da poco nell'Unione¹⁵⁴.

Ciò che rende la decisione interessante, anche per gli ordinamenti in cui tali principi erano già penetrati, per effetto delle pronunzie precedenti, è un'ulteriore puntualizzazione, che i giudici europei svolgono in questa occasione. Infatti, nel descrivere il meccanismo del rilievo ufficioso, la

¹⁵³ CGCE, 4 giugno 2009, sulla causa C-243/08, caso *Pannon*, in *Contratti*, 2009, pp. 1115 e segg., con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*.

¹⁵⁴ Il caso nasce, infatti, in Ungheria, uno Stato che è membro dell'Unione solo dal 1 gennaio 2004.

Corte chiarisce che il giudice nazionale non potrà procedere in tal senso qualora il consumatore vi si opponga.

Viene, quindi, precisato il procedimento che il giudicante deve seguire, di fronte ad una clausola che egli ritenga abusiva. Egli, come più volte affermato nelle sentenze precedenti, ha l'obbligo di esaminare d'ufficio la questione, anche se nessuna delle parti l'ha sollevata. Dovrà, però, necessariamente interpellare il consumatore, per informarlo della natura e delle conseguenze del giudizio di abusività, e rimettere a lui la decisione finale sul punto. Infatti, solo se questi non si oppone, il giudice potrà pronunciare la nullità della rilevata clausola abusiva.

Ci sembra che, in questo modo, si sia finalmente chiarito che cosa debba intendersi per rilevabilità ufficiosa "condizionata" all'interesse del consumatore "in concreto". Infatti, quella che poteva apparire come una formulazione un po' vaga e compromissoria, si specifica ora in un ragionevole meccanismo procedimentale, volto a contemperare il doveroso intervento del magistrato con il rispetto della volontà del contraente protetto. In sostanza, il problematico "accertamento in concreto dell'interesse del consumatore" consisterà, semplicemente, nell'interrogazione della volontà del consumatore stesso.

Ad alcuni è parso che il *dictum* in esame sia privo di ogni rilevanza pratica, dato che il consumatore non potrebbe avere mai interesse ad opporsi al rilievo della nullità, propostogli dal giudice in sede di interpellato¹⁵⁵. Al contrario, riteniamo che sia possibile individuare varie ipotesi in cui un tale interesse, con ogni probabilità, sussiste.

¹⁵⁵ Cfr. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, in *Sem. jur.*, 2009, 42, p. 36: "on imagine ... assez mal le consommateur, dument informé de l'enjeu, refuser le bénéfice de la protection que le juge lui propose".

Un caso concreto, ad esempio, emerge dall'esame della nostra giurisprudenza interna, anche precedente al caso *Pannon*.

Si è posto, infatti, il problema della rilevanza officiosa della nullità di una clausola compromissoria, abusiva ex art. 33, comma 2, lettera *t*, cod. cons. In sostanza, è accaduto che fosse il consumatore convenuto ad invocare l'applicazione della clausola compromissoria, per far dichiarare improcedibili le domande avanzate dal professionista, fattosi attore dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. In un caso del genere, non può certamente essere il professionista a far valere la nullità della clausola, trattandosi di un'invalidità relativa, ma potrebbe essere il giudice a rilevarla d'ufficio. Ebbene, di fronte ad una chiara manifestazione della volontà del consumatore di avvalersi della clausola compromissoria, un giudice di merito ha ritenuto precluso il proprio potere di rilievo officioso¹⁵⁶.

Può essere interessante osservare che l'argomentazione della decisione si è basata sulla *ratio* di alcune delle decisioni europee già ricordate¹⁵⁷. In tal modo, il magistrato ha sostanzialmente anticipato le conseguenze che, dalla medesima *ratio*, avrebbero poi tratto gli stessi giudici comunitari.

Si può ipotizzare un'ulteriore variante della stessa ipotesi. Basti pensare al caso in cui il lodo, pronunciato all'esito di un procedimento arbitrale, attivato in esecuzione di una clausola compromissoria abusiva, sia stato favorevole al consumatore. Quest'ultimo, quindi, potrebbe avere tutto l'interesse a che la nullità non venga dichiarata, e resti ferma l'efficacia

¹⁵⁶ Trib. Terni, 22 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, pp. 2746 e segg.

¹⁵⁷ Nella motivazione della sentenza umbra si fa espresso riferimento alla citata sentenza CGCE del 2000 sul caso *Océano Grupo Editorial*.

della decisione arbitrale. Naturalmente, il professionista soccombente non può impugnare il lodo facendo valere la nullità della clausola abusiva, sempre in considerazione della relatività dell'invalidità in questione. Può, però, accadere che sia il consumatore a dover adire le vie giudiziali, per chiedere l'esecuzione del lodo ex art. 825 c.p.c., e che, in questa sede, il magistrato ravvisi l'abusività della clausola e, quindi, la potenziale invalidità dell'intero procedimento arbitrale. Parrebbe, dunque, necessario, anche, in tal caso, condizionare il rilievo ufficioso alla manifestazione di volontà del consumatore, in modo da evitare che la normativa di protezione possa condurre ad esiti totalmente antitetici rispetto alla sua stessa *ratio*¹⁵⁸.

In termini non dissimili andrebbe impostato il problema di una clausola derogatoria della competenza¹⁵⁹, abusiva ex art. 33, comma 2, lettera *u*, cod. cons. In tal caso, la questione potrebbe sorgere, qualora sia lo stesso consumatore ad adire il giudice indicato dalla clausola. Il magistrato potrebbe, quindi, ravvisare i presupposti per dichiarare la propria incompetenza territoriale, alla luce della consolidata giurisprudenza sul cd. foro esclusivo del consumatore¹⁶⁰. In un caso del genere, appare

¹⁵⁸ Cfr. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 24-25, nt. 54.

¹⁵⁹ Si può osservare che era stata una clausola di questo genere a dare occasione alla sentenza *Pannon*. Se proprio in questa circostanza i giudici europei hanno ritenuto di esprimere il principio in esame, si può ipotizzare che anch'essi abbiano ritenuto che, in tali fattispecie, potrebbero certamente ricorrere ipotesi in cui sia nell'interesse del consumatore opporsi al rilievo ufficioso della nullità.

¹⁶⁰ Infatti, la previsione legislativa in punto di abusività della clausola derogatoria viene intesa dalla giurisprudenza come istitutiva di una competenza territoriale esclusiva per il giudice del luogo dove il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo: cfr. Cass., Sez. Un., 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Giur. it.*, 2004, p. 729. Dopo questo intervento delle Sezioni Unite, a tale interpretazione si è uniformato un

evidente l'importanza della funzione che può svolgere l'interpello del consumatore.

Potrebbe, infatti, accadere che egli abbia adito il giudice incompetente per mera inconsapevolezza dei propri diritti, o per effetto di un errore tecnico del difensore. In tal caso, non si opporrà certamente al rilievo ufficioso, dato che esso gli consentirà di riavviare il processo in una sede per lui più agevole e meno costosa¹⁶¹.

Però, potrebbe anche darsi il caso di una scelta consapevole, dovuta alla specifica situazione di detto soggetto. Una vicenda di questo genere è già arrivata all'attenzione della nostra giurisprudenza di legittimità. In particolare, è accaduto che dei consumatori avessero adito il Tribunale indicato in una clausola derogatoria della competenza, presente, nella medesima formulazione, nei contratti di cui erano parti, invece di quei Tribunali, tutti diversi fra loro, che sarebbero stati competenti, in applicazione della regola del foro del consumatore¹⁶². Ciò era accaduto per effetto di una precisa scelta di tali soggetti, mirante ad unificare le controversie, data la loro natura seriale, così da garantire l'uniformità del giudicato e, soprattutto, il contenimento dei costi ed una maggiore

compatto orientamento giurisprudenziale: si veda, *ex multis*, Cass., 26 aprile 2010, n. 9922, in *Assicurazioni*, 2010, p. 576.

¹⁶¹ Si pensi ai costi ed agli incomodi, che possono sorgere dalla necessità di recarsi presso un Tribunale lontano dalla propria residenza, nonché all'incremento presumibile delle spese legali, connesso alla nomina di un domiciliatario. Come osservano, i giudici europei è possibile che tutto ciò induca il consumatore a rinunciare alla tutela legale, specie nei casi in cui, come è frequentissimo nei rapporti di consumo, la posta in gioco, dal punto di vista economico, sia piuttosto bassa.

¹⁶² Nel caso di specie, trattandosi di contratti a distanza, era applicabile anche l'art. 63 cod. cons. che positivizza espressamente la regola di inderogabilità del foro del consumatore.

rapidità processuale. Il giudice ha, però, ritenuto di declinare la propria competenza, rilevando la nullità della clausola derogatoria. Tale decisione è stata, quindi, impugnata ex art. 42 c.p.c. e la Suprema Corte ha accolto il ricorso, affermando che non si ravvisa un fondamento logico e razionale, che consenta al giudice di impedire al consumatore di avvalersi della clausola derogatoria, qualora lo ritenga più rispondente al proprio interesse¹⁶³.

Come ognuno vede, si tratta di una casistica tutt'altro che infrequente nell'ambito del contenzioso consumeristico, che spesso assume caratteri seriali, se non di massa. La decisione della Cassazione, pienamente coerente ai principi derivabili dalla giurisprudenza comunitaria, si lascia, quindi, apprezzare per la ragionevolezza del risultato cui perviene. Diversamente opinando, la normativa sulle clausole abusive si trasformerebbe, paradossalmente, in un significativo ostacolo alla tutela processuale dei diritti dei consumatori. D'altra parte, ci sembra che il risultato in questione si raggiunga più agevolmente col richiamo al meccanismo dell'interpello, descritto in sede europea, piuttosto che con invocazioni all'accertamento dell'interesse in concreto, che possono, per la genericità del criterio proposto, sempre prestarsi ad utilizzi inappropriati¹⁶⁴.

¹⁶³ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Contratti*, 2012, con nota di PAGLIETTI.

Cfr. anche Cass., 16 aprile 2012, n. 5974, in *Giur. it.*, 2012, pp. 990-991.

¹⁶⁴ Nel caso che si è appena riferito, sembra improbabile che il giudice del Tribunale di Milano non si fosse reso conto che i consumatori avevano un interesse a radicare la causa nella sua giurisdizione, ma possono aver avuto la meglio altre considerazioni, attinenti alla mera opportunità di non sovraccaricare l'ufficio con tutta la mole dei procedimenti in questione. Il meccanismo di interpello del

Del resto, anche in una causa promossa da un singolo consumatore, può accadere che risulti più conveniente avvalersi della clausola derogatoria. Si può, ad esempio, ipotizzare che egli, pur avendo ancora la residenza o il domicilio nell'ambito territoriale di quello che sarebbe il foro del consumatore, dimori, però, effettivamente, o svolga, comunque, una parte significativa delle proprie attività, nel territorio del diverso foro indicato dalla clausola abusiva. Pertanto, egli troverà più facile agire giudizialmente in tale sede e potrebbe anche darsi che abbia maggior fiducia nei professionisti legali del luogo. In questo caso, o in altri simili, il consumatore non ha nessun interesse a che sia dichiarata l'incompetenza del giudice adito, che comporterebbe per lui solo un rinvio temporale della decisione e, probabilmente, anche una condanna al pagamento delle spese processuali per la lite da lui instaurata dinanzi al giudice incompetente.

Peraltro, non si può escludere che, anche qualora si sia semplicemente verificato un errore tecnico, al consumatore possa, comunque, convenire che la causa prosegua là dove è stata instaurata. Infatti, il ritardo nella decisione, e la eventuale condanna alle spese, potrebbero costituire uno svantaggio più grave di quelli che gli derivano dal fatto che il foro non è quello che sarebbe dovuto essere. Ciò vale, in particolar modo, nel caso in cui il foro, indicato dalla clausola abusiva, non sia particolarmente disagiata, sul piano geografico, per il consumatore stesso, in considerazione della relativa vicinanza e dello stato delle comunicazioni.

Di conseguenza, sembra ragionevole che, in tutti i casi di questo genere, il consumatore possa esplicitare, in sede di interpello, la propria volontà

consumatore, riducendo gli spazi di discrezionalità del magistrato, ne impedisce questi usi poco appropriati.

che la nullità della clausola abusiva derogatoria della competenza non venga pronunciata, in modo da vincolare il giudice adito a non dichiararsi incompetente¹⁶⁵.

Si potrebbe anche ipotizzare il caso, un po' anomalo, in cui il professionista convenga il consumatore dinanzi al foro esclusivo e sia il consumatore stesso a richiedere l'applicazione della clausola derogatoria della competenza. Come si vede, il caso assomiglia molto a quello già indicato per la clausola compromissoria, e andrebbe, quindi, risolto alla stessa maniera.

In dottrina, è stata, poi, individuata un'ipotesi ulteriore, in cui può ravvisarsi un interesse del consumatore al mantenimento della clausola abusiva. Si pensi ad una clausola attributiva di un diritto di recesso senza preavviso, in favore del professionista, e quindi abusiva ex art. 33, comma 2, lettera *h*, cod. cons. Può accadere che, in seguito all'esercizio di tale diritto, il consumatore trovi sul mercato un'offerta di gran lunga migliore di quella del primo professionista. Si tratta di un'evenienza non così improbabile, specie con riguardo a mercati in cui l'evoluzione tecnologica, o l'incremento della concorrenza, possono mutare rapidamente le condizioni economiche dei vari soggetti. In tal caso, il consumatore avrà tutto l'interesse a restare svincolato dal primo contratto, senza correre il rischio che un'eventuale declaratoria di abusività della clausola travolga anche l'efficacia dell'atto di recesso, posto in essere dalla controparte, e faccia, quindi, risorgere la piena vincolatività del precedente rapporto contrattuale¹⁶⁶. Anche in questa

¹⁶⁵ Cfr. D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁶⁶ Il caso è segnalato da GIROLAMI, *op. cit.*, p. 351.

fattispecie, dunque, il meccanismo sopra descritto potrà svolgere efficacemente la sua funzione.

Naturalmente, si potrebbero trovare altri casi particolari in cui si presentino le medesime ragioni di tutela. Più in generale, però, ci sembra che l'utilità del procedimento in questione emerga ancora di più con riguardo ai casi di abusività che non si riconnettono a specifiche disposizioni normative, come quelle degli esempi appena riferiti. Bisogna, infatti, prendere in considerazione anche e soprattutto quelle ipotesi in cui l'abusività viene ravvisata dal giudicante in applicazione di clausole generali, come il significativo squilibrio o l'abuso di dipendenza economica.

Può, dunque, accadere, nel corso delle più varie liti in materia contrattuale, che un giudice consideri "squilibrata" una pattuizione che al contraente protetto non sembra affatto tale. Probabilmente, non è possibile ridurre la discrezionalità giudiziaria, che è insita nell'uso di queste clausole, necessarie per contrastare un fenomeno, multiforme ed in continua evoluzione, quale è l'abuso della autonomia contrattuale. Però, è certamente opportuno consentire al contraente protetto di far valere, in maniera vincolante per il giudice, la propria diversa valutazione dell'accordo in esame. In casi del genere, a nostro avviso, emerge in primo piano il valore di riequilibrio sistematico che hanno queste forme di sanatoria.

Nel complesso, dunque, il *dictum* dei giudici comunitari sembra meritare un pieno apprezzamento. Vi sono, però, ulteriori aspetti del problema, che il sintetico periodare della sentenza in discorso non affronta, ma che devono essere, comunque, necessariamente precisati, per offrire un quadro più completo della questione.

Innanzitutto, non è detto che l'interpello possa funzionare sempre. Infatti, non è certamente possibile interpellare il consumatore in un procedimento che si svolga senza contraddittorio con tale soggetto¹⁶⁷, o nel caso in cui egli sia comunque rimasto contumace. Del resto, può anche accadere che il consumatore, costituitosi in giudizio, non si pronunci sull'interrogativo, pur rivoltogli dal magistrato. In tali casi, com'è stato opportunamente puntualizzato in dottrina, il potere di rilievo officioso dovrà essere esercitato in maniera incondizionata, guardando, quindi, solo all'astratta abusività della clausola, come emerge *ex actis*, senza che si possa interpretare in alcun modo un'ipotetica volontà del consumatore, che non si è manifestata affatto¹⁶⁸.

Non sembra, invece, ammissibile che si pretenda di ricavare la volontà dell'ipotetico consumatore silente da altre sue attività processuali più equivoche. Ad esempio, il fatto che egli abbia radicato la lite presso il foro indicato dalla clausola abusiva, non significa necessariamente che ciò sia avvenuto in maniera del tutto consapevole e tale da escludere l'utilità del rilievo officioso. Anzi, pare ragionevole sostenere che, nella maggior parte dei casi, ove non emerga, in seguito all'interpello, la sussistenza di ragioni peculiari, come quelle degli esempi di cui sopra,

¹⁶⁷ CGUE, 14 giugno 2012, sulla causa C-618/10, in *Giur. it.*, 2012, p. 1497, ha precisato che il giudice interno, qualora disponga di tutti i necessari elementi di fatto e di diritto, deve rilevare d'ufficio la nullità di una clausola abusiva, anche in occasione della verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'emanazione di un decreto ingiuntivo richiesto dal professionista, dunque in un momento procedimentale in cui non si è, ovviamente, ancora potuto realizzare alcun contraddittorio col consumatore.

¹⁶⁸ Cfr. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata*, cit., pp. 1122-1123; SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 859.

l'insaturazione erronea del giudizio sarà dipesa semplicemente dalla negligenza del difensore¹⁶⁹.

Si può porre, poi, il problema della violazione, da parte del magistrato, del più volte ricordato obbligo di interpello del consumatore. Non sembra di dover dubitare del fatto che ciò si possa tradurre in un motivo di impugnazione della sentenza, in considerazione della violazione del diritto comunitario, ma anche del principio di cui al nuovo art. 101, comma 2, c.p.c. Detta norma, infatti, come si già accennato, impone, comunque, al giudice, a pena di nullità della sentenza, di interpellare le parti private prima di decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio.

Si potrebbe, quindi, sostenere che l'interpello, in quanto tale, fosse già obbligatorio nel diritto interno. Ciò che il diritto comunitario aggiunge, e non è poco, è l'effetto vincolante della volontà del consumatore nei confronti del magistrato. Non si tratta più, dunque, solo di un obbligo procedurale, volto all'instaurazione del contraddittorio, ma di uno specifico riconoscimento dell'efficacia giuridica di tale manifestazione di volontà, che condiziona necessariamente la decisione finale.

Un'altra questione di fondamentale importanza attiene ai confini dell'ambito applicativo del meccanismo indicato dai giudici europei. Indubbiamente, esso si applicherà con riguardo alle nullità introdotte in attuazione della direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. A questo ambito, infatti, facevano espresso riferimento i giudici comunitari nella sentenza che si è esaminata.

¹⁶⁹ Cfr., in una prospettiva diversa, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 62-64.

D'altra parte, nel quadro più ampio delle nuove nullità speciali, parrebbe ragionevole ipotizzarne un'applicazione anche negli altri campi in cui si possono ravvisare le medesime esigenze di tutela. Infatti, a tale conclusione sembrano essere giunti i giudici europei, in una loro successiva decisione¹⁷⁰, cui si è già fatto cenno, proprio con riferimento al problema della sussistenza di un'eventuale categoria unitaria delle nullità protettive.

Senza riaprire adesso la questione, che, come si è visto, non si presta ad una risposta semplicistica¹⁷¹, si può, comunque, concordare sul fatto che il procedimento sopra descritto sembra effettivamente poter trovare applicazione in un campo molto più vasto di quello in cui è stato enucleato. Infatti, le medesime *rationes*, che lo sorreggono con riferimento alle clausole abusive, possono, indubbiamente, ravvisarsi anche con riguardo ad ulteriori nullità consumeristiche, ed anche rispetto a nullità protettive operanti in favore di soggetti non consumatori.

Pertanto, anche se in linea generale ci siamo pronunciati in modo dubitativo riguardo all'unificazione degli statuti di tutte le nuove nullità, troviamo, però, ragionevole ed opportuna l'estensione, in via analogica o interpretativa, del campo di applicazione dello specifico meccanismo in esame. Appare, dunque, condivisibile la posizione di quella dottrina che considera la rilevabilità condizionata, modellata su quanto statuito dalle

¹⁷⁰ CGCE, 17 dicembre 2009, sulla causa C-227/08, caso *Martìn Martìn*, in *Giur. comm.* 2010, 5, II, p. 794, con nota di MILANESI.

In precedenza, un episodio di applicazione dei principi elaborati dai giudici europei con riguardo alla direttiva 93/13 anche oltre i confini del suo ambito applicativo si già era avuto con CGCE, 4 ottobre 2007, sulla causa C-429/05, caso *Rampion*, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 589.

¹⁷¹ La questione è stata trattata nel primo capitolo di questo studio.

citare pronunzie europee, come una “*costante integrativa*”, da applicare a tutte le ipotesi di nullità protettiva¹⁷².

Dal nostro punto di vista, la conclusione è di notevole importanza, in quanto comporta l'applicazione, tendenzialmente generale, alle nullità protettive di quel meccanismo sanante, che, come si chiarirà ancor meglio fra breve, è implicato da tale peculiare conformazione del rilievo officioso.

La giurisprudenza comunitaria ha, peraltro, avuto modo di tornare su questo genere di problemi, mantenendosi sulla linea indicata dalle pronunzie in esame. In una successiva sentenza su di un diverso caso ungherese, si è riconosciuto al giudice nazionale il potere di adottare *ex officio* provvedimenti istruttori finalizzati all'accertamento dell'eventuale abusività di una determinata clausola. In caso di esito positivo dell'istruttoria, opererà il procedimento di rilievo officioso della nullità, come sopra delineato¹⁷³.

In un'altra sentenza, si è, poi, riconosciuta al giudice nazionale la possibilità di azionare il rilievo officioso in base alle informazioni pervenutegli da un'associazione di consumatori, costituitasi in giudizio allo scopo di agevolare la difesa della parte più debole¹⁷⁴. Una recente pronunzia ha, poi, chiarito che, qualora l'abusività di una pattuizione sia dichiarata da un'autorità amministrativa, a ciò preposta dal diritto interno, il giudice nazionale dovrà rilevare d'ufficio la non vincolatività

¹⁷² PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio*, cit., pp. 923-924.

¹⁷³ CGUE, 9 novembre 2010, sulla causa C-137/08, caso *Penzugyi*, in *Contratti*, 2011, pp. 113 e segg., con nota di PATTI, *Oltre il caso “Pannon”: poteri istruttori dl giudice e tutela del consumatore*.

¹⁷⁴ CGUE, 16 novembre 2010, sulla causa C-76/10, caso *Pohotovost*'.

della clausola, anche nei processi in cui non siano parti quei consumatori coinvolti nel procedimento amministrativo in questione¹⁷⁵. Appare, insomma, evidente lo sforzo della giurisprudenza europea di assicurare al consumatore una tutela sempre più adeguata.

Ciò che i giudici europei non dicono, e che, probabilmente, non avranno mai occasione di dire, dato che la questione esula dalla loro competenza, è come questi meccanismi debbano inquadrarsi rispetto alle categorie del nostro diritto nazionale. Infatti, il procedimento di interpello, su cui ci stiamo soffermando, può essere letto in maniere differenti, dal punto di vista del diritto italiano.

In dottrina, infatti, alcuni hanno sostenuto che si tratti di un meccanismo che opera esclusivamente sul terreno processuale, senza poter esplicitare alcun effetto sostanziale di sanatoria della nullità della clausola¹⁷⁶. Altri, invece, vi hanno ravvisato proprio la conferma, autorevolissima, della possibilità di ammettere la convalida delle nullità di protezione¹⁷⁷. Diciamo subito che la seconda impostazione ci sembra quella più convincente.

¹⁷⁵ CGUE, 26 aprile 2012, sulla causa C-472/10, caso *Invitel*, in *Guida al Dir.*, 2012, 21, 104.

¹⁷⁶ MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata*, cit., p. 1124; PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 409 e segg.; NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, cit., p. 170.

¹⁷⁷ D'AMICO, op. cit., p. 25; PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 507 e segg.; VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 1366 e segg.

In primo luogo, essa consente una spiegazione più lineare dei fenomeni in discorso, poiché non comporta alcuna torsione dei principi processuali. Infatti, la lettura sostanzialistica implica che il giudice non potrà pronunciare la nullità rilevata, semplicemente perché questa non c'è più, essendo stata sanata, per effetto della dichiarazione del consumatore¹⁷⁸. Se, invece si vuole escludere tale passaggio, diviene inevitabilmente più complesso spiegare tecnicamente come avviene che il giudice non possa arrivare alla sentenza dichiarativa della nullità.

Si potrebbe, d'altra parte, replicare che la spiegazione sostanzialistica è anch'essa difficilmente compatibile con un principio acquisito del nostro ordinamento civilistico, come appunto l'insanabilità delle nullità. A parte il fatto, che, per le ragioni esposte e per altre che si andrà ad esporre, il principio non sembra più così consolidato, si deve, poi, considerare un altro aspetto.

Il punto è che anche la lettura processualistica potrebbe difficilmente inquadrarsi in una concezione tradizionale delle nullità contrattuali. Infatti, seguendo quei dogmi che, sino a poco fa, apparivano come indiscutibili, bisognerebbe negare ogni rilevanza anche ad una rinuncia meramente processuale all'azione di nullità¹⁷⁹. Se volessimo, dunque, seguire fedelmente i principi tradizionali, non resterebbe che concludere che il giudice una volta rilevata la nullità, deve sempre ed incondizionatamente pronunciarla, comunque si esprimano al riguardo le parti private del processo. Però, come è ormai evidente, l'orientamento dei giudici europei rende insostenibile questa posizione.

¹⁷⁸ Così, si esprime, con molta chiarezza, D'AMICO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷⁹ Cfr. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, Napoli, 1992, pp. 176-178.

Sembra, poi, dirimente la considerazione del funzionamento effettivo del procedimento in discorso. Infatti, anche a voler prescindere da ogni valutazione sostanziale, non sembra ammissibile, proprio in forza dei principi del nostro ordinamento processuale, che un soggetto possa, dapprima, provocare, con una sua esplicita dichiarazione giudiziale, la formazione di un giudicato sulla validità di un determinato negozio e, poi, avviare un secondo giudizio, volto a far dichiarare la nullità del medesimo negozio¹⁸⁰.

Se si esclude, come pare ragionevole, una siffatta eventualità, scompare, però, ogni differenza pratica fra le due letture. Si arriva, infatti, a delineare un quadro in cui il soggetto protetto può sanare la nullità, e che ciò avvenga “processualmente” o, come ci sembra meglio dire, “sostanzialmente”, diventa una mera questione nominalistica. Del resto, nella dottrina tradizionale, non era mancato chi sostenesse una configurazione della stessa convalida del negozio annullabile come mera

¹⁸⁰ Questo sembra, invece, sostenere MONTICELLI, *op. loc. ultt. citt.*, secondo il quale l’effetto preclusivo della dichiarazione, resa in sede di interpello, varrebbe solo nei riguardi di una eventuale impugnazione, promossa dal consumatore, contro la sentenza che ha considerato valida la clausola *sub iudice*. L’autore richiama, a tal proposito il principio del divieto di *venire contra factum proprium*.

Ci sembra, però, contraddittorio sostenere che il medesimo divieto non operi, *a fortiori*, anche per il caso della eventuale instaurazione di un nuovo giudizio. Del resto, ammettere una condotta incoerente di tal natura comporterebbe danni ancora più significativi, per la certezza dei rapporti giuridici e per l’affidamento degli altri soggetti interessati. Infatti, il nuovo giudizio potrebbe intervenire anche dopo molti anni, mentre l’eventuale impugnazione, per lo meno, dovrebbe essere proposta entro un breve termine di decadenza, decorso il quale il giudicato resterebbe, comunque, intoccabile.

rinuncia all'azione, collocata, dunque, su di un piano strettamente processuale¹⁸¹.

Evitando, dunque, di approfondire questioni che rischiano di rivelarsi meramente accademiche, ci sembra che la natura effettuale di questo fenomeno sanante risulti, alla fine, relativamente chiara. In ogni caso, infatti, non sarà più possibile, per nessuno, far valere l'invalidità della clausola, e questa assumerà, quindi, pieno valore vincolante per ogni soggetto interessato.

Le conclusioni raggiunte ci sembrano utili anche per chiarire alcune questioni rimaste aperte nella discussione relativa alla struttura ed ai limiti della convalida delle nullità di protezione.

Infatti, l'orientamento dei giudici europei sembra minare alle fondamenta la possibilità di sostenere quelle, già criticate, concezioni paternalistiche, per cui il giudice potrebbe pronunciare la nullità per abusività, anche contro l'espressa volontà del consumatore, in forza di una sua diversa valutazione dell'interesse del soggetto protetto¹⁸², o,

¹⁸¹ Il riferimento è alla posizione di GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pp. 91 e segg., criticata da MACIOCE, *op. cit.*, pp. 179 e segg., proprio perché essa “*finisce per operare una trasposizione in chiave processualistica, di un problema che invece è di diritto sostanziale*”.

¹⁸² BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 499 e segg., ritiene, invece, che, anche all'indomani della sentenza *Pannon*, sia ipotizzabile che il giudice possa rifiutarsi di seguire le indicazioni del consumatore, se non le ritiene vantaggiose per lo stesso soggetto protetto.

Non riusciamo, però, a vedere come ciò possa conciliarsi con il *dictum*, piuttosto netto, della Corte europea. Molto più convincente appare, quindi, l'impostazione di SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 859, che, alla luce della giurisprudenza comunitaria, vede

addirittura, per perseguire una diversa finalità, contrastante con l'interesse dello stesso. Altrettanto insostenibile sembra, poi, il connesso assunto per cui qualunque effetto di sanatoria dovrebbe imprescindibilmente presupporre una modifica sostanziale del contenuto della clausola¹⁸³.

Dall'esame della giurisprudenza comunitaria, è emerso, infatti, che la volontà espressa dal consumatore in sede di interpello è insuperabile per il giudice, e che tale volontà può anche esplicarsi nel senso del mantenimento della clausola abusiva nel contratto così come essa vi è stata inserita. In tutti gli esempi, sopra riportati, si è visto, infatti, che la soddisfazione dell'interesse del consumatore può derivare dalla conservazione piena degli effetti della clausola compromissoria, o di quella derogatoria della competenza, o attributiva del recesso, o quant'altro.

Del resto, è proprio per questo motivo che l'istituto, di cui trattiamo, può essere considerato una vera convalida, e non una riduzione ad equità o una rinnovazione, ipotesi diverse e indubbiamente ammissibili, ma, in effetti, estranee rispetto al problema di cui ci stiamo occupando¹⁸⁴.

nel giudice *“non tanto un “tutore” del soggetto protetto – posto che non gli è consentito sostituirlo nella decisione – ma piuttosto una sorta di “consigliere”, avendo egli fondamentalmente l’obbligo di indicargli il carattere abusivo della clausola”*.

¹⁸³ Per l'esposizione e la critica di tali posizioni si rinvia al primo paragrafo di questo capitolo.

¹⁸⁴ A tal proposito, ci sembra tuttora molto utile la formulazione impiegata, a suo tempo, da ROCCO, *Ancora sulla convalida dei negozi giuridici*, cit., p. 306: *“la sanatoria di un negozio invalido non può significare mai cancellazione del vizio*

Siamo, dunque, arrivati a poter dare una prima risposta al quesito più problematico che ci siamo posti. Infatti, come si diceva, una volta riconosciuto che non ci sono ostacoli concettuali o positivi all'ammissibilità, in linea generale, di una convalida delle nullità protettive, il *punctum dolens* diventa quello dell'individuazione dei casi in cui essa sia ammissibile. Si è visto che, in ragione del principio ricavabile dall'art. 1444 c.c., occorre che la situazione, che ha determinato l'invalidità, al momento della stipula del contratto, deve essere venuta meno, perché possa aversi la convalida. Si è già detto anche che non si può certo pretendere che il consumatore cessi di essere tale, e che occorre, dunque, individuare un diverso tipo di mutamento, fra la situazione sussistente al tempo della stipula e quella necessaria per procedere alla convalida.

Ebbene, stando al riferito orientamento della giurisprudenza comunitaria, questo mutamento sembra rinvenibile nell'instaurarsi del rapporto processuale con le connesse attività poste in essere dal giudicante. Infatti, in seguito all'avviso ed all'informazione, che il magistrato fornisce al consumatore, quest'ultimo diviene in grado di esprimere, in risposta all'interpello giudiziale, una dichiarazione sufficientemente consapevole, tale da poter esplicitare un effetto di blocco del potere di rilievo ufficioso, e, quindi, alla fine, un effetto sanante della nullità stessa.

Si è, così, individuato almeno un caso in cui la posizione di debolezza del consumatore si modifica in modo tale da consentire l'attuazione della convalida. Non è detto, però, che si tratti dell'unico caso.

organico che ne accompagnò la nascita, ma solo eliminazione degli effetti giuridici dell'imperfezione".

Infatti, se come ci sembra ragionevole, il meccanismo descritto non si colloca esclusivamente sul piano processuale, potrebbe diventare ammissibile anche una sanatoria posta in essere in un contesto stragiudiziale. Sulla questione i giudici europei non si sono mai espressi e dalla *ratio* delle ricordate pronunzie gli interpreti hanno potuto trarre conclusioni contrastanti quanto all'ammissibilità di una siffatta convalida non giudiziale¹⁸⁵.

Occorre, in ogni caso, individuare situazioni in cui un atto del genere possa apparire meritevole di tutela. Infatti, non si può certo sostenere una generalizzata ammissibilità di convalide stragiudiziali, che potrebbero trasformarsi in facili elusioni della tutela accordata dalla legge. Ad esempio, non si può ammettere che il professionista si metta comodamente al riparo dal rischio di una dichiarazione di abusività, facendo magari sottoscrivere al consumatore, subito dopo la stipula del contratto, un ulteriore modulo, denominato "dichiarazione di convalida", e riferito a determinate clausole del contratto stesso. Diversamente opinando, la tutela consumeristica retrocederebbe al livello di quella, meramente formalistica, della vecchia specifica sottoscrizione, di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.

¹⁸⁵ Cfr. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, cit., pp. 75-76, la quale ritiene ammissibile la sanatoria stragiudiziale, poiché sarebbe incongruo costringere gli interessati ad attendere il processo per realizzare tale operazione. *Contra*, DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, cit., p. 197, esprime fortissimi dubbi al riguardo, poiché, al di fuori, del contesto processuale mancherebbe ogni garanzia di controllo sull'effettiva informazione ottenuta dal consumatore.

Entrambi gli autori citati fanno riferimento alla sentenza *Pannon*, ma, come si vede, giungono a conclusioni diametralmente opposte. Come si vedrà più avanti, è probabilmente possibile sostenere una posizione intermedia.

Ciò non toglie che delle ipotesi di convalida extragiudiziale ammissibile possono, comunque, rinvenirsi nel sistema. Si tratta, dunque, di individuare, anche questa volta, una casistica di situazioni in cui l'istituto potrebbe trovare applicazione. Naturalmente, anche in questa fase, non si tenterà di fornire un'elencazione tassativa, o comunque esaustiva, ma ci si limiterà ad indicare ambiti, dove l'ammissibilità di dichiarazioni di convalida¹⁸⁶ delle nullità protettive può assumere una sua specifica rilevanza.

Bisogna, innanzitutto, prendere atto della circostanza che i casi già analizzati, con riguardo alla convalida in sede giudiziale, sono, in effetti, piuttosto difficili da riproporre al di fuori del contesto rappresentato da un processo ordinario, o, eventualmente, da un arbitrato. A prescindere da questi ambiti, però, la convalida delle clausole abusive sembrerebbe poter trovare una sua utile esplicazione nel contesto rappresentato da accordi transattivi.

Qui, infatti, come si è già accennato, la sanatoria successiva potrebbe svolgere un ruolo parallelo a quello della trattativa individuale preventiva, in modo da consentire uno scambio fra il mantenimento della clausola ed altre utilità che il consumatore può reputare più interessanti. Naturalmente, intendiamo sempre riferirci ad ipotesi in cui lo scambio in questione non comporti modificazioni contenutistiche della clausola, giacché altrimenti non si tratterebbe di convalida della stessa, ma di rinnovazione del contratto.

Una collocazione del genere, peraltro, non va intesa come il riconoscimento di una anomala convalida bilaterale. Infatti, anche in tal

¹⁸⁶ Il problema della convalida tacita delle nullità protettive sarà, invece, affrontato *infra*, nel terzo paragrafo di questo capitolo.

caso a convalidare è, comunque, un solo soggetto, quello protetto, che lo fa, però, a titolo oneroso, ovvero in cambio di una qualche diversa utilità, di cui, in suo favore, dispone la controparte. Naturalmente, a seconda dei casi, potranno darsi ipotesi in cui la dichiarazione di convalida è resa immediatamente, o ipotesi in cui si promette di renderla in un momento successivo.

In ogni caso, sarà necessario dimostrare che la trattativa sia stata reale, e non abbia, invece, costituito un tutt'uno con l'abuso contrattuale stesso. Come è noto, si tratta di una questione che è stata già affrontata con riguardo alla trattativa individuale preventiva¹⁸⁷. Non si può, invero, negare che, il più delle volte, si tratterà di una prova abbastanza ardua, anche se non impraticabile¹⁸⁸.

Sembra, comunque, possibile sostenere che la convalida in sede transattiva sarà tanto più ammissibile, quanto più il contesto, in cui essa abbia luogo, avrà punti in comune con quello della convalida giudiziale, come intesa dalla ricordata giurisprudenza europea. Così, andrebbe considerato in modo più positivo un accordo raggiunto con l'intervento di un soggetto terzo, il quale svolga quelle funzioni, di avviso ed informazione, che, in sede processuale, sono realizzate dall'interpello del giudice.

¹⁸⁷ La giurisprudenza richiede che la trattativa sia seria, effettiva ed individuale, mentre non sarebbe sufficiente la cd. negoziazione parziale: cfr., Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Il Civilista*, 2010, 10, p. 15.

¹⁸⁸ Si rammenti che l'onere di provare la sussistenza della trattativa incombe sempre sul professionista, mentre non si configura mai un onere, per il consumatore, di dimostrare l'assenza di trattativa: cfr. Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 981.

Mentre, per la trattativa preventiva, un'ipotesi del genere appare piuttosto improbabile, per quella successiva, e, quindi, per la convalida, si può immaginare che tutto ciò possa avere luogo dinanzi ad un organismo di mediazione conciliativa. Il riferimento, naturalmente, è a quel nuovo istituto, che recenti interventi legislativi, in funzione deflattiva delle liti, hanno voluto fortemente valorizzare¹⁸⁹. Una transazione raggiunta in tale contesto potrebbe essere, dunque, la sede adeguata per contenere gli accordi di convalida stragiudiziale di cui stiamo trattando.

Non è detto, però, che ogni organismo del genere sia idoneo a svolgere questo genere di funzioni. In alcuni casi, può risultare d'ostacolo la insufficiente preparazione tecnica dei mediatori, che li renderebbe inadeguati a fornire autorevolmente quel grado di consapevolezza, necessaria perché la parte debole possa determinarsi liberamente. Come è noto, infatti, la normativa in materia di mediazione richiede requisiti professionali quasi inesistenti, per cui possono svolgere detta attività anche soggetti sostanzialmente privi di cognizioni giuridiche¹⁹⁰. Ciò non

¹⁸⁹ Si intende alludere, ovviamente, alla disciplina di cui al noto decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28.

¹⁹⁰ Infatti, in base all'art. 4, comma 3, del regolamento, adottato con decreto del Ministro della Giustizia del 18 ottobre 2010, n. 180, in attuazione dell'art. 16 del citato decreto legislativo 28 del 2010, al mediatore si richiede solo il possesso di una qualunque laurea, anche triennale, oppure l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale, di qualsiasi natura. Ai sensi dell'art. 18, comma 1, del medesimo regolamento, la formazione del mediatore sarebbe, poi, completata con la frequenza di un "mini-corso" di cinquanta ore.

Non a caso, nel sollevare la questione di costituzionalità degli artt. 5 e 16 del citato decreto 28 del 2010, il TAR Lazio, con ordinanza del 12 aprile 2011, n. 3202, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1858, ha messo in evidenza, fra le altre criticità, anche

esclude, però, ovviamente, che determinati organismi si possano dotare, per effetto delle proprie autonome scelte organizzative, di professionisti di un livello tecnico adeguato, ben superiore a quello minimo, richiesto dalle norme in materia.

In altri casi, lo stretto rapporto fra organismi di mediazione ed associazioni imprenditoriali rende, quanto meno, dubbio che gli stessi possano svolgere una effettiva funzione di tutela del consumatore. Ciò non varrebbe, però, per eventuali organismi che siano istituiti, magari, da associazioni consumeristiche, o, meglio ancora, bilateralmente, da associazioni consumeristiche ed associazioni imprenditoriali.

In questi particolari contesti potrebbe, quindi, realizzarsi un meccanismo simile a quella autonomia privata “assistita”, cui, in altri ambiti, è consentito dalla legge di derogare a norme imperative poste a tutela dei contraenti deboli¹⁹¹. Nel nostro caso, non si tratta, peraltro, di

quella ravvisabile nella circostanza che l’obbligatorietà del ricorso alla mediazione e l’inadeguata conformazione professionale della figura del mediatore possano ledere il diritto fondamentale di cui all’art. 24 Cost.

Come è noto, l’obbligatorietà della mediazione, è stata, poi, effettivamente dichiarata illegittima da Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, disponibile in formato elettronico in www.cortecostituzionale.it, anche se con prevalente riferimento al profilo dell’eccesso di delega.

¹⁹¹ In ambito giuslavoristico, l’art. 2113, comma 4, c.c. esclude dall’impugnabilità le rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti del lavoratore, di regola inderogabili, qualora esse siano collocate nell’accordo di conciliazione di cui agli artt. 410, 411, 412 ter e 412 quater c.p.c., cioè all’esito di una procedura conciliativa, gestita da commissioni istituite presso organi del Ministero del Lavoro, con la partecipazione dei rappresentanti delle rispettive organizzazioni sindacali, o secondo altre modalità determinate dalla contrattazione collettiva. Cfr. VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007.

deroghe di questo genere, in quanto le norme, cui contravvengono le clausole abusive eventualmente convalidate, sono già dispositive per le parti private, col solo limite dell'abuso. Qui si tratta piuttosto di assicurare un ambiente, che possa ritenersi idoneo ad assicurare una trattativa che sia, appunto, reale e non abusiva.

In ogni caso, proprio perché mancano riferimenti normativi sul punto, non si può stabilire alcun automatismo fra l'ambito in cui sia stata definita la transazione e la validità della convalida in essa contenuta. Si può soltanto sostenere, in via interpretativa, che un accordo transattivo con effetti convalidanti avrà maggiori probabilità di essere reputato assimilabile alla convalida giudiziale "europea", quanto più tecnicamente qualificato ed istituzionalmente idoneo alla tutela dei consumatori sia l'organismo, il cui mediatore ne abbia gestito la stipulazione. Naturalmente, poi, tutto ciò potrà avvenire, solo se il mediatore in questione avrà, nel caso di specie, diligentemente posto in essere quella attività di informazione e interpello, che in sede processuale avrebbe svolto il giudice.

Pertanto, a nostro avviso, è certamente possibile che, in certi casi, forse marginali, un accordo raggiunto dinanzi ad un organismo astrattamente idoneo possa essere, poi, valutato inadeguato¹⁹². Allo stesso modo, non

In materia agraria, l'art. 23, comma 3, della legge 11 febbraio 1971, n. 11, come modificato dall'art. 45 della legge 3 maggio 1982, n. 203, esclude l'impugnabilità delle rinunzie e transazioni aventi ad oggetto diritti dell'affittuario, di regola inderogabili, qualora le parti siano assistite, nella stipula delle stesse, dalle rispettive organizzazioni professionali agricole. Si veda ALESSI, *Autonomia privata e rapporti agrari*, Napoli, 1982.

¹⁹² Si pensi al caso di un accordo già interamente predisposto in altra sede, imposto alla parte debole del debole e sottoposto al mediatore perché lo ratifichi. Non sembra

si intende escludere che sia possibile dimostrare che una transazione, raggiunta dalle sole parti private, senza l'assistenza di alcuno, abbia dato luogo, comunque, a quella trattativa reale, tale da consentire di superare il rischio di abusi.

Un ulteriore interrogativo riguarda il ruolo dell'attività del notaio, con riferimento a questo genere di problematiche. Infatti, anche quella notarile potrebbe essere individuata come una sede idonea a raggiungere questo tipo di accordi transattivi, contenenti atti di convalida. Del resto, non è certo insolito che contratti di transazione siano stipulati in forma notarile, specie quando essi vengano a cadere su certe materie.

Il notaio potrebbe, dunque, essere indicato come un professionista che, dal punto di vista delle competenze tecniche e della posizione di imparzialità, può eventualmente svolgere quella funzione di interpello del consumatore, che altrove svolgono il giudice oppure un mediatore qualificato.

Bisogna, però, anche tenere presente che il notaio non ha i poteri, che ineriscono alla funzione giurisdizionale, e non è detto che egli partecipi al raggiungimento dell'accordo come, di regola, dovrebbe fare il mediatore. Può essere, anzi, perfettamente normale che al notaio si chiedi solo di formalizzare in termini tecnici un'intesa già pienamente realizzatasi tra le parti, in seguito ad una trattativa, sulle cui effettive modalità egli non avrà il benché minimo potere di accertamento.

Pertanto, anche in questo caso, non sembra possibile fornire risposte troppo nette. Da una parte, infatti, è possibile che, in alcuni casi, un

che una sequela del genere possa valere ad escludere l'abusività del contenuto contrattuale, e, quindi, l'inefficacia di eventuali sanatorie che esso comportasse.

particolare intervento notarile nella trattativa, opportunamente documentato, porti alla stipula di un negozio, con effetti anche sananti, che possa considerarsi idoneo a ricevere lo stesso riconoscimento di efficacia, tributabile alla convalida “europea”, in sede giudiziale.

D'altra parte, non è, in alcun modo, possibile rendere automatica una siffatta soluzione, dato che, in linea generale, non potrà considerarsi bastante, a tal fine, la sola forma dell'atto di notaio. Si tratta, sostanzialmente, degli stessi risultati, cui giunge chi si è posto il medesimo problema, con riguardo all'intervento notarile nella trattativa individuale preventiva, e della eventuale esclusione dell'abusività che ne deriverebbe¹⁹³.

La riflessione sulla giurisprudenza comunitaria in esame può essere, però, utile a chiarire anche un diverso aspetto dell'attività notarile, nell'ambito che ci interessa.

Si è già visto come sia possibile individuare un atteggiamento dottrinale propenso a giustificare la ricevibilità degli atti affetti da nullità protettive, in considerazione proprio della necessità di consentire, al soggetto protetto, il recupero del contratto in questione.

Ebbene, è chiaro che un'impostazione del genere riceve un'autorevole conferma dal principio espresso nelle recenti pronunzie europee¹⁹⁴. Non sarebbe, infatti, ragionevole riconoscere al soggetto protetto la possibilità di una convalida in sede giudiziale e, al tempo stesso, impedirgli di

¹⁹³ Cfr. GUERINONI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2011, pp. 335-338, ed ivi ulteriori riferimenti.

¹⁹⁴ L'importanza di questa giurisprudenza per l'interpretazione della responsabilità notarile è stata opportunamente messa in evidenza da MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali*, cit., p. 690.

pervenire alla stipula del contratto stesso, che di tutta l'operazione costituisce il presupposto indefettibile.

Sembra, quindi, che la soluzione più armonica sul piano sistematico sia quella ispirata ad un canone di simmetria fra i poteri del giudice e quelli del notaio. Infatti, se il giudice deve fermarsi di fronte all'opposizione del soggetto protetto, non si vede perché mai il notaio dovrebbe essere abilitato ad incidere in maniera molto più pesante sull'autonomia di tale soggetto¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Cfr. BECCU, *Clausole abusive e nullità di protezione: il ruolo del giudice e il ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 3, pp. 665 e segg., il quale sottolinea la centralità della volontà del soggetto protetto e, soprattutto, fa leva su quel rapporto di simmetria fra giudice e notaio, già, messo in luce da CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 921 e segg.

Sulla perdurante attualità della lezione carneluttiana, anche con riguardo alla materia che ci interessa, cfr. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 378.

2.3 La convalida nella giurisprudenza sull'abuso dell'azione di nullità

2.3.1 Il problema della cd. "iperprotezione"

Sino ad ora, abbiamo considerato il problema della convalida con lo scopo, essenzialmente, di assicurare che le normative di protezione non si ritorcessero proprio contro il soggetto che esse dovrebbero tutelare. In particolare, sulla scorta della giurisprudenza europea, siamo riusciti a delineare un meccanismo di sanatoria, che consenta al consumatore di proteggersi da un giudice troppo zelante nel rilievo officioso della nullità.

Adesso occorre considerare la medesima questione da un diverso punto di vista. Infatti, l'opportunità di ammettere fattispecie convalidanti emerge anche dall'esame di un problema, ormai abbastanza sentito dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito, che può sembrare, per certi aspetti, del tutto diverso. Si tratta, in altre parole, di valutare se l'ammissibilità di meccanismi di sanatoria possa servire a contrastare comportamenti scorretti dello stesso soggetto protetto, che voglia utilizzare le norme di tutela per scopi distorti ed immeritevoli di tutela.

L'eventualità in questione è tutt'altro che remota e, per certi aspetti, segnala un successo della normativa di protezione. Infatti, il principale effetto della stessa è di dare forza a quel contraente che appare più debole. Quando ciò accade, però, si può anche porre il problema di un contraente, teoricamente "debole", ma, in realtà, ormai sin troppo forte, che faccia un uso scorretto delle tutele riservategli dalla legge. Diventa,

dunque, necessario che l'ordinamento appronti delle sanzioni adeguate a questo genere di ipotesi. Si tratta, insomma, di evitare che la giusta esigenza di tutela di un contraente non degeneri in un eccesso di protezione dello stesso, con esiti manifestamente irragionevoli.

Il problema si presta ad essere ricondotto, sul piano concettuale, nella generale figura dell'abuso del diritto, consistente nell'uso improprio di un diritto, da parte del suo titolare. Si tratta, infatti, di un esercizio del diritto, formalmente conforme allo schema di cui alla norma attributiva, ma sostanzialmente contrastante con la sua funzione, ovvero con lo scopo per cui l'ordinamento ha riconosciuto quel diritto a quel soggetto. Come è noto, il tema è stato oggetto di una ricca elaborazione nella dottrina civilistica italiana e straniera¹⁹⁶, ed ha trovato anche recenti applicazioni in celebri pronunce giurisprudenziali¹⁹⁷.

¹⁹⁶ In questa sede non è certamente possibile fornire un ragguaglio completo sul punto. Ci si limiterà a ricordare che la categoria, benché antichissima (si vedano ampi riferimenti storici e comparatistici in BRECCIA *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 19 e segg.), aveva conosciuto un periodo di crisi nell'epoca delle codificazioni moderne, caratterizzata da esasperato legalismo e diffidenza verso l'autonomia dell'interprete, che, invece, istituti come quello in discorso evidentemente esaltano. In seguito, essa era stata riscoperta, sia in Germania, ove il concetto di *Rechtsmissbrauchverbot* trova fondamento nei §§ 226 e 242 BGB, sia in Francia, per la quale si è soliti citare come punto di riferimento il celebre caso *Clément-Bayard, Cour de Cassation*, 3 agosto 1915, in *Dalloz* 1917, I, p. 705.

Quanto all'Italia, hanno avuto un'importanza fondamentale alcuni contributi degli anni cinquanta e sessanta, e cioè quelli di SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. del Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166-170; U. NATOLI *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 18 e segg.; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RESCIGNO *L'abuso del diritto*, in

Con riferimento alla legislazione consumeristica, la questione si è inizialmente posta soprattutto fra i giuristi di quelle realtà in cui un apparato di tutele di questo genere esisteva da più tempo che in Italia. Così, nella dottrina francese, si trovano riferimenti alla necessità di contrastare abusi, posti in essere da parte da un consumatore “iperprotetto”¹⁹⁸, anche in anni in cui il tema era sostanzialmente negletto dalla dottrina italiana¹⁹⁹.

Riv. dir. civ., 1965, I, pp. 203 e segg. Una delle prime applicazioni giurisprudenziali italiane è rappresentata da Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, p. 256, con nota di SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*

Più di recente il tema è stato trattato da numerosi autori: si vedano, almeno, i contributi raccolti nel volume del 1997 della rivista *Diritto Privato*, coordinato da FURGIUELE, e dedicato, appunto, a *L'abuso del diritto*; quelli raccolti in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, a cura di PAGLIANTINI; nonché i contributi di PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla scia dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 25 e segg., e C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, pp. 5-14. Nella dottrina francese più recente, cfr. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000, e KARIMI, *Les clauses abusives et l'abus de droit*, Paris, 2001.

¹⁹⁷ Il riferimento è, soprattutto, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 2671, in tema di abuso del diritto di recesso da parte dell'impresa contraente “forte” nei confronti delle imprese concessionarie “deboli”, che ha suscitato, come è noto, un vivo dibattito in dottrina.

Ulteriori applicazioni dei medesimi principi si possono ritrovare, ancora più di recente, in Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, p. 794, con nota di RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

¹⁹⁸ Cfr. CARBONNIER, *Propos introductifs*, in *Rev. jur. com.*, 1993, numero speciale *La transparence*, p. 13, il quale evidenzia la necessità di evitare che la “*transparence cristal*” degeneri in una “*transparence chicane*”; SINAY-CYTERMANN, *Protection ou superprotection du consommateur*, in *Sem. jur.*, 1994, I, p. 3804; D. MAZEAUD, *Les vices de la protection du consentement du*

La questione è divenuta, poi, ineludibile, quando di essa ha iniziato ad occuparsi la Corte di Giustizia. Si è posto, infatti, il problema di un esercizio abusivo del diritto di recesso, riconosciuto, da molte direttive comunitarie, al consumatore, che abbia contrattato in modalità tali da far considerare necessario un ulteriore periodo di ripensamento²⁰⁰.

Il recesso, di regola, comporta il ripristino dello *status quo ante* alla stipula del contratto e non deve implicare spese a carico del consumatore, che potrebbero privarlo della convenienza ad esercitare il proprio diritto. Un meccanismo del genere si può prestare, però, ad operazioni di carattere abusivo, da parte di consumatori che sfruttino con accortezza le possibilità offerte loro dalla normativa di protezione. Su queste problematiche è, quindi, intervenuta, in più occasioni, la giurisprudenza europea. Così, si è statuito che, in caso di recesso del consumatore mutuatario, egli deve non solo restituire il capitale, ma anche corrispondere gli interessi ad un tasso di mercato, poiché,

consommateur, in *D.*, 2002, p. 71, che fa riferimento alla “*immèritèe bienveillance*” che si rischia di concedere a consumatori in mala fede.

¹⁹⁹ GIORGETTI, *op. cit.*, p. 781, testo e nota 78, lamentava lo scarso interesse della dottrina italiana per tale profilo, grave in un contesto in cui anche il professionista, specie nel confronto con le associazioni consumeristiche, può venire a trovarsi in situazioni di accentuata debolezza, che lo avrebbero reso meritevole di una qualche maggior tutela.

²⁰⁰ Si pensi, ad esempio, al diritto di recesso riconosciuto dalla direttiva 85/577, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, o a quello previsto dalla direttiva 97/7, per i contratti a distanza.

altrimenti, la norma di tutela si trasformerebbe in uno strumento di arricchimento abusivo²⁰¹.

Inoltre, i giudici europei hanno ritenuto che, in caso di recesso da un contratto di vendita, il consumatore possa essere obbligato al pagamento di un'indennità per l'utilizzo della merce, qualora il professionista dimostri che essa è stata utilizzata in maniera contrastante con i principi della buona fede e del divieto di ingiustificato arricchimento²⁰². Basti pensare al caso di un consumatore che, in maniera premeditata, ordina la merce per una determinata occasione, la utilizza e, poi, recede, così da realizzare, in sostanza, lo scopo di un contratto di noleggio, senza, però, pagare alcun canone²⁰³. Tale strumentalizzazione del recesso dalla vendita viene, quindi, sanzionata dai giudici europei, con il riconoscimento della possibilità di obbligare il consumatore in questione al pagamento dell'indennità, che finirà per riequilibrare il rapporto col venditore, trasformato, suo malgrado, in locatore.

In dottrina, si è anche sostenuto che sarebbe possibile un sindacato sulle motivazioni che hanno spinto il consumatore ad esercitare il recesso, così da privarlo di efficacia nei casi più estremi, in cui esso risulti

²⁰¹ Cfr. CGCE, 25 ottobre 2005, sulla causa C-350/03, caso *Schulte*, in *Dir. & Giust.*, 2005, 46, p. 88; CGCE, 25 ottobre 2005, sulla causa C-229/04, caso *Crailsheimer Volksbank*, in *Dir. & Giust.*, 2005, 46, p. 88.

²⁰² CGCE, 3 settembre 2009, sulla causa C-489/07, caso *Messner*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 26 e segg., con nota di COGNOLATO, *Contratti del consumatore e "diritto delle restituzioni"* (secondo la Corte di Giustizia CE).

²⁰³ In dottrina, si fanno i casi dell'ordine di un abito da indossare in un'occasione speciale, di stoviglie per un ricevimento, o di un televisore per seguire un evento sportivo. Cfr. PAGLIANTINI, *La forma informativa dei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., pp. 165 e segg.

manifestamente abusivo²⁰⁴. In effetti, il diritto di recesso, proprio per la sua struttura potestativa, dimostra di essere un terreno particolarmente adatto ad uno scrutinio in termini di abusività²⁰⁵.

Più in generale, il riferimento alla giurisprudenza comunitaria, appena ricordata, è stato utilizzato per fornire una risposta affermativa al quesito circa l'ammissibilità dell'impiego della categoria dell'abuso del diritto, con riguardo ai comportamenti scorretti di quei soggetti che godono di una particolare protezione da parte dell'ordinamento²⁰⁶. Del resto, in

²⁰⁴ Cfr. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito "ex lege" al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 359 e segg.; GUERINONI, *I contratti del consumatore*, cit., pp. 420-423. Gli autori propongono l'ipotesi di un imprenditore che, per attuare un'azione di boicottaggio, organizzi l'attività di numerosi soggetti, qualificabili come consumatori, i quali provvederanno a contrarre con un suo concorrente, così da spingerlo ad approvvigionarsi di un grosso quantitativo di merce, salvo, poi, recedere tutti, così che la merce resti, alla fine, invenduta, con immaginabili ripercussioni sulle finanze del soggetto boicottato. Di fronte a questa ipotesi di recesso, organizzato e rispondente ad un unitario disegno, parrebbe, in effetti, opportuno e ragionevole ammettere un sindacato in termini di abusività e, quindi, anche una conseguente invalidazione dei vari atti di esercizio dello *ius poenitendi*.

²⁰⁵ Basti pensare alla più celebre delle recenti sentenze in materia di abuso del diritto, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., che riguardava proprio un'ipotesi di recesso *ad nutum*, esercitato abusivamente dal contraente "forte". Come si è visto, però, non è da escludere che anche il contraente "debole" possa abusare degli strumenti di protezione di cui dispone.

²⁰⁶ Così, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 13. L'autore richiama anche la giurisprudenza italiana sull'abuso del diritto da parte del lavoratore subordinato, cioè del soggetto che rappresenta, come è noto, il modello più risalente di contraente protetto.

Si allude, in particolare, a Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1068, con nota di CANNATI, che ha riconosciuto la legittimità di un

almeno un caso, estraneo alla materia del diritto di recesso, questa eventualità sembra trovare anche un riconoscimento legislativo.

Si intende fare riferimento ad una specifica ipotesi, prevista dalle norme che tutelano, come contraente debole, il conduttore di immobili urbani ad uso abitativo. In particolare, viene in rilievo l'ipotesi della nullità del contratto di locazione per violazione del requisito della forma scritta²⁰⁷, cui si sia accompagnata l'instaurazione di un rapporto locatizio meramente fattuale. In tal caso, per espressa disposizione di legge, il conduttore potrà recuperare alla giuridicità detto rapporto, esercitando una specifica azione giudiziale²⁰⁸. È chiaro, infatti, che il conduttore, nella maggior parte dei casi, non ricaverebbe alcun vantaggio, ma sarebbe anzi pesantemente danneggiato, dalla pura e semplice declaratoria di nullità del contratto, anche se questo era stato posto in

licenziamento disciplinare intimato in considerazione della malattia del lavoratore. Infatti, nel caso di specie, la malattia poteva considerarsi causata dalla condotta dello stesso lavoratore, che aveva richiesto un periodo di ferie, sostenendo di averne bisogno per accudire la madre, ma lo aveva, poi, utilizzato per recarsi in un Paese tropicale, dove le probabilità di contrarre la malaria erano assai elevate, tanto che lo stesso lavoratore aveva già sofferto del medesimo morbo, al ritorno da altri suoi precedenti viaggi nel Paese in questione.

Il caso è interessante, poiché il lavoratore non aveva superato il periodo di comporto, né si può sostenere che il datore di lavoro abbia un potere di controllo sul modo in cui i dipendenti scelgono di impiegare le proprie ferie. Si tratta, quindi, di un'ipotesi in cui il lavoratore ha, appunto, abusato di diritti, di cui pure era certamente titolare, cioè quelli all'assenza per malattia ed al riposo feriale. Peraltro, è significativo considerare che qui il soggetto, che gode degli istituti di tutela in questione, difficilmente può essere considerato "debole" in termini sociologici, trattandosi di un dirigente bancario dedito al turismo esotico.

²⁰⁷ Previsto dall'art. 1, comma 4, della legge 9 dicembre 1998, n. 431.

²⁰⁸ Il riferimento è all'art. 13, comma 5, della legge 9 dicembre 1998, n. 431.

essere in violazione delle norme a sua tutela²⁰⁹. Pertanto, il regime della nullità viene opportunamente modificato, con la previsione di un meccanismo che, al tempo stesso, consenta di recuperare il contratto e di adeguarne i contenuti, attraverso un'opera di integrazione giudiziale²¹⁰.

Così, non solo vengono fatti salvi taluni effetti prodottisi in passato, che, essendo basati su di un contratto nullo, avrebbero dovuto essere posti anch'essi nel nulla, ma si consente, altresì, al contratto in questione di continuare a produrre effetti in futuro, regolando, con le necessarie integrazioni, il rapporto fra le parti. Si vede, quindi, come, nell'ipotesi in commento, il meccanismo previsto dal legislatore vada oltre quanto stabilito da altre norme, vecchie e nuove, di tutela di soggetti qualificati come contraenti deboli, le quali, però, si limitavano, tendenzialmente, alla salvaguardia degli effetti prodottisi in passato²¹¹. L'ipotesi, peraltro, può, certamente, iscriversi in quella generale tendenza, su cui ci siamo già soffermati, favorevole al superamento dei caratteri codicistici della nullità, ed allo sviluppo di forme di sempre maggiore recuperabilità del contratto nullo. Adesso, però, l'aspetto che più ci interessa è un altro.

²⁰⁹ Il conduttore dovrebbe, infatti, rilasciare l'immobile e indennizzare la controparte per averne indebitamente goduto, secondo le regole dell'arricchimento senza causa.

²¹⁰ LAZZARO e M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2002, I, p. 353, mettono in evidenza che la *ratio* della normativa sulla locazione di fatto consiste appunto nell'evitare che la nullità si ritorca contro il soggetto protetto. Come precisa CUFFARO, *Patti contrari alla legge*, *cit.*, p. 494, si tratta di un meccanismo innovativo, da non confondere con quello della conversione di cui all'art. 1424 c.c.

²¹¹ Il riferimento è all'art. 2126 c.c., in materia di diritto del lavoro, all'art. 3 della legge 15 settembre 1964, n. 756, in materia di mezzadria, ed all'art. 2 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura: cfr. CUFFARO, *op. cit.*, p. 492, e LAZZARO e M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 355.

Occorre, infatti, ai sensi della previsione in discorso, che la violazione della norma sulla forma scritta e, quindi, l'instaurazione del rapporto di fatto, risultino essere state pretese, ed imposte, dal locatore. In caso contrario, nella valutazione legislativa, il conduttore cessa di essere portatore di un interesse meritevole di tutela, per cui non vi sono più ostacoli a che la nullità produca tutti i suoi effetti, anche quelli a lui svantaggiosi. Insomma, se fosse stato proprio il conduttore a pretendere che il contratto non venisse formalizzato, o se, comunque, la decisione fosse stata frutto di una "complicità" fra le parti, che contavano, quindi, di ricavarne entrambe dei vantaggi, allora verrebbe meno la *ratio* di tutela del conduttore, inteso come contraente debole, che informa la normativa in discorso.

In sostanza, un conduttore che, in un'ipotesi del genere, volesse, dapprima, approfittare dei vantaggi connessi all'instaurazione del rapporto locatizio a livello di mero fatto e, poi, di quelli, ulteriori, derivanti dall'esercizio dell'azione di conformazione, abuserebbe manifestamente della posizione di vantaggio che l'ordinamento gli riconosce. Pertanto, il buon esito dell'azione viene subordinato alla dimostrazione, da parte del conduttore, dell'elemento della "pretesa" del locatore, onere tutt'altro che agevole da assolvere²¹².

Nell'ambito del quadro sistematico così delineato, si può porre anche il problema di utilizzare lo strumento della convalida per paralizzare pretese manifestamente abusive del contraente protetto, che si serva delle nullità, legislativamente previste a sua tutela, per scopi distorti.

²¹² Cfr. Trib. Reggio Calabria, 2 dicembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, p. 911; Trib. Varese, 18 giugno 2000, in *Arch. loc. e cond.*, 2000, p. 935; Trib. Catanzaro, 27 gennaio 2011, in *Corr. mer.*, pp. 477 e segg., con nota di RIZZUTI.

In effetti, negli ambiti in cui è sempre stata pacificamente ammessa, la convalida del negozio invalido si giustifica, in fondo, proprio per la sua funzione di contrasto a quella particolare ipotesi di abuso del diritto, che consiste nel *venire contra factum proprium*²¹³. Non ci sembra, quindi, anomalo che, nell'attuale fase evolutiva dell'assetto delle patologie contrattuali, lo stesso problema si ponga anche per le nullità protettive.

In particolare, la questione ha acquisito una notevole rilevanza giurisprudenziale nell'ambito dei contratti finanziari. La casistica è quella di investitori che, dapprima, abbiano, per anni, incassato, con piena soddisfazione, gli utili derivanti da certi prodotti finanziari, e, poi, di fronte ad un peggioramento dell'andamento del mercato, tentino di liberarsi del prodotto, facendo valere un originario vizio di nullità protettiva.

In dottrina, l'ipotesi era già stata presa in considerazione dagli autori favorevoli all'ammissibilità di sanatorie del contratto nullo, che in essa

²¹³ Cfr. BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, cit., p. 789; FRANZONI, *op. cit.*, p. 184.

Si possono, inoltre, vedere FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, e ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, sui vari utilizzi cui si presta la formula in discorso. Come è noto, essa ha conosciuto una notevole fortuna in ambito tedesco, a partire dal saggio di RIEZLER, *Venire contra factum proprium: Studien im romischen, englischen und deutschen Recht*, Leipzig, 1912. Nella dottrina più recente cfr. SINGER, *Das Verbot widerspruchlichen Verhaltens*, Munchen, 1993, ed ivi ulteriori riferimenti. In particolare, un'importante applicazione di tale principio si riviene nell'istituto della *Verwirkung*, in forza del quale si può perdere un diritto, anche prima dello scadere del termine di prescrizione, qualora l'inattività del titolare abbia fatto sorgere nella controparte l'affidamento in una sorta di rinuncia tacita da parte sua (cfr. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971).

rinvenivano un caso paradigmatico, indicativo dell'opportunità di riconoscere efficacia ad una qualche forma di convalida²¹⁴. Di recente, peraltro, su di essa si è concentrata anche l'attenzione di molti dei nostri giudici di merito.

Così, quello che poteva, al limite, apparire come un caso estremo²¹⁵, sembra essere divenuto, negli ultimi anni, particolarmente ricorrente nella prassi. Con ogni probabilità, ciò si deve anche agli effetti della grande crisi finanziaria globale, iniziata nel 2008 e tuttora in atto. Da allora, infatti, sono fortemente aumentati i casi di andamento negativo dei prodotti finanziari, per cui la spinta a tentare, in ogni modo, di liberarsi dai relativi contratti è divenuta molto più sentita. Insomma, l'eventualità di gravi perdite, che prima era episodica e transitoria, in un contesto di andamento positivo dei mercati finanziari, si è adesso, per certi aspetti, generalizzata e consolidata²¹⁶.

D'altra parte, nella complessa e variegata normativa di protezione, posta da numerose fonti primarie e secondarie²¹⁷, non è, probabilmente, così

²¹⁴ Cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, cit., pp. 388-389; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 144-147 e 215-229.

²¹⁵ Comunque, il rischio era stato già intuito da GIRINO, *Forma ad substantiam per i contratti Sim*, in *Contratti*, 1997, p. 401. Un riferimento esplicito si può leggere anche in SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 237, nt. 4.

²¹⁶ Si consideri, ad esempio, che una buona parte del contenzioso in esame è derivata dalla crisi dello Stato argentino nel 2001, evento che, all'epoca, sembrò del tutto eccezionale, mentre oggi la possibilità del fallimento di vari Stati, europei e non, sembra essere diventata all'ordine del giorno.

²¹⁷ Cfr. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 647 e segg.

difficile rinvenire una qualche regola che possa dirsi violata, quasi in ogni contrattazione finanziaria. Di fronte ad azioni, a volte, palesemente opportunistiche, magari selettivamente concentrate solo su quelli fra gli investimenti che fossero andati male²¹⁸, è naturale che le controparti abbiano fatto valere argomentazioni tendenti a far riconoscere un qualche effetto sanante alle condotte pregresse²¹⁹.

²¹⁸ Cfr. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, pp. 21-32, il quale mette in evidenza quanto il fenomeno sia diffuso, sottolineandone le ricadute economiche negative. Infatti, richiamando gli studi di *Law and Economics* (cfr. CRASWELL, *Passing On the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationship*, in 43 *Stan. L. Rev.*, 1991, pp. 361 e segg.), egli osserva che l'intermediario finanziario si troverà a dover garantire in maniera illimitata il rischio di perdite dei clienti che pongano in essere questo genere di operazioni, per cui finirà per trasferire tale nuovo costo su tutte le sue controparti, con un generalizzato incremento del prezzo dei servizi offerti. Anche PERRONE, *Regole di comportamento e tutela degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, pp. 537 e segg., e ID., *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, a cura del medesimo Perrone, Milano, 2008, p. 33, propone di utilizzare la *exceptio doli generalis* per contrastare strategie di *cherry picking* abusivamente poste in essere dall'investitore.

²¹⁹ Vi è anche chi ha tentato una strada diversa, sostenendo che l'accoglimento della domanda di nullità comporterebbe, comunque, un obbligo di restituzione, anche di quanto ricevuto dal soggetto protetto come frutto di quegli investimenti andati a buon fine, e non toccati nella domanda "selettiva". Così, il problema dell'eventuale sanatoria perderebbe molta della sua rilevanza. Cfr. DAMBROSIO, *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2012, pp. 520 e segg., nonché, in giurisprudenza, App. Torino, 20 gennaio 2012, disponibile in formato elettronico in www.ilcaso.it.

Sulla questione sono, così, emerse differenziate posizioni della giurisprudenza di merito, ed il punto di distinzione decisivo è apparso essere proprio quello dell'ammissibilità o meno di una sostanziale convalida del contratto nullo. Peraltro, trattandosi di un contenzioso, come si è detto, abbastanza recente, almeno nella sua attuale dimensione, non stupisce che non ci sia ancora stato il tempo di provocare, su tale fondamentale questione di diritto, un intervento dei giudici di legittimità. Il problema appare, dunque, tuttora aperto.

Una delle prime sentenze ad aver affrontato il tema da una prospettiva innovativa è stata quella emessa, nel 2009, dal Tribunale di Verona²²⁰. Di fronte ad una fattispecie concreta in cui l'atteggiamento dell'investitore deluso, fattosi attore in giudizio, appariva, per diversi aspetti, chiaramente abusivo²²¹, i giudici hanno ritenuto di risolvere il

Un'impostazione del genere appare, però, piuttosto problematica dal punto di vista del principio della domanda e di quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato. Infatti, l'intermediario finanziario non è legittimato ad esperire, neanche in via riconvenzionale, l'azione di nullità relativa, per cui tale effetto restitutorio ulteriore, diverso da quello domandato dall'attore, dovrebbe derivare da una pronuncia officiosa, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale dominante sul punto (cfr. Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, *cit.*).

²²⁰ Trib. Verona, 1 ottobre 2009, in *Assicurazioni*, 2010, pp. 581 e segg.

²²¹ L'investitore aveva una lunga esperienza di operazioni finanziarie in ambiti piuttosto rischiosi, pur avendo una "scheda cliente" che indicava una bassa propensione al rischio. Nel caso specifico, aveva, per anni, incassato, senza alcuna obiezione, le cedole dell'investimento in questione, per una cifra complessiva piuttosto rilevante. Al momento dell'azione in giudizio, poi, aveva scelto di attaccare solo alcuni, selezionati, acquisti, fra i molti posti in essere in attuazione del medesimo contratto quadro viziato: naturalmente, solo quelli andati male.

Non ci sembra possibile invocare, per giustificare quest'ultima scelta processuale, il carattere della necessaria parzialità, proprio di molte nullità protettive: infatti, è

problema, proponendo una peculiare ricostruzione interpretativa della nullità di protezione in discorso²²². Infatti, in considerazione della legittimazione relativa, che la caratterizza per espressa previsione di legge, essi vi hanno ravvisato, non un caso di nullità anomala, quanto piuttosto un caso di annullabilità speciale. In tal modo, superando la qualificazione legislativa dell'istituto, questo è stato ricondotto alla diversa categoria codicistica dell'annullamento, il che, evidentemente, apre le porte ad una pacifica ammissibilità della convalida.

In particolare, nell'atteggiamento di chi ha sempre voluto conservare, a tutti gli effetti, i fruttuosi proventi dell'investimento, si è individuato un comportamento univoco, tale da poter essere qualificato come un caso di convalida tacita²²³. Il contratto viziato, quindi, essendo stato consapevolmente sanato, sarebbe divenuto ormai inattaccabile.

chiaro che la nullità formale di cui all'art. 23 TUF investe l'intero contratto e non una sua singola clausola. Del resto, i singoli acquisiti, realizzati in esecuzione del contratto quadro, sono qualcosa di radicalmente diverso dalle singole clausole che lo compongono.

²²² Si trattava del difetto della forma scritta, prescritta ex art. 23 TUF.

²²³ Si ritiene comunemente che possano integrare gli estremi della convalida tacita, non solo quei conegni di adempimento della prestazione, dovuta in forza del contratto invalido, posti in essere dal debitore, ma anche quelle ulteriori condotte di accettazione o ricezione della medesima prestazione, poste in essere dal soggetto creditore. Anch'esse, infatti, sono univocamente dirette a realizzare la situazione effettuale programmata nel contratto viziato e possono esprimere, quindi, la volontà di farne salva l'efficacia. Cfr. PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980, pp. 26 e segg., ed ivi ulteriori riferimenti.

Tale interpretazione trae argomento anche dalla lettera dell'art. 1444 c.c., che, nell'indicare gli atti che possono valere come convalida tacita, ha sostituito la più ampia dizione "esecuzione del contratto" a quella, più restrittiva "esecuzione

La soluzione cui, in concreto, perviene la sentenza in esame ci sembra certamente ragionevole. Non è detto, però, che la necessaria riconduzione delle nuove nullità al paradigma codicistico dell'annullabilità sia il passaggio argomentativo più idoneo per giungervi. Certo, se un legislatore particolarmente atecnico avesse introdotto un'invalidità con tutti i caratteri dell'annullabilità, chiamandola, però, nullità, l'interprete sarebbe allora autorizzato a superare tale erronea qualificazione ed a trattarla come una annullabilità *tout court*. Non è, però, questo il nostro caso.

Come riconoscono anche i giudici veronesi, la nullità protettiva in questione non ha tutti i caratteri dell'annullabilità tradizionale, quanto meno perché la relativa azione è imprescrittibile²²⁴, e, probabilmente, anche per altre ragioni²²⁵. Infatti, essa non viene considerata come una semplice annullabilità, ma come una annullabilità “*rafforzata*”.

dell'obbligazione”, che, sotto l'impero del Codice abrogato, aveva giustificato un approccio giurisprudenziale tendente a limitare l'ambito di applicazione dell'istituto in discorso solo agli atti di adempimento del debitore (cfr., *ex multis*, Cass. Torino, 11 marzo 1896, in *Giur. it.*, 1896, p. 333), orientamento, peraltro, già allora contrastato da autorevole dottrina (cfr. BARASSI, *op. cit.*, p. 338; CARNELUTTI, *In tema di esecuzione e ratifica del contratto annullabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1937, p. 197).

²²⁴ Secondo l'opinione espressa anche nella citata sentenza veronese.

SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, p. 157, sostiene che anche l'azione di nullità protettiva sarebbe prescrivibile, ma soggetta al termine ordinario decennale, anziché a quello quinquennale previsto per l'annullamento. Sembra, però, trattarsi di una posizione minoritaria.

²²⁵ I giudici veronesi sembrano certi che, nella nullità in questione, sia escluso il carattere della rilevabilità officiosa, ma, nel quadro generale che si è descritto *supra*, non sembra possa escludersi *a priori* l'applicabilità di quel meccanismo di rilievo

A questo punto, però, sembra emergere che parlare di nullità speciale o di annullabilità speciale non può essere decisivo. Entrambe le locuzioni, infatti, implicano l'impossibilità di ricondurre veramente le ipotesi in discorso alle due categorie codicistiche dell'invalidità, poiché vari aspetti, più o meno importanti, della relativa disciplina sono stati significativamente derogati dalle nuove norme. Alla fine, diventa quasi indifferente, sul piano descrittivo, la scelta fra l'una o l'altra formulazione.

Per quanto riguarda, poi, la soluzione del caso concreto, sembra arbitrario, in un contesto del genere, farla discendere, *sic et simpliciter*, dal richiamo alle norme codicistiche sulla convalida del contratto annullabile. Si potrebbe, infatti, con la stessa logica, escludere la convalida, con un richiamo all'interpretazione tradizionale delle norme sul contratto nullo, facendo leva su quei caratteri, che le nuove nullità hanno ancora in comune con quelle storiche, come, appunto, l'imprescrittibilità. La riconduzione, sul piano strutturale, delle nuove invalidità ad uno dei modelli codicistici sembra, dunque, divenire un'operazione ermeneutica, utilizzabile per qualunque finalità, che, in un certo senso copre, più che spiegare, la motivazione sostanziale della

condizionato che è stato elaborato dai giudici europei. Basti ricordare quanto è stato sostenuto, in giurisprudenza, con riguardo alle analoghe ipotesi di nullità relativa di cui al TUB (cfr. Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, *cit.*).

Peraltro, la natura del vizio, cioè il difetto della forma scritta prescritta dalla legge, sembra certamente più agevole da ricondurre all'area della nullità che a quella della annullabilità, almeno alla luce della nostra tradizione.

decisione²²⁶. Pertanto, ogni risultato attinto in tal maniera rischia di divenire facilmente controvertibile.

Bisognerebbe, invece, concentrarsi sull'aspetto centrale della questione, che è l'abuso posto in essere dal soggetto protetto, per giustificare, sulla base della necessità di sanzionarlo, l'ammissibilità di una convalida. Sarà, dunque, l'applicazione del principio generale del divieto di abuso del diritto a porsi come fondamento della sanatoria in discorso²²⁷, e non tanto la discutibile riqualificazione della nullità speciale in termini di annullabilità. Del resto, si è già visto che non esiste, o quantomeno non esiste più, nessuna ontologica incompatibilità fra nullità e sanatorie. Non sembra, quindi, necessario impegnarsi, in ossequio a tale schema superato, nella problematica, ed, a volte, forzata, riconduzione di tutte le nuove nullità nell'ambito della annullabilità tradizionale.

Il punto, dunque, a nostro avviso, non è tanto stabilire se le nullità protettive siano delle annullabilità, quanto piuttosto valutare se esse siano sanabili, pur restando delle, anomale, nullità, poiché in questo senso può essere intesa, per le ragioni già esposte, la clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c.²²⁸ D'altra parte, alcuni segnali dello sviluppo di

²²⁶ Cfr. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità*, cit., p. 503, che, a proposito della sentenza veronese, parla di “*escamotage della convalida*”, finalizzato ad applicare “*sebbene implicitamente*” il divieto di *venire contra factum proprium*.

²²⁷ All'obiezione che una clausola generale sarebbe inadeguata a fondare un'ipotesi di sanatoria, si può replicare che è pacificamente ammesso il fenomeno inverso, per cui una clausola generale può fondare un'invalidazione (basti pensare all'ordine pubblico, al buon costume o, nelle norme più recenti, al significativo squilibrio o all'abuso di dipendenza economica), per cui anche un meccanismo del genere non dovrebbe apparire così eversivo: cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 224-226.

²²⁸ Cfr. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 483, il quale argomenta in favore di una sanatoria delle nullità relative del TUB,

una tendenza interpretativa in questo senso possono probabilmente cogliersi nell'esame dei più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia.

2.3.2 L'abuso del processo

Come si già è accennato, il contenzioso relativo all'eventuale sanatoria dei contratti di intermediazione finanziaria ha assunto proporzioni notevoli e la giurisprudenza di merito si è divisa, facendo emergere vari indirizzi.

Naturalmente, non mancano sentenze che hanno ribadito il postulato della assoluta insanabilità del contratto nullo, negando, dunque, ogni rilevanza alla condotta contraddittoria, o comunque abusiva, dell'investitore attore. In queste decisioni, la questione viene, quindi, di solito, risolta, con poche righe della motivazione, che richiamano l'ostacolo insuperabile che sarebbe rappresentato dall'art. 1423 c.c., inteso sulla base degli schemi dogmatici tradizionali²²⁹.

La tesi della convalida è stata, invece, ripresa da successive pronunzie del Tribunale di Verona, che hanno sostanzialmente ribadito gli approdi raggiunti dai medesimi giudici in precedenza, ma con motivazioni più ampie e ricche di echi dottrinari. Ci sembra, però, interessante osservare

precisando, però, che non si tratterebbe di una convalida ex art. 1444 c.c., perché si resta, comunque, al di fuori della annullabilità.

²²⁹ Cfr. Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2334, con nota di BERTOLINI; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, pp. 139 e segg., con nota di SANGIOVANNI; Trib. Brescia, 13 giugno 2011, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna, 27 marzo 2012, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*.

che, nelle argomentazioni delle decisioni più recenti, l'eventuale sussunzione dell'art. 23 TUF nel campo della annullabilità sembra aver perso importanza, rispetto al richiamo a quelle posizioni dottrinali, favorevoli alla sanatoria delle nullità protettive, cui si è già fatto, più volte, riferimento in questo studio²³⁰.

Una ulteriore sentenza è giunta, poi, al medesimo esito pratico, attraverso un percorso argomentativo più originale²³¹. La pronunzia, infatti, non esclude che in casi del genere sussista una vera e propria nullità, ancorché soggetta ad una disciplina speciale, conformata dalle particolari esigenze di tutela ad essa sottese. La condotta dell'attore, però, qualificata come opportunistica e maliziosa, viene considerata tale da paralizzare la possibilità di azionare la nullità stessa.

In particolare, si richiama il dovere generale di correttezza e buona fede, che viene, altresì, ancorato a valori di rilievo costituzionale²³², per arrivare alla conclusione che una siffatta azione di nullità costituisce un abuso del processo, e deve, quindi, trovare la sua sanzione in una pronunzia di inammissibilità. Viene, dunque, in rilievo una particolare *species* della categoria dell'abuso del diritto, cioè l'ipotesi in cui

²³⁰ Cfr. Trib. Verona, 23 marzo 2010, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 1276 e segg., con nota di PRISCO, e Trib. Verona, 28 giugno 2012, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*. In quest'ultima pronunzia si rinviene anche un'interessante precisazione per quanto attiene alla conoscenza del motivo di invalidità, richiesta dall'art. 1444, comma 2, c.c. perché possa aversi la convalida. Infatti, i giudici veronesi chiariscono che tale conoscenza va riferita al fatto da cui dipende l'invalidità (qui il difetto della forma scritta, ben noto agli investitori), e non alla sua esatta disciplina giuridica.

²³¹ Trib. Torino, 7 marzo 2011, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*.

²³² Il riferimento è ai doveri inderogabili di solidarietà ex art. 2 Cost. ed ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

l'esercizio abusivo si riferisca a diritti, poteri e facoltà che costituiscono strumenti processuali²³³.

Come è noto, il problema dell'abuso del processo, negli ultimi anni, ha attratto sempre più l'interesse della giurisprudenza e della dottrina²³⁴,

²³³ In dottrina, la possibilità di far ricorso, in casistiche di questo genere, alla categoria dell'abuso del diritto, con particolare riferimento all'abuso di quel particolare diritto potestativo, che consiste nel potere di agire in giudizio, era stata già prospettata da SEMEGHINI, *op. cit.*, *passim*.

²³⁴ Già CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 28, faceva riferimento ad “eventuali abusi, quali possono essere i giudizi collusivi o fittizi, le azioni inconsiderate o vessatorie”, ed, in effetti, il fenomeno è probabilmente antico quanto il processo stesso (cfr. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002).

Però, come ricorda TARUFFO, *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 435, in passato, il tema, benché oggetto di un'elaborazione sostanzialistica “di notevole rilievo”, tendeva ad affiorare “di rado e con fatica nella giurisprudenza e nella dottrina processualistica”. Ora, invece, come osserva DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 462, ci troviamo di fronte ad “un fenomeno di virtuale processualizzazione della nozione di abuso del diritto”. Si vedano a tal proposito anche CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Digesto Civ.*, Torino, III, 2007, pp. 1 e segg.; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, pp. 318 e segg.; GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, disponibile in formato elettronico in www.judicium.it; TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2012, pp. 117 e segg.; CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 874-894; CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all' “abuso sanzionabile del processo” e all' “abuso del diritto come argomento”*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1284 e segg.

non solo nell'ambito civilistico²³⁵. Ciò è dipeso, soprattutto, da un'accresciuta sensibilità per quegli abusi processuali che, non di rado, comportano un allungamento intollerabile dei tempi della giustizia, o comunque un sovraccarico eccessivo della stessa²³⁶. Il fenomeno non riguarda solo il nostro ordinamento²³⁷, ma conosce in Italia una

²³⁵ In materia penale, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 10 gennaio 2012 (29 settembre 2011), n. 155, in *CED Cass. pen.*, 2011, secondo la quale: “*L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti*”. Si veda, altresì, la trattazione monografica di CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004.

In materia amministrativa, cfr. Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1, p. 164; Cons. St., 7 febbraio 2012, n. 656, in *Giur. it.*, 2012, p. 1429, con nota di VIPIANA; Cons. St., 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giur. it.*, 2012, p. 1918. Cfr. anche PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, *Annali*, II, I, Milano, 2008, 1 e segg.

²³⁶ Come evidenzia TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, in *Diritto Privato*, 1998, p. 496.

²³⁷ Qui possiamo solo accennare ai vari sviluppi, che si sono avuti nei diversi ordinamenti. In America, la repressione dell'*abuse of civil proceedings* è stata oggetto di reiterati interventi legislativi e giurisprudenziali, anche a livello federale (cfr. JOSEPH, *Sanctions – The federal law of litigation abuse*, Charlottesville, 1994). A livello europeo, l'art. 35 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo del 1950 consente alla Corte di Strasburgo di dichiarare irricevibili i ricorsi che essa ritenga abusivi. In Francia, il *NCPC* contiene oggi norme dedicate specificamente all'abuso del diritto d'azione (art. 32-1, introdotto nel 1978), e a quello del diritto di proporre appello (art. 559) o del ricorso per cassazione (artt. 581 e 628). In Germania, il tema si è posto soprattutto con riferimento alle impugnazioni emulative o strumentali di delibere assembleari (*Missbrauch des Anfechtungsrechts*), profilo, peraltro,

particolare drammaticità, evidenziata anche dalle numerose condanne riportate dal nostro Paese, di fronte alla Corte Europea dei Diritti Umani, per l'irragionevole durata dei tempi processuali²³⁸.

Anche nella lotta contro gli abusi processuali, come sempre accade quando si tratta di abuso del diritto, in un primo tempo vi sono stati interventi giurisprudenziali, che prescindevano da una disciplina legislativa, allora assai carente, e, poi, interventi legislativi che hanno tipizzato e sviluppato tali tendenze interpretative²³⁹.

Così è stato per quella giurisprudenza della Cassazione che, al fine di deflazionare il contenzioso di legittimità, in modo da poter effettivamente svolgere la propria essenziale funzione nomofilattica, ha utilizzato la responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c., come sanzione per i ricorsi meramente dilatori, o comunque presentati nella

sviluppato anche in Italia da PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 423 e segg.

Si vedano, per maggiori e più precisi riferimenti, DONDI, *op. cit.*, 471-479, e TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici, cit., passim*, che approfondisce anche le elaborazioni sul medesimo tema, che si registrano in Austria, Belgio, Olanda, Giappone e nei Paesi latinoamericani.

²³⁸ Sul nesso fra tali condanne ed i più recenti sviluppi, si veda GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale cd. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 2, pp. 434 e segg.

²³⁹ ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, pp. 8 e segg., mette in evidenza come il principio del divieto dell'abuso del diritto operi sempre prima ed a prescindere da eventuali disposizioni normative sul punto.

consapevolezza palese, o nell'ignoranza inescusabile, circa la loro inammissibilità²⁴⁰.

Questa giurisprudenza ha costituito l'antecedente dell'introduzione del nuovo comma 4 dell'art. 385 c.p.c. Esso consentiva alla Suprema Corte, in sede di pronunzia sulle spese, di condannare la parte soccombente anche al pagamento di una somma equitativamente determinata, qualora essa avesse proposto il ricorso, o resistito, anche solo con colpa grave²⁴¹. In seguito, con l'introduzione del nuovo comma 3 dell'art. 96 c.p.c., il legislatore ha proseguito su questa strada, arrivando alla generalizzazione per ogni processo di ciò che l'art. 385, comma 4, c.p.c. aveva sancito per il solo giudizio di cassazione²⁴².

²⁴⁰ Cfr. GIORDANO, *Responsabilità delle parti per le spese ed i danni e abuso del processo*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, pp. 46-49, per ulteriori riferimenti. Fra le prime fattispecie in cui si affermò siffatta responsabilità, vanno ricordati i ricorsi preventivi di giurisdizione, che venivano spesso presentati in maniera assolutamente strumentale, prima che la legge 26 novembre 1990, n. 353, non provvedesse a modificare il testo dell'art. 367 c.p.c., eliminando l'effetto sospensivo automatico della proposizione degli stessi.

²⁴¹ La norma è stata introdotta dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40; a quanto consta, la prima applicazione della stessa si è avuta con la sentenza della Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009 n. 2636, in *Foro it.*, 2009, I, p. 641, cui ha fatto seguito Cass., 27 febbraio, 2009, n. 4829, in *Foro it.*, I, p. 1402.

²⁴² Infatti, la medesima legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto il comma 3° dell'art. 96, ha anche abrogato il comma 4° dell'art. 385, manifestando così l'intenzione del legislatore di sostituire la nuova norma generale alla vecchia normativa particolare.

Il nuovo art. 96, comma 3, ha, inizialmente, ricevuto un'accoglienza piuttosto critica in dottrina²⁴³, in quanto esso, consentendo una pronuncia *ex officio*, viola, come già l'art. 385, comma 4, il fondamentale principio della domanda, ed, inoltre, a differenza della norma abrogata, non fa riferimento alla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito e non pone alcun limite al potere del giudice nella determinazione del *quantum* della condanna²⁴⁴. Inoltre, si nutrivano dei dubbi circa la possibilità di trovare alla nuova disposizione un autonomo ambito di applicazione, in considerazione del difetto di coordinamento fra il nuovo e gli altri due commi dell'art. 96.

In giurisprudenza, però, la norma ha avuto modo di trovare applicazione in varie fattispecie, analizzando le quali diventa possibile delineare un criterio per distinguere l'ambito applicativo dei commi 1 e 2 da quello del nuovo comma 3, o quanto meno per individuare le rispettive differenti *rationes*. Parrebbe, infatti, che i vecchi commi abbiano come principale obiettivo la tutela della controparte vittima dell'abuso processuale, mentre il nuovo si colloca piuttosto nella logica della tutela

²⁴³ Si vedano, fra i primi commentatori: PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 222; DE MARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 397; SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 258; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 3, pp. 766 e segg.; MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

²⁴⁴ Un limite massimo era, invece, previsto sia nel vecchio art. 385, comma 4°, c.p.c., sia nel testo originario del disegno di legge 1441, che è poi divenuto la già ricordata legge n. 69/2009.

del bene, di natura pubblicistica, della ragionevole durata del processo²⁴⁵.

Quello dell'abuso del processo è, però, un tema troppo ampio, per poter essere ricondotto alla sola materia della regolamentazione delle spese di lite²⁴⁶. Si pensi, ad esempio, al problema del processo simulato, cioè all'ipotesi in cui le parti inscenino una lite fittizia, per ottenere un certo provvedimento giudiziario, allo scopo di frodare determinati terzi, o di raggiungere, comunque, risultati ultronei rispetto ai fini istituzionali

²⁴⁵ Si possono citare, *ex multis*: Trib. Terni, 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2010, 7-8, p. 1834, ove si fa riferimento alla possibile sussistenza di una “*colpa comune*” delle parti; Trib. Varese, Sez. Dist. Luino, 23 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2229, secondo la quale, con il nuovo comma, “*il giudice può (e, invero, deve) responsabilizzare la parte ad una giustizia sana e funzionale, scoraggiando il contenzioso fine a se stesso che, aggravando il ruolo del magistrato e concorrendo a rallentare i tempi di definizione dei processi, crea nocumento alle altre cause in trattazione mosse da ragioni serie e, spesso, necessità impellenti o urgenti nonché agli interessi pubblici primari dello Stato*”; Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1018, con nota di DE SANTI; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, n. 1094, in *Giur. merito*, 2010, p. 449, con nota di GIORDANO, nella cui massima si legge che “*mediante l'art. 96 comma 3 c.p.c. introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, trova ingresso nell'ordinamento una fattispecie a carattere sanzionatorio che prende le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile per confluire nelle c.d. condanne punitive*”; Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2229, che individua la *ratio* della nuova norma “*nello scoraggiare comportamenti contrari alla funzionalità del servizio giustizia*”.

²⁴⁶ Un riferimento alla necessità di evitare abusi processuali si rinviene anche fra le argomentazioni della ben nota Cass., Sez. Un., 14 gennaio, 2009, n. 553, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1264, in materia di caparra.

della tutela giurisdizionale²⁴⁷. Anche questo sembrerebbe, infatti, un tipico caso di abuso del processo²⁴⁸, che si presta, però, ad essere

²⁴⁷ Non è, infatti, infrequente che i coniugi si accordino per inscenare una separazione consensuale fittizia, allo scopo di ottenere vantaggi fiscali o di frodare i creditori: cfr. OBERTO *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Famiglia*, 2001, pp. 774 e segg.; DANОВI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 284 e segg.; DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra persone e famiglia*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, p. 31.

All'estero, il problema si è posto anche con riferimento al divorzio: nell'ordinamento francese, cfr. *App. Lyon*, 16 gennaio 1980, in *Gaz. Pal.*, 1980, 2, p. 428, ed in *D.*, 1981, p. 579, nonché *Cour de Cassation*, 17 novembre 1981, in *JCP*, 1982, II, p. 19842; per un caso recentissimo, di un Presidente latinoamericano, che simula il divorzio dalla moglie, allo scopo di aggirare una norma, che rende ineleggibili coniuge e parenti dello stesso a determinate cariche, cfr. *Guatemala's Presidential couple applies for divorce*, in *The Guatemala Times*, 23 marzo 2011.

Possiamo, però, anche prendere in considerazione ipotesi ulteriori, del tutto estranee alla materia familiare. Nella prassi dei nostri Tribunali, infatti, accade spesso che due soggetti, concordemente, instaurino una causa fittizia di usucapione, allo scopo di operare il trasferimento in proprietà, a favore dell'attore, di un immobile del convenuto, evitando le spese, notarili e fiscali, connesse alla stipula di una normale compravendita o donazione. Un meccanismo simulatorio di questo genere potrebbe, poi, prestarsi ad ulteriori finalità, come, ad esempio, quella di realizzare trasferimenti che non siano esposti ad un'azione revocatoria, o ad un'azione in riduzione per lesione di legittima. A una vicenda del genere fa riferimento Cass., 29 maggio 2007, n. 12496, in *Il civilista*, 2008, 7-8, p. 20, ed alla possibilità di siffatte manovre allude Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 43, p. 31, con nota di LEO.

²⁴⁸ Sull'abuso bilaterale del processo cfr. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, cit., p. 454; sulla rilevanza che alle controversie abusive perché fittizie viene riconosciuta in altri ordinamenti, si vedano i cenni di TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, cit., p. 481. In

sanzionato anche su di un piano diverso, cioè riconoscendo ai soggetti pregiudicati la possibilità di attaccare la validità e l'efficacia del provvedimento in questione²⁴⁹. Del resto, qualche apertura in tale direzione sembra potersi ravvisare in una recente pronuncia di merito, che, prendendo le distanze da un discutibile precedente di legittimità²⁵⁰, ha accolto un'azione di nullità, proposta contro una separazione consensuale, simulata dai coniugi in frode ai creditori²⁵¹.

Un filone di particolare importanza, nell'ambito della giurisprudenza sull'abuso del processo, è, poi, rappresentato dalle, ormai numerose,

giurisprudenza, Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, *cit.*, ha sanzionato un'operazione di questo genere, facendo applicazione del nuovo art. 96, comma 3, c.p.c.

Peraltro, il nesso fra il fenomeno simulatorio e la categoria dell'abuso del diritto, in generale, era stato già evidenziato da SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 168.

²⁴⁹ Sia consentito il rinvio a RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449 e segg., per una disamina dei possibili mezzi di tutela esperibili.

Qui si ricorderà soltanto che già SALV. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 169 osservava che il rimedio generale per l'esercizio abusivo di qualunque diritto è quello dell'inefficacia, *rectius* del "rifiuto di tutela", che "implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti" con l'abuso stesso, mentre l'illiceità, e, quindi, il risarcimento del danno, rappresentano un rimedio "secondario e consequenziale", soltanto eventuale, anche se certamente esperibile in molti casi.

²⁵⁰ Il riferimento è a Cass., 21 novembre 2003, n. 17706, in *Corr. giur.*, 2004, 3, pp. 307 e segg., con nota critica di OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*; in *Vita not.*, 2004, I, pp. 156 e segg., con nota critica di ALCARO, *Realtà dell'apparenza nella simulazione*; in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 2, p. 462, con nota critica di DANOVI, *È davvero irrilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?*.

²⁵¹ Trib. Biella, 30 marzo 2011, disponibile in formato elettronico in www.personaedanno.it.

pronunzie dedicate al tema della frazionabilità del credito. Si è, infatti, recentemente affermato il principio per cui il creditore non può scindere la propria richiesta di adempimento in una pluralità di azioni giudiziali, in quanto ciò sarebbe vessatorio nei confronti del debitore, ed apparirebbe, comunque, in contrasto con i principi costituzionali del giusto processo, causando una ingiustificata moltiplicazione delle liti. La sanzione viene, dunque, individuata nella declaratoria di improponibilità delle domande, proposte in contrasto con tali statuizioni²⁵².

Proprio a questa giurisprudenza ha fatto esplicito riferimento la pronuncia torinese adesso in esame. Infatti, è in forza dell'analogia con le azioni ritenute abusive da questo orientamento della Suprema Corte, che il giudice è pervenuto alla pronuncia di inammissibilità della domanda di nullità, proposta nel caso di specie²⁵³.

La decisione, pur rappresentando una posizione molto innovativa, rispetto al panorama tradizionale italiano²⁵⁴, sembra avere incontrato

²⁵² Cfr. Cass., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, p. 641; Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2766; Cass. lav., 3 dicembre 2008, n. 28719, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 711; Cass., 3 maggio 2010, n. 10634, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2478; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Il civilista*, 2012, 2, p. 15.

²⁵³ La decisione sembra rappresentare un tipico esempio di quel “rifiuto di tutela”, indicato da SALV. ROMANO, *op. loc. ultt. citt.*, come la reazione più adeguata nei confronti dell'abuso del diritto.

²⁵⁴ Basti ricordare la posizione nettissima espressa da PIETROBON, *Il dovere generale di buone fede*, Padova, 1969, p. 70, per cui “la possibilità che un contratto nullo per mancanza di forma ottenga validità in nome di una protezione della buona fede che arrivi fino al punto di negare al disonesto l'azione di nullità pregiudicherebbe gravemente la sicurezza del traffico”, e ribadita da MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9, secondo il quale “nell'ambito del principio di forma è rigorosamente esclusa dalla

un'accoglienza tendenzialmente positiva in dottrina. Si è, infatti, rilevato come essa risulti coerente con la nuova conformazione sistematica della materia delle nullità protettive, e come consenta di evitare soluzioni manifestamente inique²⁵⁵. Anche in giurisprudenza, l'orientamento in esame parrebbe destinato a non rimanere isolato²⁵⁶.

Del resto, in un ordinamento a noi vicino, come è quello tedesco, una soluzione del genere viene accolta da tempo, anche nella giurisprudenza di legittimità, che consente di opporre l'eccezione di *unzulässige Rechtsausübung* (esercizio abusivo del diritto) a chi voglia azionare la nullità formale di un contratto, dopo aver goduto per molto tempo dei

legge l'operatività del divieto di venire contra factum proprium e tale esclusione non può essere neutralizzata ricorrendo tautologicamente alla clausola di buona fede". Nella dottrina più recente, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 370 e segg., che esclude categoricamente la possibilità di ricorrere alla *exceptio doli generalis* per paralizzare le conseguenze della nullità contrattuale.

²⁵⁵ Si vedano C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 11-12, nonché POLIDORI, *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, vol. 16, Napoli, 2012, pp. 53 e segg.

Assume, invece, una posizione critica D'AURIA, *Forma ad substantiam e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, pp. 699 e segg., secondo il quale la necessità di rispettare il disposto legislativo costituirebbe un ostacolo difficilmente superabile per operazioni ermeneutiche tendenti a sanzionare eventuali abusi del contraente protetto.

²⁵⁶ Cfr. Trib. Como, 14 febbraio 2012, in *Contratti*, 2012, pp. 398-400.

vantaggi derivatigli dal contratto stesso²⁵⁷. Peraltro, sviluppi favorevoli a questo tipo di soluzione si sono avuti anche in altri ordinamenti, sempre con riferimento a casi di nullità formale opportunisticamente eccepita dopo anni di esecuzione²⁵⁸. Come si vede, si tratta di fattispecie concettualmente non dissimili da quelle adesso in esame.

Anche nella dottrina italiana, d'altra parte, si possono segnalare posizioni favorevoli alla possibilità di una limitazione della legittimazione a far valere la nullità protettiva, proprio in forza del divieto di abuso del diritto²⁵⁹. Peraltro, se, per invalidare i negozi, si

²⁵⁷ Cfr. *BundesGerichtshof*, 14 giugno 1996, in *NJW*, 1996, p. 2504. Si vedano ulteriori riferimenti in FAVALE, *op. cit., passim*, il quale evidenzia come si tratti di un orientamento che conosce ormai, in Germania, una storia pluridecennale.

²⁵⁸ Per la Francia, si veda *Cass. Comm.*, 6 marzo 1990, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, pp. 734 e segg., con osservazioni di MESTRE, che rappresentò, allora, una decisione innovativa rispetto agli schemi tradizionali della giurisprudenza d'oltralpe.

Per l'Inghilterra, il riferimento principale è costituito da *Court of Appeal*, caso *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. (in Liquidation) vs. Texas Commerce International Bank Ltd.*, 1982, 1 QB 84, su cui cfr. COOKE, *The modern law of estoppel*, Oxford, 2000, pp. 51-52.

Per ulteriori riferimenti, con riguardo anche all'ambito iberico e latinoamericano, oltre che a Germania, Inghilterra e Francia, cfr. ASTONE, *Venire contra factum proprium, cit.*, pp. 79-156. In definitiva, la posizione italiana, che sino ad ora non conosceva la possibilità di sanzionare l'esercizio contraddittorio dell'azione di nullità, parrebbe essere piuttosto isolata a livello comparatistico, come segnalano anche ZIMMERMANN e WHITTAKER, *Good faith in European contracts law*, Cambridge, 2000, pp. 258 e segg.

²⁵⁹ Cfr. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità fra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, pp. 407 e segg., il quale ricorda che una posizione del genere era già stata sostenuta, con riguardo alla vecchia nullità relativa di cui all'abrogato art. 190 c.c., da CARROZZA, *Intangibilità della dote a favore della*

ricorre spesso a clausole generali, fondate sull'abuso della libertà contrattuale in danno di un contraente debole, allora non dovrebbe apparire particolarmente eversivo l'utilizzo di strumenti ermeneutici analoghi per contrastare le conseguenze della nullità²⁶⁰.

In definitiva, ci sembra opportuno evidenziare che consentire la paralisi dell'azione di nullità proposta dall'unico legittimato, in considerazione della condotta contraddittoria, o comunque abusiva, dello stesso, equivale ad ammettere una convalida del contratto nullo²⁶¹, senza dover

società coniugale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 881, riprendendo un'intuizione di CICU, nota a Cass., 21 luglio 1939, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 292.

In sostanza, si era sostenuto che la moglie, qualora avesse volitivamente partecipato al negozio di alienazione di un bene dotale fatto dal defunto marito, avrebbe perso, così, la possibilità di domandarne la nullità, proprio in forza del divieto di *venire contra factum proprium*.

Come si vede, il problema, *mutatis mutandis*, è lo stesso che si pone oggi, con riguardo alle moderne nullità relative in materia finanziaria.

²⁶⁰ Come osservano ASTONE, *op. ult. cit.*, p. 233, e PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida*, *cit.*, pp. 224 e segg.

²⁶¹ *Contra*, BILÒ, *op. cit.*, p. 501, la quale sembra sostenere che l'impiego del concetto di abuso del diritto per bloccare l'azione di nullità sia un qualcosa di alternativo rispetto alla convalida, reputata, invece, sempre inammissibile. Anche SEMEGHINI, *op. cit.*, pp. 131-136, parrebbe voler costruire un meccanismo in cui il ricorso alla *exceptio doli generalis* non incide sulla nullità del contratto, ma la priva di effetti, cioè delle sue conseguenze pratiche.

Non si vede, però, dove starebbe la differenza concreta fra una convalida tacita ed una siffatta applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*. Sembrerebbe quasi che la distinzione derivi solo dalla necessità di rendere omaggio al postulato dell'insanabilità del negozio nullo, anche quando, di fatto, lo si supera.

Infatti, con riferimento a forme più tradizionali di invalidità, ASTONE, *op. ult. cit.*, p. 249, propone una distinzione basata sull'eventualità che terzi interessati potrebbero far valere la nullità anche quando chi ha tenuto il comportamento

necessariamente passare per una riconduzione della nullità in questione alla annullabilità.

Si potrebbe, peraltro, riproporre il problema se quanto esposto debba collocarsi su di un piano meramente processuale oppure possa vedersi riconosciuta anche una piena valenza sostanziale. Si è già visto, però, che questo tipo di dubbi rischiano di rivelarsi oziosi. In effetti, ci troviamo di fronte a qualcosa di simile alla *denegatio actionis* del diritto romano pretorio: un meccanismo processuale che ha contribuito a fondare le nuove categorie giuridiche sostanziali dell'invalidità negoziale²⁶².

contraddittorio non possa più farlo. Naturalmente, però, se si tratta di una nullità relativa, come nel nostro caso, e l'unico legittimato coincide con l'autore della condotta abusiva, la distinzione inevitabilmente si perde.

²⁶² Si rinvia al primo capitolo di questo studio per una breve trattazione di questa vicenda storica.

3. IL CONTRATTO NULLO CONFERMABILE

3.1 Convalida e conferma

Le ipotesi di sanabilità del contratto nullo non si esauriscono in quelle che abbiamo ricondotto alla categoria della convalida. Come si è visto, esse si caratterizzano per il fatto che può sanare il contratto invalido solo una delle parti dello stesso, quella, in qualche modo, protetta dalla comminatoria di nullità. Si tratta, dunque, di una situazione analoga a ciò che caratterizza l'annullabilità contrattuale, per cui l'utilizzo del medesimo *nomen iuris* per l'indicazione della sanatoria appare pienamente ragionevole.

Il frastagliato panorama delle moderne nullità comprende, però, anche casi di sanatoria, che non possono, in alcun modo, essere fatti rientrare in detto schema. Infatti, si possono indicare varie ipotesi in cui quel soggetto, che può sanare il contratto nullo, non è identificabile con il contraente protetto, perché si tratta di nullità che non hanno una funzione protettiva, oppure perché la possibilità di sanare è riconosciuta anche, o soltanto, alla controparte del soggetto protetto.

In questo diverso genere di fattispecie, lo scopo della sanatoria è, quindi, altro da quello che si può ravvisare nelle ipotesi già analizzate. Infatti, non si tratta più di consentire a quel contraente, che è stato vittima della nullità, di mantenere un contratto, o una clausola, cui sia comunque ancora interessato, oppure di far sì che egli non possa avvalersi in maniera abusiva delle tutele di cui gode. Si tratta, piuttosto, di consentire a quel contraente, che ha dato causa alla nullità, di

rimediare, con un'operazione che gli permetta di salvare il rapporto contrattuale, rimuovendo l'elemento che lo poneva in contrasto con l'ordinamento.

Come si vedrà, ci sono varie casistiche che si prestano ad essere ricondotte in questo secondo insieme di ipotesi di sanabilità. Con riguardo ad esse, per le esposte ragioni, non ci sembra opportuno l'utilizzo del termine *convalida*. In questa sede, quindi, le si indicherà con l'altro termine che il nostro linguaggio giuridico usa per riferirsi alla sanatoria del contratto nullo: *conferma*.

Vedremo, infatti, fra breve, che tale termine viene impiegato dalla legislazione speciale per denominare le ipotesi più consolidate di sanatorie riconducibili al *genus* adesso in esame. Vedremo, altresì, che le ulteriori ipotesi individuabili possono essere spesso costruite in analogia con le prime, il che sembra legittimare l'uso del termine *conferma* per indicare tutta la categoria.

Preliminarmente, però, è necessario ricordare che il medesimo termine compare anche nel Codice Civile. Infatti, il legislatore del 1942 lo utilizza per alcuni peculiari meccanismi di sanatoria delle nullità, inerenti ai rapporti successori. Si intende alludere, naturalmente, a quelle norme che consentono agli eredi di sanare una disposizione testamentaria, o una donazione, nulla, posta in essere dal *de cuius*¹. Come è noto, si tratta di norme, che pur non essendo state oggetto di una applicazione pratica particolarmente diffusa, hanno suscitato un notevole interesse nella nostra tradizione dottrinale².

¹ Il riferimento è agli artt. 590 e 799 c.c.

² Si possono ricordare, senza alcuna pretesa di esaustività, DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946; PASETTI, *La sanatoria per*

Dal nostro punto di vista, comunque, non è su di esse che sembra opportuno concentrare l'attenzione. Infatti, come si già accennato, nella materia successoria le invalidità sono sempre state regolate in maniera anomala rispetto agli schemi adottati, dal libro IV del Codice, per i contratti. Pertanto, pretendere di ricavare da esse indicazioni da seguire nell'analisi delle invalidità contrattuali rischia di essere arbitrario e sviante.

D'altra parte, sul piano più generale della legittimità dell'uso del termine conferma nel senso da noi proposto, è forse possibile fare

conferma del testamento e della donazione, Padova, 1953; SCHLESINGER, *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, p. 1003; AURICCHIO, *La conferma del testamento nullo e la sua forma*, in *Foro it.*, 1956, I, p. 120; D'ORAZI FLAVONI, *Aspetti della volontaria esecuzione di disposizioni testamentarie*, in *Foro it.*, 1957, I, p. 651; F. ROMANO, *Note in tema di dichiarazioni orali di ultima volontà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 757; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1366; GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; TRABUCCHI, *Recensione a Gazzoni (L'attribuzione patrimoniale mediante conferma)*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 70; FILANTI, *op. cit.*, pp. 235-277; CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985; FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, *cit.*; TOMMASINI, *Sanatoria*, in *Enc. del Dir.*, 1989, pp. 230-243; BONFILIO e MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da Alpa e Bessone, IV, I, Torino, 1991; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, *cit.*, pp. 184-217; PAGLIANTINI e BRANDANI, *sub art. 590*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. I, a cura di Cuffaro e Delfini, Torino, 2010, pp. 190 e segg.; LANDINI, *Le invalidità del negozio testamentario*, Napoli, 2012, specie le pp. 41 e segg., nonché 135 e segg. Per una recente applicazione giurisprudenziale, cfr. Trib. Napoli, 30 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 3001, con nota di M. DI MARZIO.

appello anche a tali norme. Infatti, un'osservazione comune agli studiosi della materia è che la principale differenza, fra tali ipotesi e la convalida, sta proprio nell'elemento soggettivo³. Si intende dire, cioè, che, a poter porre in essere tali sanatorie, del testamento o della donazione, non è una parte, eventualmente protetta, del negozio, ma un soggetto ulteriore, l'erede.

Risalta, quindi, la distinzione fra la convalida, con cui la parte protetta sana l'invalidità, e la conferma, con cui è un altro soggetto a farlo. In particolare, nel caso codicistico del testamento o della donazione, si tratterà, appunto, dell'erede, mentre, con riguardo a quelle ipotesi contrattuali, che andremo ora ad esaminare, si tratterà di una parte contrattuale definibile, per le ragioni già accennate, come "non protetta".

³ Si veda, per tutti, GALLO, *Trattato del contratto*, cit., p. 1972.

3.2 Le nullità in materia edilizia

3.2.1 Nullità e conferma nella legislazione di contrasto all'abusivismo

Il lemma “conferma” è stato ampiamente utilizzato dalla legislazione speciale, con riferimento a svariate fattispecie⁴, non necessariamente connesse con il tema della sanatoria delle nullità contrattuali.

Ai nostri fini, assume, però, una particolare rilevanza l'impiego che di esso ha fatto il legislatore in materia edilizia ed urbanistica. Anche in questo ambito, infatti, si è manifestata la propensione, tipica della nostra epoca, ad utilizzare la nullità per finalità, almeno in parte, innovative rispetto a quelle classiche, e, quindi, si è verificato pure un fenomeno di conformazione della disciplina della nullità. Così, in maniera parzialmente analoga a quanto abbiamo visto accadere per le nullità protettive, la necessità di adeguare il regime della nullità ai nuovi scopi di politica del diritto ha portato ad infrangere i dogmi tradizionali, comportando anche l'introduzione di ipotesi di sanatoria.

Nel campo ora in esame, lo scopo, cui il legislatore ha voluto strumentalizzare la sanzione della nullità, non è stato tanto, o almeno non principalmente, quello della protezione di una parte contrattuale ritenuta più debole, quanto piuttosto quello di contrastare i fenomeni di abusivismo. In sostanza, si è trattato di utilizzare la nullità contrattuale per ostacolare l'esercizio di determinate attività in assenza delle prescritte autorizzazioni amministrative. La sanzione invalidatoria,

⁴ Cfr. FRANZONI, *op. cit.*, p. 194, per alcuni esempi.

infatti, può rendere meno conveniente la stipula degli accordi tramite i quali si svolgono dette attività, oppure se ne commercializzano i prodotti.

L'ambito in cui questo utilizzo della nullità è emerso con maggiore rilevanza è, come si diceva, quello della legislazione edilizia ed urbanistica. Infatti, la soluzione adottata dal legislatore è stata quella di considerare nulli i contratti traslativi di immobili, in cui non siano stati allegati o menzionati certi documenti, specificamente previsti dalla legge, ed attinenti alla regolarità urbanistica degli immobili in questione⁵. Naturalmente, l'individuazione di quali documenti vadano

⁵ L'art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, oggi riprodotto dall'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo Unico dell'Edilizia), prevede che gli atti aventi per oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione sia iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli, ove da essi non risultino gli estremi del permesso di costruire (titolo abilitativo che ha sostituito quelli previgenti, rappresentati dalla licenza edilizia e dalla concessione edilizia) o del permesso in sanatoria. Ai sensi dell'art. 40 della citata legge 47 del 1985, è possibile, in alternativa, allegare la documentazione comprovante l'avvenuta presentazione della domanda di sanatoria. Per gli edifici più risalenti, la cui costruzione non era, dunque, regolata dalle moderne leggi urbanistiche, il tutto è surrogato dalla produzione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, attestante che l'opera edificatoria è iniziata prima del 1 settembre 1967. L'art. 18 della citata legge 47 del 1985, oggi riprodotto dall'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia, prevede che gli atti aventi ad oggetto le medesime vicende giuridiche di cui sopra, relativamente a terreni, sono nulli ove ad essi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica riguardante l'area in questione, rilasciato dall'autorità comunale competente da meno di un anno, e corroborato dalla dichiarazione che, nel periodo successivo al rilascio, non sono intervenute modifiche degli strumenti urbanistici rilevanti (cd. dichiarazione di vigenza). In caso di mancato rilascio di detto certificato, per ritardo dell'amministrazione competente, esso può, però, essere

effettivamente allegati o menzionati dipenderà dalla complessiva evoluzione della normativa amministrativa⁶. Il meccanismo di fondo, dal punto di vista civilistico, rimane, comunque, lo stesso. Si raggiunge,

sostituito da una dichiarazione dell'interessato, che attesti di aver presentato la relativa domanda e descriva lo statuto urbanistico del terreno.

⁶ Nei casi indicati dall'art. 22, comma 3, del Testo Unico dell'Edilizia, come sostituito dall'art. 1 del decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301, il permesso di costruire può essere surrogato dalla denuncia di inizio attività, per cui ai sensi del comma 5 bis dell'art. 46, aggiunto dal medesimo art. 1 del decreto legislativo 301 del 2002, dovranno essere menzionati in atto gli estremi della D.I.A., anziché quelli del permesso. Tutto ciò rimane valido anche all'indomani della abolizione della D.I.A., sostituita in linea generale con la S.C.I.A., dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122, poiché, in seguito, l'art. 5, comma 2, lettera c, del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito con legge 12 luglio 2011 n. 106, ha precisato, in via di interpretazione autentica, che la D.I.A. continuerà a trovare applicazione secondo le norme previgenti, in quei casi in cui essa avesse valenza sostitutiva del permesso di costruire.

Al contempo, l'art. 5, comma 2, lettera a, punto 3, del citato decreto 70 del 2011, ha introdotto il "silenzio assenso" per il rilascio del permesso di costruire, ad eccezione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali. Pertanto, nelle ipotesi in cui il permesso si sia formato in questo modo, non esisterà un provvedimento formale di cui menzionare gli estremi, e, quindi, per rispettare il disposto dell'art. 46 del Testo Unico, sarà necessario far constare in atto la sussistenza di tutti i presupposti dell'avvenuta formazione del silenzio assenso.

Per ulteriori riferimenti sulle modifiche apportate alla materia in esame dagli ultimi interventi del legislatore, cfr. RIZZI, *La disciplina dell'attività edilizia dopo il decreto sullo sviluppo 2011*, Studio n. 325-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

infatti, in ogni caso, l'obiettivo di rendere incommerciabili gli immobili abusivi⁷, che dei documenti in questione non potranno essere muniti⁸.

⁷ L'incommerciabilità degli immobili abusivi rappresenta la principale differenza fra il meccanismo introdotto con la legge 47 del 1985 ed il sistema delle previgenti norme urbanistiche. Infatti, sia l'art. 15, comma 7, della legge 28 gennaio 1977, n. 10, con riguardo ai fabbricati, sia l'art. 31, comma 4, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, come sostituito dall'art. 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765, per i terreni, prevedevano la nullità degli atti in questione, solo ove l'acquirente fosse in buona fede. Si trattava, quindi, di un'anomala invalidità utilizzata a tutela del compratore (quasi una nullità protettiva *ante litteram*), che, però, non proibiva il commercio di immobili abusivi, in quanto tale. Non a caso, in giurisprudenza si sostenne che non si trattasse di una vera nullità, ma di una ipotesi di annullabilità (cfr. Cass., 27 gennaio 1983, n. 739, in *Riv. not.*, 1983, p. 1210). Si è trattato, comunque, di ipotesi che hanno trovato scarsa applicazione pratica, dato che il forte tasso di inflazione di quegli anni rendeva poco convenienti, per i compratori, le azioni restitutorie consequenziali alla invalidità di tali contratti (cfr. MENGOLI, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 2011, p. 153).

Se, poi, volessimo considerare il sistema ancora precedente, la differenza è ancora più netta, in quanto, prima delle ricordate norme del 1967 e 1977, l'irregolarità urbanistica non si poneva mai in rapporto con la validità degli atti traslativi. Al contrario, essa poteva, al più, rilevare come vizio, ai fini dell'attivazione della garanzia in capo al venditore ex artt. 1490 e segg. c.c., o come fonte di responsabilità per inadempimento, facendo riferimento alla problematica figura dell'*aliud pro alio datum*. Si veda, in proposito, LISERRE, *Legge e autonomia nella contrattazione immobiliare*, in *Jus*, 1986, pp. 58 e segg.

Occorre, però, dare atto che tuttora parte della dottrina (cfr. ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 225; GALLO, *op. cit.*, p. 1927) nega che si possa parlare di incommerciabilità in senso pieno degli immobili abusivi, dal momento che restano fuori dal campo di applicazione della disciplina in esame certi atti traslativi, come le donazioni, gli atti *mortis causa* o i contratti costitutivi di diritti personali di godimento.

⁸ Infatti, secondo l'opinione prevalente, deve considerarsi invalido anche il contratto che rechi menzioni o allegazioni di documenti falsi. Non rileva, invece, ai fini della

Al tempo stesso, si fa in modo che le parti del contratto siano informate circa lo *status* giuridico, impresso all'immobile dagli strumenti urbanistici. Infatti, non è detto che tali vincoli siano sempre di facile conoscibilità, per cui ha una sua utilità l'aver imposto alle parti determinate allegazioni, che le costringono, quindi, a prendere conoscenza del contenuto di tali documenti. In caso contrario, potrebbero aversi conseguenze spiacevoli per il venditore⁹, ma soprattutto per il compratore, fortemente penalizzato dagli orientamenti giurisprudenziali formati in materia, proprio in nome della lotta all'abusivismo edilizio¹⁰.

Nel complesso, però, sembra abbastanza chiaro che lo scopo principale della nullità è, appunto, quello di reprimere l'abusivismo, per cui è piuttosto difficile parlare di una invalidità con funzione di protezione nei confronti di una delle parti contrattuali. Non a caso, l'orientamento largamente prevalente considera le nullità urbanistiche come delle

nullità, l'eventuale difformità fra il modo in cui l'immobile sia stato effettivamente realizzato e quello in cui sarebbe stato obbligatorio procedere, in base al permesso di costruire. Su entrambi gli aspetti della problematica, si veda, per tutti, CALVO, *Nullità urbanistiche e irragionevolezza del legislatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 132-134.

⁹ Come evidenzia, CALVO, *op. cit.*, p. 1321, nt. 52, un venditore poco accorto, ignorando la destinazione urbanistica del bene, potrebbe rischiare di cedere un fondo edificabile, come se fosse un'area destinata al solo sfruttamento agricolo.

¹⁰ La giurisprudenza sosteneva che i vincoli urbanistici non potessero qualificarsi come oneri non apparenti e, quindi, negava al compratore la tutela di cui all'art. 1489 c.c. Questo atteggiamento di rigore mirava a colpire severamente il commercio degli immobili abusivi, ma finiva per ritorcersi contro coloro che acquistavano dagli speculatori edilizi, più che contro gli speculatori stessi. Si vedano ampi riferimenti in CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, pp. 130-168, e CALVO, *op. cit.*, pp. 1316-1318.

normali nullità assolute¹¹. La loro distanza dalle nullità tradizionali emerge, invece, da un diverso punto di vista.

Il vero problema di nullità così congegnate è che esse rischiano di colpire anche contratti in realtà privi di ogni disvalore. Infatti, l'invalidità in esame ha una natura eminentemente formale, in quanto viene azionata dalla carenza delle previste allegazioni e menzioni. Pertanto, un contratto relativo ad immobili totalmente regolari può risultare nullo perché le parti, o, più realisticamente, il notaio rogante, hanno dimenticato di ottemperare una delle formalità prescritte.

Di conseguenza, il legislatore ha ritenuto di prevedere espressamente, almeno per alcune ipotesi, un meccanismo capace di recuperare alla giuridicità il contratto sostanzialmente meritevole di tutela, ma nullo per questa ragione. Si è, quindi, introdotta nel sistema la possibilità di confermare tali contratti nulli, sanandoli con la redazione di un successivo atto integrativo, munito di tutte le formalità necessarie¹².

Ciascuna delle parti può attivarsi per porre in essere tale sanatoria, e ciò rende evidente la differenza fra questo meccanismo di recupero ed altre ipotesi presenti nel sistema. Infatti, non è necessario che le parti siano d'accordo nel volere la sanatoria, ma è sufficiente che si attivi

¹¹ Cfr., *ex multis*, Cass., 17 agosto 1999, n. 8685, in *Vita not.*, 1999, p. 1384; Cass., 2 aprile 2001, n. 4811, in *Riv. not.*, 2002, p. 230; Cass., 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. not.*, 2005, p. 301, con nota di BUCCIARELLI DUCCI.

¹² La prima ipotesi di conferma ad essere stata introdotta è quella di cui all'art. 17, comma 4, della citata legge 47 del 1985, in base al quale, ove la mancanza della menzione prescritta dai commi precedenti non sia dipesa da insussistenza della concessione ad edificare, il contratto potrà essere sanato, anche da una sola parte, mediante un successivo atto di conferma, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa.

unilateralmente una di esse, il che esclude ogni possibilità di ricondurre il nostro istituto alla categoria della rinnovazione. D'altra parte, è indifferente che sia l'uno o l'altro contraente ad operare la conferma, per cui non è possibile ragionare in termini di convalida, che la parte protetta metterebbe in atto, qualora preferisca comunque mantenere il contratto.

In primo luogo, come si è visto, non è detto che sia possibile individuare una parte definibile come protetta¹³, ma, anche se si volesse considerare tale l'acquirente, l'ipotesi sarebbe smentita dalla circostanza che il venditore è altrettanto legittimato ad effettuare la conferma. Del resto, sembra ragionevole ritenere che sia proprio quest'ultimo soggetto a trovarsi, il più delle volte, nelle condizioni idonee a porre in essere la sanatoria, essendo egli certamente in possesso dei documenti e dei dati informativi necessari, ma di cui, in un primo momento, aveva ommesso di procedere alla corretta allegazione.

Risulta evidente che un istituto del genere si pone radicalmente in contraddizione con i postulati tradizionali in materia di insanabilità delle nullità. Ciò nondimeno il meccanismo ora descritto appare indubbiamente dotato di una certa ragionevolezza, per cui non si è mai arrivati a proporre l'abrogazione solo per il suo contrasto con i dogmi del passato. Il problema è, però, ugualmente emerso, quando si è trattato di qualificare giuridicamente l'ipotesi in discorso, e, poi, di valutarne la possibile estensione a fattispecie in cui non ne fosse stata prevista espressamente l'applicazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, infatti, la difficoltà ad ammettere che nullità e sanabilità possano coesistere, ha spinto una certa parte della

¹³ Del resto, sul piano sociologico, non sembra possibile stabilire, *a priori*, se lo speculatore edilizio sia chi vende immobili o chi li compra, magari per rivenderli.

dottrina a sostenere che, nel caso in esame, di vera nullità non potesse trattarsi. Viene, quindi, proposta¹⁴ un'immagine, che dovrebbe apparire più rassicurante, in quanto, anziché di contratto nullo sanabile, si parla di contratto inefficace in senso stretto, sottoposto ad una condizione legale sospensiva potestativa, consistente nell'esercizio del potere di conferma da parte di uno dei contraenti. Tale ricostruzione sarebbe anche più coerente con l'espressa esclusione della responsabilità notarile ex art. 28 l. n., per il professionista che abbia rogato un atto nullo ma confermabile¹⁵.

Inoltre, questa impostazione consentirebbe una migliore risoluzione dei possibili conflitti fra diversi acquirenti dal medesimo dante causa. Infatti, sarebbe possibile procedere subito alla trascrizione del contratto

¹⁴ Cfr. LUMINOSO, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio*, in *Quadr.*, 1985, p. 335; NEGRI, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla legge n. 47/1985*, in *Resp. civ.*, 1985, p. 171; MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo*, in *Corr. giur.*, 1987, pp. 751 e segg.; RASCIO, *Sulla conferma ex art. 17, quarto comma, l. 47/85 e sulla sua forma*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pp. 637 e segg.; MAESTRONI, *Il recupero del negozio nullo nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994, pp. 155 e segg.; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., pp. 217-229; FRANZONI, *op. cit.*, pp. 195-196; GAZZONI, *Manuale*, cit., pp. 1120-1121.

¹⁵ L'art. 21 della citata legge 47 del 1985, oggi riprodotto dall'art. 47 del Testo Unico dell'Edilizia, prevede che, in materia urbanistica, si ha violazione dell'art. 28 l. n., solo in caso di ricezione, da parte del notaio, di un atto nullo non confermabile.

Come, di recente, ha avuto modo di ribadire anche Cass., 14 febbraio 2008, n. 3526, in *Vita not.*, 2008, p. 349, per escludere la responsabilità del notaio, non occorre che l'atto sia stato effettivamente confermato, ma è sufficiente l'astratta possibilità di conferma.

confermabile, se inteso come inefficace, menzionando nella relativa nota l'esistenza della *condicio iuris* sospensiva. La conferma, quindi, valendo come avveramento della condizione, avrà efficacia retroattiva, consentendo la prevalenza di tale acquisto su quelli successivi, ancorché precedenti all'effettuazione della conferma stessa. Invece, nessuna efficacia potrebbe riconoscersi alla trascrizione del contratto confermabile, se inteso come nullo, per cui gli acquisti successivi risulterebbero, comunque, prevalenti, se trascritti prima dell'atto di conferma¹⁶.

In realtà, nessuno degli esposti argomenti appare decisivo.

Innanzitutto, su di un piano più generale, non è affatto detto che, con riferimento a questa problematica, l'inefficacia condizionata e la nullità sanabile indichino davvero due realtà sostanziali diverse e contrapposte. Basti pensare che, sotto il Codice abrogato, che ammetteva la sanabilità delle nullità, essa veniva descritta da autorevoli esponenti della dottrina proprio ricorrendo al meccanismo della *condicio iuris*¹⁷. Del resto, il contratto nullo si caratterizza *in primis* per la sua tendenziale inefficacia, per cui potrebbe sembrare che parlare di contratto inefficace, anziché di contratto nullo possa essere stato solo una sorta di giuoco di parole, necessario per evitare di ammettere che il legislatore aveva introdotto, a chiare lettere, almeno un'ipotesi di nullità sanabile.

Quanto alla responsabilità professionale, oggi la sua configurazione, per come emerge dalle norme in esame, non sembra più creare particolari problemi. Come si è avuto modo di vedere, infatti, risulta ormai superata

¹⁶ Cfr. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, pp. 223-226.

¹⁷ Cfr. FINZI, *Studi sulla nullità, cit.*, p. 92; ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 272; ENRIETTI, *Appunti sull'art. 1311 c.c., cit.*, pp. 338 e segg.

quella fase intermedia dell'evoluzione giurisprudenziale, in cui si riteneva che ogni ipotesi di invalidità comportasse l'applicazione dell'art. 28, esclusa, invece, nei soli casi di inefficacia *stricto sensu*. Al contrario, secondo l'orientamento oggi dominante, la responsabilità ex art. 28 può essere esclusa anche in diversi casi di invalidità, comprese alcune ipotesi di nullità speciale¹⁸. Non appare, quindi, più particolarmente anomala anche l'esclusione operata dalla normativa in esame, la quale risulta, anzi, coerente con l'effettiva natura degli atti in questione, che, come si è visto, non presentano alcuna ragione di contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento. Peraltro, come si è già avuto modo di osservare, a proposito di differenti categorie di nullità sanabili, perché la sanatoria possa funzionare, occorre preliminarmente che l'atto possa essere ricevuto in sede notarile e venire, quindi, ad esistenza. In caso contrario, non vi potrà essere, comunque, nulla da sanare.

Anche per ciò che riguarda la trascrizione, non ci sembra che la ricostruzione proposta colga nel segno. Si è detto che la conferma può operare solo con riferimento a contratti, relativi ad immobili regolari, nei quali le prescritte allegazioni sarebbero state tutte possibili, ma non sono state effettuate per mera dimenticanza. Dunque, non si vede per quale ragione le parti, invece di effettuare tali formalità, dovrebbero ometterle e trascrivere l'atto, inserendo nella nota la condizione sospensiva in discorso. Infatti, se le parti sono consapevoli e memori della necessità di procedere alle allegazioni, le faranno immediatamente, senza avere alcun bisogno di trascrivere un atto inefficace, con riserva di futura integrazione. Se, invece, non sono in grado di procedere alle prescritte

¹⁸ Si rinvia alla trattazione contenuta nel secondo capitolo di questo studio.

formalità, per un qualche profilo di irregolarità dell'immobile, allora siamo fuori del campo di applicazione della conferma.

Non sembra, invece, molto realistica l'ipotesi di soggetti che non si ricordano di effettuare le allegazioni, che pure sarebbero in condizione di realizzare, e, al tempo stesso, si ricordano di inserire nella nota di trascrizione la menzione della *condicio iuris* sospensiva, consistente, appunto, nella necessità di successiva effettuazione delle formalità in sede di conferma¹⁹. Pertanto, anche volendo aderire alla tesi dell'inefficacia *stricto sensu*, ciò che verrà trascritto sarà, il più delle volte, un atto inefficace privo della menzione della condizione nella relativa nota²⁰. L'avveramento non potrà, quindi, produrre alcun effetto retroattivo.

In sostanza, anche qui il compratore avrà tutto l'interesse a procedere, il più rapidamente possibile, alla conferma, per non rischiare di veder prevalere un acquisto successivo al suo, ma regolare. Da questo punto di vista, dunque, non sembra che la tesi dell'inefficacia comporti un reale incremento di tutela per l'acquirente. Del resto, non è affatto detto che sia negativo il meccanismo di stimolo ad una rapida regolarizzazione, che si determina per effetto di quello che, a prima vista, può sembrare un vuoto di tutela. Si è anche detto, d'altra parte, che le norme in tema di

¹⁹ Eventualmente, le parti possono subordinare l'efficacia della compravendita ad una vera e propria condizione sospensiva volontaria (non ad una *condicio iuris*, dunque), consistente nella successiva effettuazione delle prescritte allegazioni, ma si tratta di un'ipotesi diversa da quella ora in esame.

²⁰ MONTICELLI, *op. cit.*, p. 226, ammette, in effetti, che la teoria da lui sostenuta non risolve il problema, qualora, nella nota di trascrizione, manchi la menzione della situazione di pendenza.

abusivismo non hanno come obiettivo primario la tutela del compratore, quanto piuttosto il controllo pubblicistico sul commercio degli immobili.

Alla luce di quanto sopra, non stupisce, dunque, che l'orientamento maggioritario ravvisi nelle ipotesi in esame delle vere e proprie nullità formali²¹. Del resto, ogni soluzione diversa comporterebbe anche una grave forzatura del disposto legislativo, che richiederebbe argomentazioni più forti per essere sostenuta. Pertanto, la conferma introdotta nel 1985 è apparsa a molti come la prima sicura deroga al principio di insanabilità del contratto nullo²².

L'altra problematica da affrontare nasce, appunto, dalla natura di tale norma derogatoria, che può essere vista come strettamente eccezionale, oppure come suscettibile di una più ampia applicazione, anche analogica. Naturalmente, anche questa risposta dipende dal maggiore o minore grado di fedeltà, che si voglia tributare al dogma della insanabilità. Infatti, altro è ammettere, magari a malincuore, uno strappo alla regola, altro è consentire ad esso di allargarsi, riconoscendo, dunque, che la regola stessa forse non è più tale.

²¹ Cfr. ALPA, *Commento all'art. 18 della legge n. 47/1985*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, pp. 1087 e segg.; DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, pp. 59 e segg.; CATAUDELLA, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadr.*, 1986, pp. 487 e segg.; TOMMASINI, *Sanatoria*, cit., p. 239; SANTARCANGELO, *Le nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: casi e questioni*, in *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, cit., pp. 131 e segg.; PALERMO, *La disciplina delle attività negoziali nel D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, pp. 147-156; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida*, cit., pp. 25-26; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, cit., pp. 210-217; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., pp. 267-282 e 949-952.

²² Cfr., per tutti, DONISI, *op. loc. ultt. citt.*

Il problema si è posto da subito, perché la normativa urbanistica, pur prevedendo, in origine, un solo caso di conferma, conosceva varie altre ipotesi di nullità strutturate in modo simile a quelle espressamente qualificate come confermabili. Si trattava, quindi, di casistiche, spesso di notevole rilevanza pratica, per le quali non poteva non sorgere il dubbio circa una possibile confermabilità in via analogica.

Come si è accennato, la legge prevedeva la recuperabilità dei contratti traslativi di fabbricati, in cui la carenza formale non fosse indice di una sostanziale irregolarità urbanistica. La norma fa, infatti, riferimento ad immobili regolari o ad ipotesi in cui, al momento del perfezionamento del contratto confermabile, risulti già avviato il procedimento amministrativo di sanatoria dell'irregolarità urbanistica.

In origine, però, il legislatore taceva, con riferimento alle ipotesi in cui il procedimento amministrativo in parola si fosse avviato dopo la stipula del contratto, pur sussistendone i presupposti anche allora. In tali casi, dunque, seguendo un'interpretazione restrittiva della confermabilità, la sanatoria urbanistica non avrebbe mai potuto tradursi in una sanatoria civilistica.

Problemi analoghi si potevano porre anche per altre ipotesi contrattuali, per le quali la legge del 1985 prevedeva una nullità, connessa alla carenza di determinate allegazioni o menzioni, ma non regolava l'eventualità di una sanatoria, per i casi in cui la carenza non dipendesse da irregolarità sostanziali. Ciò accadeva, sempre nell'ambito dei contratti traslativi di immobili, con riferimento a quelli aventi ad oggetto terreni,

anziché fabbricati²³, ma accadeva, ed accade tuttora, anche con riguardo ad ulteriori tipologie contrattuali, regolate nella medesima normativa²⁴.

Si deve, inoltre, considerare che il legislatore ha valorizzato quel particolare utilizzo della nullità formale, già sperimentato in materia urbanistica, anche in altri campi finitimi, utilizzandolo, come si vedrà meglio fra breve, per contrastare fenomeni ulteriori di abusivismo e di evasione fiscale. Si è, dunque, posto, anche per tali ipotesi, il problema di individuare delle forme di sanatoria, per quei casi in cui alla nullità formale non corrisponda alcuna immeritevolezza sostanziale.

La persistente influenza del dogma dell'insanabilità ha reso difficile, almeno in un primo tempo, l'elaborazione di una soluzione per questioni del genere in via interpretativa. Pertanto, sono stati necessari degli

²³ Il testo originario del citato art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia non prevedeva alcuna ipotesi di sanatoria per gli atti relativi ai terreni. Si rinvia al prossimo paragrafo di questo capitolo per un'analisi più specifica di tale problematica.

²⁴ Menzioni e allegazioni sostanzialmente analoghe a quelle che l'art. 46 del Testo Unico dell'Edilizia prevede, come si è visto, per gli atti traslativi di fabbricati, sono richieste anche, dall'art. 48 del medesimo Testo Unico (che riproduce l'art. 45 della legge 47 del 1985), ai fini della stipula di contratti di somministrazione di servizi pubblici, a pena di nullità degli stessi. In tal modo, chi domandi l'allacciamento del proprio immobile alle reti dei pubblici servizi sarà tenuto a dimostrare la regolarità urbanistica del fabbricato.

Non è prevista, però, nessuna forma di sanatoria per i casi in cui la carenza documentale non dipenda da irregolarità dell'immobile, il che appare indubbiamente irrazionale, considerata l'innegabile somiglianza con la fattispecie di cui all'art. 46, che contempla, invece, come abbiamo visto, la possibilità della conferma. Si veda, in proposito, PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 204 e segg., il quale argomenta a favore di un'applicazione analogica di tale istituto anche all'ipotesi in esame.

espliciti interventi legislativi, volti ad allargare il campo di operatività di vari meccanismi di sanatoria.

Il primo di questi interventi innovativi è stato motivato, essenzialmente, dalla necessità di incrementare le entrate dello Stato, attraverso il redditizio meccanismo del condono edilizio. Infatti, è parso opportuno rendere più attraente il ricorso alla sanatoria delle irregolarità urbanistiche dei fabbricati, facendo sì che essa potesse tradursi in un recupero civilistico dei relativi atti traslativi, anche se stipulati prima dell'avvio del procedimento amministrativo in questione.

Per raggiungere tale risultato il legislatore è andato addirittura oltre una ipotizzabile estensione della conferma. È stato, infatti, introdotto²⁵ un meccanismo in forza del quale i contratti nulli acquistano validità “*di diritto*”, quindi come effetto automatico del rilascio della concessione in sanatoria, purché la nullità non sia stata ancora dichiarata con sentenza passata in giudicato e trascritta²⁶. In quest'ultimo caso, la sanatoria retroattiva del contratto è ancora possibile, ma deve essere “*richiesta*”

²⁵ Il riferimento è a quanto disposto dall'art. 6 del decreto legge 27 settembre 1994, n. 551. Il decreto non è stato convertito in legge nel termine di sessanta giorni, ma la norma in questione è stata ripresa e, quindi, resa definitiva dall'art. 2, comma 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Anche questa norma fa riferimento unicamente agli atti traslativi di fabbricati, e non a quelli riguardanti i terreni, che restano, dunque, esclusi dal suo campo di applicazione: cfr. Cass., 7 ottobre 2005, n. 19526, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.

²⁶ Un accertamento con sentenza non ancora passata in giudicato non impedisce che si abbia la sanatoria “*di diritto*”: cfr. Cass., 7 ottobre 2005, n. 19526, *cit.*

dalle parti con uno specifico atto²⁷, e non può prevalere su ulteriori trascrizioni, intervenute nel frattempo a favore di soggetti terzi²⁸.

Si è posto, quindi, nuovamente il dilemma interpretativo circa la conciliabilità di queste particolari previsioni normative con il dogma della insanabilità. Per la seconda ipotesi, è stato relativamente facile ricondurla al tradizionale meccanismo della rinnovazione, dato che viene richiesto l'accordo delle parti e vengono posti limiti incisivi alla retroattività²⁹. La prima ipotesi costituisce, però, un chiaro esempio di sanatoria, anche più forte di quella per conferma, e, per negarlo, si rendono necessarie operazioni ermeneutiche che possono apparire forzate³⁰.

Come si accennava, il problema della confermabilità ha avuto modo di porsi anche al di fuori dell'ambito della legislazione urbanistica. Infatti,

²⁷ Si è posto il problema se tale operazione vada compiuta con la stipula di un nuovo contratto, oppure, come ha proposto una dottrina (CALVO, *op. cit.*, p. 1327), con un ricorso congiunto all'autorità giudiziaria, volto ad ottenere una sentenza costitutiva, che rimuova, nella misura consentita dalla legge, gli effetti del giudicato di nullità.

²⁸ In giurisprudenza, si è precisato che lo scopo della norma è di tutelare i terzi che abbiano acquisito, e trascritto o iscritto, diritti di servitù o di garanzia sull'immobile in questione, mentre non assume alcuna rilevanza, ai fini della norma in esame, la eventuale trascrizione della domanda di nullità proposta da un terzo interessato, ex art. 2652 n. 6 c.c.: cfr. Cass., 20 maggio 2011, n. 11255, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5.

²⁹ Cfr. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 229.

³⁰ MONTICELLI, *op. cit.*, p. 228, per escludere che possa trattarsi di nullità sanabile, preferisce parlare di “invalidità sospesa”, categoria che, però, la dottrina più recente (GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, *cit.*, pp. 441 e segg.) ha utilizzato proprio per descrivere il fenomeno della sanabilità delle nullità contrattuali. Tralasciando le questioni nominalistiche, sembra, quindi, difficile negare che di sanatoria si tratti.

ispirandosi, con ogni probabilità al modello costituito dalla legge del 1985, anche il legislatore tributario ha ritenuto di utilizzare lo strumento della nullità formale.

Si è, così, stabilito l'obbligo di inserire negli atti traslativi di immobili urbani, o di allegare ad essi, a pena di nullità, una dichiarazione dell'alienante, concernente l'avvenuta denuncia fiscale dei redditi dell'immobile, o il motivo della mancata denuncia³¹. Lo scopo era, naturalmente, quello di contrastare i diffusi fenomeni di evasione fiscale che interessano il settore immobiliare, rendendo incommerciabili i fabbricati di cui non si fossero regolarmente denunciati i redditi.

La normativa in esame non faceva, però, alcun riferimento a possibili forme di sanatoria del contratto, per casi analoghi a quelli in cui la conferma degli atti affetti da nullità urbanistiche è, invece, possibile. Basti pensare all'ipotesi in cui i redditi dell'immobile siano stati regolarmente denunciati, ma sia stata omessa, per dimenticanza o per altri motivi, la relativa menzione nell'atto di trasferimento.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di svolgere alcune importanti precisazioni sul punto³². In primo luogo, si è ribadito che questo genere di previsioni introducono delle ipotesi di vera e propria nullità, e non di mera inefficacia o altro. Quindi, richiamando il principio di cui all'art. 1423 c.c., si è sostenuta l'assoluta eccezionalità delle ipotesi di sanatoria del contratto nullo, per cui si è categoricamente esclusa la possibilità di un'applicazione analogica della conferma al caso

³¹ Il riferimento è all'art. 3, commi 13 ter, 13 quater e 13 quinquies, del decreto legge 27 aprile 1990, n. 90, convertito con legge 26 giugno 1990, n. 165.

³² Cfr. Cass., 1 febbraio 2001, n. 1394, *cit.*, cui abbiamo già fatto riferimento a proposito del tema della responsabilità notarile.

in esame. Di conseguenza, si è anche negato che la responsabilità notarile ex art. 28 l. n. potesse incontrare *in subiecta materia* una qualche limitazione simile a quella prevista, per gli atti confermabili, in materia urbanistica.

Tale impostazione della questione, tutta incentrata sul dogma della insanabilità del contratto nullo, ma irragionevole ai limiti della incostituzionalità³³, è stata, poco dopo, travolta da un intervento del legislatore³⁴. Infatti, il problema è stato risolto alla radice, con l'abrogazione della comminatoria di nullità in esame e con la previsione di una sanatoria retroattiva *ex lege*, per gli atti redatti nel vigore delle norme abolite e che, in base ad esse, si sarebbero dovuti considerare nulli. L'unico limite all'operatività della sanatoria è stato individuato, in maniera simile a quanto previsto nelle già ricordate disposizioni sul condono edilizio, nei diritti maturati dai terzi in base ad atti trascritti prima dell'intervenuta abrogazione delle norme fiscali in discorso.

Sembra opportuno dedicare un accenno anche ad una ulteriore vicenda, che ha riguardato l'utilizzo della nullità formale per combattere una diversa forma di abusivismo. Infatti, quel meccanismo, che era nato per

³³ Nel corso della vicenda processuale che ha portato alla sentenza Cass., 1 febbraio 2001, n. 1394, *cit.*, era stato, in effetti, adombrato un difetto di costituzionalità delle disposizioni in esame, ma la Corte lo ha ritenuto manifestamente infondato. Secondo i supremi giudici, infatti, la regola dell'insanabilità renderebbe il legislatore libero di stabilire a suo piacimento le relative eccezioni, senza che sia possibile pretendere un'estensione delle stesse in via interpretativa. Peraltro, nella motivazione si fa riferimento ad una, non meglio motivata, profonda distanza fra la normativa urbanistica e quella tributaria, che renderebbe impossibile una comparazione ai fini dell'art. 3 Cost.

³⁴ Il riferimento è all'art. 23, comma 2, della legge 29 luglio 2003, n. 229.

impedire la circolazione giuridica degli immobili realizzati in maniera abusiva, è stato, poi, trasposto anche nel diverso contesto del contrasto allo svolgimento di attività di autotrasporto, in mancanza delle prescritte autorizzazioni³⁵.

Così, si è introdotto l'obbligo di annotare, nella copia del contratto di trasporto di cose per conto di terzi destinata al committente, gli estremi dei documenti autorizzativi in questione, a pena di nullità del contratto stesso³⁶. Lo scopo, anche in questo caso, era quello di impedire la stipula di contratti con trasportatori abusivi, i quali non avrebbero mai potuto provvedere alle annotazioni richieste, proprio perché privi dei documenti in discorso.

La norma, però, non ha provveduto ad estendere alla fattispecie in esame alcun meccanismo di sanatoria paragonabile alla conferma, per i casi in cui il trasportatore fosse in regola, ma la copia contrattuale per il committente risultasse, comunque, carente delle prescritte annotazioni. In questo caso, l'omissione del legislatore ha avuto conseguenze particolarmente gravi, poiché la nuova comminatoria di invalidità è venuta ad incidere su di un settore in cui la regola tradizionale era sempre stata quella della stipula in forma orale dei contratti. Evidentemente, contratti del genere non avrebbero mai potuto rispettare una normativa fondata sull'obbligo di determinate annotazioni, da inserire in una copia del documento contrattuale.

³⁵ Cfr., per ulteriori riferimenti FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit., pp. 63-68.

³⁶ Il riferimento è all'art. 1 del decreto legge 29 marzo 1993, n. 82, convertito con legge 27 maggio 1993, n. 162. I documenti in parola sono l'attestazione di iscrizione all'albo degli autotrasportatori e l'autorizzazione al trasporto di cose per conto di terzi, rilasciate dai comitati provinciali dell'Albo nazionale degli autotrasportatori.

Pertanto, è venuta a trovarsi a rischio di nullità la gran parte dei contratti del settore, che continuavano ad essere stipulati oralmente, anche dopo l'entrata in vigore della nuova norma. Infatti, la giurisprudenza di merito, in molti casi, ha ritenuto che il legislatore, imponendo, a pena di nullità, l'effettuazione delle formalità sopra descritte, avesse implicitamente introdotto un requisito di forma scritta *ad substantiam* per la stipula dei contratti di autotrasporto di cose³⁷. Naturalmente, un esito del genere ha avuto conseguenze piuttosto destabilizzanti sul settore in questione.

A questo punto, non si è avuto un intervento normativo che migliorasse la struttura della fattispecie di nullità in esame, magari anche con l'introduzione di un meccanismo di sanatoria. Il legislatore ha, invece, seguito un percorso piuttosto contorto, che non ha certo contribuito alla razionalizzazione della normativa settoriale.

Dapprima, infatti, una legge di interpretazione autentica ha sancito che l'obbligo di annotazione dovesse intendersi riferito solo ai contratti conclusi in forma scritta, per scelta delle parti, senza che ciò comportasse l'introduzione di alcun divieto a procedere, invece, ad una stipula in forma orale³⁸. Così, si è realizzato un assetto particolarmente irragionevole, in cui chi contraeva in forma orale, poteva legittimamente sottrarsi ad ogni controllo sulla presenza delle prescritte autorizzazioni,

³⁷ Cfr. Trib. Alba, 30 novembre 1995, in *Dir. trasporti*, 1997, p. 163, con nota di RIGUZZI; Trib. Monza, 22 gennaio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1853; Trib. Torino, 17 novembre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, p. 2109, con nota di SARZINA, *Il contratto nullo e la logica del diritto*; Trib. Torino, 1 giugno 2000, in *Dir. trasporti*, 2001, p. 895.

³⁸ Il riferimento è all'art. 3 del decreto legge 3 luglio 2001, n. 256, convertito con legge del 20 agosto 2001, n. 334.

mentre, chi procedeva in forma scritta, rischiava di incorrere nella nullità formale per mancata annotazione, anche qualora la posizione del trasportatore fosse sostanzialmente regolare.

Dopo alcune iniziali esitazioni³⁹, tutto ciò ha portato alla declaratoria di incostituzionalità di tale norma, in considerazione dell'effetto di irragionevole disparità di trattamento, che da essa derivava⁴⁰. In effetti, la critica della Corte Costituzionale è stata anche più incisiva, poiché la sentenza ha messo in luce l'intrinseca irragionevolezza di una nullità, che colpiva un contratto privo delle previste annotazioni, anche se stipulato da un trasportatore in regola⁴¹.

Ciò nondimeno, la giurisprudenza di legittimità ha sostanzialmente fatto propria l'impostazione indicata dalla legge interpretativa incostituzionale, per poter giungere alla conclusione di una piena

³⁹ Cass., 6 giugno 2002, n. 8256, in *Foro it.*, 2003, p. 681, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norma in questione. Poco dopo, C. Cost., 4 febbraio 2003, n. 26, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1167, ha condiviso tale orientamento, con riguardo alla questione sollevata dal Tribunale di Vallo della Lucania.

⁴⁰ C. Cost., 14 gennaio 2005, n. 7, in *Contratti*, 2005, p. 363.

⁴¹ Secondo la motivazione della citata sentenza costituzionale, si tratterebbe di “*un eccesso del mezzo utilizzato rispetto al fine dichiarato della repressione dell'abusivismo*”, poiché “*la sanzione della nullità è certamente adeguata quando si tratta di colpire il contratto concluso con un autotrasportatore non iscritto all'albo e privo della prescritta autorizzazione, ma essa è priva di qualsiasi ragionevole presupposto se applicata al contratto concluso con l'autotrasportatore in regola*”.

A nostro avviso, un adeguamento del mezzo al fine sarebbe stato possibile solo introducendo un meccanismo di conferma, analogo a quello vigente in materia edilizia, che consentisse al trasportatore in regola, o anche alla sua controparte, di far venir meno la nullità dovuta alla mera omissione della annotazione.

ammissibilità della stipula in forma orale per i contratti in discorso⁴². Nel frattempo, ha avuto luogo un ulteriore intervento legislativo, che ha trovato occasione in una operazione di risistemazione dell'intera materia del contratto di trasporto⁴³. In tale contesto, quindi, si è ribadita la vigenza di una regola di libertà delle forme per tali negozi⁴⁴, ma si sono esplicitamente abrogate le disposizioni già colpite dal giudizio negativo della Corte Costituzionale⁴⁵.

Ad oggi, dunque, parrebbe che non sia rimasto più nulla di tutto l'apparato sanzionatorio, fondato sulla invalidità contrattuale, che era

⁴² Cfr. Cass., 19 dicembre 2005, n. 27926, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12.

⁴³ Il riferimento è alla legge di delega del 1 marzo 2005, n. 32, attuata con i decreti legislativi del 21 novembre 2005, nn. 284, 285 e 286.

⁴⁴ In forza degli artt. 6 e 9 del citato decreto legislativo 286 del 2005, la conclusione dei contratti di trasporto in forma scritta deve essere favorita, anche attraverso la predisposizione di modelli contrattuali da parte del Ministero competente, ma resta, comunque, ammissibile la stipula di contratti in forma orale, che saranno disciplinati dagli usi raccolti presso la Camere di Commercio. Per essere considerato concluso in forma scritta, un contratto di trasporto dovrà contenere tutta una serie di elementi, elencati dal comma 6 del predetto art. 6, fra i quali anche il numero di iscrizione dell'autotrasportatore nell'Albo nazionale.

⁴⁵ L'abrogazione del citato art. 3 del decreto 256 del 2001 è stata disposta dall'art. 3 della predetta legge 32 del 2005. La medesima norma ha anche introdotto un anomalo meccanismo di decadenza per l'esercizio delle azioni di nullità in questione, su cui si veda Cass., 16 marzo 2012, n. 4247, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3.

L'esito potrebbe, quindi, anche apparire assimilabile a quello di una, maldestra, operazione di sanatoria.

stato messo in piedi per contrastare l'abusivismo nel settore dell'autotrasporto⁴⁶.

Dal nostro punto di vista, la vicenda sembra utile ad evidenziare come certi utilizzi della nullità formale non possano funzionare, e siano, quindi, destinati a crollare, per la loro intrinseca irragionevolezza, qualora non vengano previsti anche degli efficaci meccanismi di sanatoria, che ne contemperino le conseguenze più inaccettabili. In effetti, è probabile che la stessa sorte sarebbe toccata anche alle norme in materia di immobili abusivi, se esse non avessero introdotto per tempo l'istituto della conferma, al fine di recuperare i contratti nulli per difetti formali, ma relativi ad immobili regolari.

3.2.2 Il problema dell'estensione della conferma agli atti traslativi di terreni

La questione della possibilità di estendere l'ambito applicativo della conferma ha conosciuto, negli ultimi anni, sviluppi significativi. In particolare, la vicenda che ha assunto maggior rilievo è stata, con ogni probabilità, quella relativa alla sanabilità degli atti traslativi di terreni.

Si è detto, infatti, che in origine la conferma era stata esplicitamente prevista solo con riguardo agli atti concernenti i fabbricati. In un contesto interpretativo, ancora dominato dall'idea dell'eccezionalità delle ipotesi di sanatoria del contratto nullo, si era, quindi, affermato un

⁴⁶ Cfr. Cass., 16 marzo 2012, n. 4247, *cit.*, che sembra aderire all'opinione, per cui, all'indomani degli interventi abrogativi ricordati, non rimane “*alcun margine di efficacia della rigorosa disciplina formale prima vigente*”.

orientamento che escludeva nettamente la possibilità di una estensione della stessa anche all'ambito del commercio dei terreni⁴⁷.

Ciò nondimeno, è chiaro che quelle medesime esigenze, che avevano motivato l'introduzione della prima conferma, si ripresentavano pure in questo secondo caso⁴⁸. Si ebbero, infatti, alcuni tentativi legislativi di introdurre forme di sanatoria, anche in questo diverso ambito, con lo strumento della decretazione d'urgenza. Non furono, però, mai raggiunti risultati definitivi, a causa della mancata conversione in legge dei decreti in questione⁴⁹.

Non ha avuto miglior fortuna neppure un tentativo di allargamento delle possibilità di conferma, promosso in via giudiziaria. La questione di costituzionalità, sollevata con riferimento alla disparità in discorso, fra

⁴⁷ Cfr. Cass., 3 luglio 1990, n. 6786, in *Vita not.*, 1990, p. 247, e Cass., 23 ottobre 1992, n. 11568, in *Riv. not.*, 1992, p. 1511.

⁴⁸ Già all'inizio degli anni novanta, si esprimevano in senso favorevole ad una estensione della sanabilità anche all'ambito dei terreni SANTARCANGELO, *op. cit.*, p. 149, e MAESTRONI, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁹ Sul punto si sono succedute una serie di norme contenute in decreti legge non convertiti, e precisamente: art. 7 del decreto legge 26 gennaio 1995, n. 24; art. 7 del decreto legge 27 marzo 1995, n. 88; art. 7 del decreto legge 26 maggio 1995, n. 193; art. 7 del decreto legge 26 luglio 1995, n. 310; art. 7 del decreto legge 20 settembre 1995, n. 400; art. 7 del decreto legge 25 novembre 1995, n. 498; art. 8 del decreto legge 24 gennaio 1996, n. 30; art. 8 del decreto legge 25 marzo 1996, n. 154; art. 8 del decreto legge 25 maggio 1996, n. 285; art. 8 del decreto legge 22 luglio 1996, n. 388; art. 8 del decreto legge 24 settembre 1996, n. 495.

Gli effetti prodottisi durante la vigenza di tali provvedimenti sono stati fatti salvi dall'art. 2, comma 61, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ma la normativa sostanziale non è stata ripresa dalla legge.

gli atti relativi ai fabbricati e quelli concernenti i terreni⁵⁰, è stata, infatti, considerata infondata dalla Corte⁵¹.

Secondo i giudici costituzionali, la distinzione sarebbe, dunque, ragionevole, poiché diversi sono i presupposti e la funzione delle due nullità. Da una parte, gli obblighi di menzione previsti in materia di fabbricati hanno lo scopo di reprimere *ex post* un abuso edilizio già consumatosi, comportando, come si è visto, l'incommerciabilità della costruzione realizzata in difetto delle prescritte autorizzazioni. Dall'altra, invece, il meccanismo previsto per i terreni avrebbe la diversa funzione di far emergere un abuso ancora *in fieri*, consentendo, quindi, di attivare successivamente altri strumenti di repressione.

Infatti, prima la necessità di chiedere il rilascio del certificato, da allegare all'atto, e, poi, soprattutto, l'obbligo di trasmissione delle copie degli atti stipulati, corredati dei relativi certificati, posto in capo al notaio rogante⁵², consentivano di far pervenire, alle autorità comunali competenti, informazioni suscettibili di segnalare lo svolgimento di un'attività di lottizzazione abusiva. Così, mentre la possibilità di sanare atti relativi a fabbricati sostanzialmente regolari, poteva apparire coerente con le finalità della comminatoria di nullità, lo stesso non si sarebbe potuto sostenere per i terreni. Per questi ultimi, in effetti, un'integrazione successiva non avrebbe potuto mai surrogare quella funzione di informazione preventiva, che il regolare svolgersi del procedimento previsto dalla legge avrebbe, invece, realizzato. Pertanto, non era da considerare irragionevole la diversità di trattamento, poiché,

⁵⁰ Con ordinanza del Trib. Potenza, 2 ottobre 2002, in *Il Notaro*, 2003, p. 31.

⁵¹ C. Cost., 26 gennaio 2004, n. 38, in *Giust. civ.*, 2004, p. 1139.

⁵² Dal comma 6 del citato art. 30 del testo Unico dell'Edilizia.

al contrario, sarebbe stata irrazionale proprio l'equiparazione della regolamentazione delle due diverse fattispecie.

Resta il fatto che, in tal modo, si giungeva, comunque, al risultato di sacrificare la validità dei contratti, stipulati con l'omissione di talune formalità, ma al di fuori di ogni operazione lottizzatoria abusiva. In ogni caso, all'indomani di una pronuncia così netta della Corte Costituzionale, interpretabile anche come un monito contro eventuali interventi legislativi, volti all'allargamento delle possibilità di sanatoria, la questione pareva chiusa.

Solo una parte assolutamente minoritaria della dottrina continuava a proporre la sanabilità degli atti relativi ai terreni⁵³. Peraltro, tale proposta era riferita ad ipotesi di vizi così lievi, da far ritenere che, piuttosto che di conferma, si dovesse parlare di una assenza della stessa nullità⁵⁴.

⁵³ Cfr. DEL VECCHIO, *La possibile convalida dell'atto nullo di trasferimento di terreni*, in *Riv. not.*, 2005, pp. 55 e segg.

⁵⁴ Si può fare l'esempio del contratto cui sia stato allegato un certificato di destinazione urbanistica privo di data, ma protocollato. Infatti, secondo DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 68-69, questo sarebbe un caso di nullità confermabile.

Sembra, però, più ragionevole la prospettazione di TRAPANI, *Dall'impossibile conferma alla conferma possibile*, in *Riv. not.*, 2007, p. 761, nt. 24, secondo il quale un contratto del genere è valido *ab origine*, poiché può considerarsi valido il certificato stesso, in quanto la data di protocollazione surroga la datazione assente. In sostanza, si fa applicazione del criterio dello scopo, che, come abbiamo già avuto modo di accennare, impedisce di considerare nullo un atto per violazioni procedurali, che non abbiano compromesso, appunto, il raggiungimento dello scopo dell'atto stesso.

Una recente conferma della validità di questo approccio si può trovare in Cass., 21 settembre 2011, n. 19219, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 67, che ha escluso la nullità di un atto cui era stato allegato un certificato riferito ad una particella catastale diversa,

Invece, di lì a poco, un nuovo intervento organico del legislatore ha completamente modificato la situazione. Infatti, è stata esplicitamente introdotta la possibilità di procedere alla conferma anche per gli atti traslativi di terreni⁵⁵. Del resto, non sembra che tale innovazione possa comportare gli effetti irrazionali paventanti dai giudici costituzionali, dal momento che, parallelamente, sono state apportate anche ulteriori modifiche alle norme in materia di abusivismo. Il legislatore ha, infatti, introdotto un meccanismo di informazione delle autorità comunali competenti diverso da quello che, precedentemente, si basava sulle ricordate formalità, relative alla stipula degli atti in discorso.

Così, è stata prevista l'organizzazione di una banca dati informatica, consultabile dai Comuni, ed alimentata dalla trasmissione dei dati relativi agli atti traslativi, trasmessi non più dai notai, ma dagli uffici presso i quali si sia proceduto alla trascrizione degli atti stessi⁵⁶. Il nuovo

perché più ampia e tale da ricomprendere, quindi, anche l'area in questione. Infatti, anche in tal caso, il certificato può considerarsi comunque idoneo a realizzare gli obiettivi per cui è richiesto.

⁵⁵ L'art. 12, comma 4, della legge 28 novembre 2005, n. 246, ha introdotto un nuovo comma 4 bis nel citato art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia, in base al quale gli atti, cui non sia stato allegato il certificato di destinazione urbanistica o che siano privi della dichiarazione di vigenza, possono essere confermati con un atto successivo, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche, che interessavano il terreno in questione, al giorno della stipula dell'atto confermato (cd. certificato storico).

Il comma 5 del predetto art. 12 prevede, altresì, che si possano confermare anche atti redatti prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, purché la nullità degli stessi non sia già stata accertata con sentenza passata in giudicato.

⁵⁶ L'art. 1 del Decreto del Presidente della Repubblica 9 novembre 2005, n. 304, ha abrogato il ricordato comma 6 dell'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia, che imponeva ai notai l'obbligo di trasmissione. Gli artt. 3 e 4 del medesimo decreto

sistema dovrebbe garantire una maggiore efficienza dell'azione repressiva, in quanto la consultazione ragionata, attraverso meccanismi informatici, della banca dati dovrebbe consentire un accesso alle informazioni davvero rilevanti molto più agevole di quello derivante dalla mera ricezione delle copie di tutti gli atti stipulati, depositati dai notai presso gli uffici competenti del Comune.

Al tempo stesso, in questo modo, viene meno il presupposto del ragionamento condotto dai giudici costituzionali e cadono, quindi, gli ostacoli alla ammissibilità di una conferma successiva anche in materia di terreni. Sembra, infatti, ormai sostanzialmente scomparso, o quanto meno assai attenuato, il nesso, prima strettissimo, fra le allegazioni imposte dalla normativa in questione e la funzione di segnalazione alle pubbliche autorità della consumazione di abusi edilizi in atto⁵⁷.

Probabilmente, quindi, non è un caso se, nonostante il monito formulato con la ricordata sentenza costituzionale, non si sono, poi, manifestati dubbi giurisprudenziali sulla legittimità della nuova disposizione. Del resto, anche in dottrina non sono mancate le voci apertamente favorevoli alla nuova norma, vista come conforme all'esigenza di rimuovere illogiche asimmetrie fra le previgenti disposizioni in materia di terreni e quelle concernenti i fabbricati⁵⁸.

hanno, invece, previsto l'istituzione, ad opera di una convenzione da stipularsi fra il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Territorio, di un archivio informatico, consultabile a distanza, cui i Servizi di pubblicità immobiliare trasmetteranno mensilmente, in via telematica, i dati relativi alle trascrizioni degli atti traslativi di terreni.

⁵⁷ Cfr. LEO, *La sanatoria della nullità degli atti traslativi dei terreni*, Studio n. 100-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁵⁸ Cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 207.

Una parte della dottrina ha, comunque, criticato l'intervento legislativo in discorso, ritenendolo irragionevole e, quindi, dubitando anche della costituzionalità dello stesso. Tali critiche, però, non si sono basate sui presupposti pubblicistici, fatti propri dalla citata sentenza costituzionale, ma ormai non più attuali. Al contrario, è stata proposta un'impostazione tutta centrata sull'interesse del singolo acquirente ad essere informato sullo statuto urbanistico del terreno al momento del contratto. Tale interesse, secondo l'opinione in esame, non sarebbe tutelato a sufficienza, ora che si riconosce alla controparte il potere di sanare successivamente l'atto traslativo⁵⁹.

La soluzione interpretativa sarebbe, dunque, quella di rileggere la nuova conferma, come se si trattasse di un'ipotesi di quella che, in questo studio, abbiamo ritenuto di qualificare come convalida. In sostanza, la legittimazione alla sanatoria dovrebbe essere riconosciuta solo alla parte protetta, cioè al compratore del terreno⁶⁰.

Si sono, però, già esposte le ragioni che inducono a dubitare della possibilità di qualificare come nullità protettive le invalidità previste dalle norme edilizie. Dalle medesime considerazioni deriva un forte scetticismo anche per quanto riguarda la possibilità di intendere come una forma di convalida la sanatoria in esame. Ci sembra, dunque, che le nullità in esame non abbiano tanto lo scopo di tutelare una parte contro l'altra, quanto, piuttosto, quello di ostacolare il commercio di immobili in situazioni di non piena regolarità, potendosi rivolgere, quindi, contro gli interessi di entrambe le parti. Ciò vale, tendenzialmente, sia per i fabbricati che per i terreni, e le ragioni di specialità del regime di questi

⁵⁹ CALVO, *op. cit.*, pp. 1331-1332.

⁶⁰ CALVO, *op. cit.*, pp. 1339-1340.

ultimi, come si è visto, tendono a ridimensionarsi fortemente⁶¹. Pertanto, non appare sostenibile l'individuazione, nel soggetto acquirente, della parte da considerare sempre come protetta, e cade, quindi, anche la pretesa di limitare a tale soggetto il potere di sanatoria.

Infatti, *in subiecta materia* il presupposto sostanziale del recupero non consiste nella libertà del soggetto protetto di mantenere un rapporto contrattuale, che pure avrebbe il potere di annientare, come accade, appunto, nella convalida del contratto annullabile o di quello affetto da nullità di protezione. Al contrario, la ragione giustificativa della conferma sta nella oggettiva innocuità del singolo contratto in esame rispetto all'interesse pubblico, estraneo e diverso da quello delle parti, alla repressione dell'abusivismo edilizio. Questa situazione oggettiva, dunque, non è l'esito di una valutazione di interessi privati, rimessa ad una parte piuttosto che ad un'altra, ma è un dato, che qualunque soggetto interessato dovrebbe avere la possibilità di far valere⁶².

⁶¹ Rimane, comunque, una differenza non irrilevante, frutto probabilmente di un difetto di coordinamento del legislatore. Infatti, nel 2005 non è stato modificato il comma 2, dell'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia, che continua, quindi, a prevedere, oltre alla comminatoria di nullità, anche un divieto di trascrizione, che manca, invece, nell'art. 46, relativo agli atti aventi ad oggetto fabbricati. La differenza si spiegava con l'originaria insanabilità dei primi, contrapposta alla confermabilità dei secondi. Oggi, però, sembra molto più difficile giustificare questa diversità di regime.

⁶² A nostro avviso, però, questo non significa che il contratto confermabile nasca già sostanzialmente sano come negozio. Infatti, l'ordinamento ha scelto, come strumento di contrasto ai fenomeni di abusivismo, la nullità formale e, quindi, richiede necessariamente un nuovo atto formale, appunto la conferma, perché tale nullità possa essere rimossa. Del resto, diversamente opinando, verrebbe meno il senso di tutta la legislazione di cui si è trattato.

Peraltro, la lettera della nuova normativa sembra andare in direzione opposta a quanto proposto dalla dottrina cui prima si faceva riferimento. Infatti, non solo la legittimazione alla sanatoria non viene ristretta, rispetto a quanto previsto in materia di fabbricati, ma, al contrario, sembra emergere un suo allargamento. Ciò si evince chiaramente dall'inserimento esplicito di una previsione che consente la conferma anche a soggetti diversi dalle parti dell'originario contratto.

In particolare, il riferimento è agli “*aventi causa*”⁶³ delle stesse, che potranno essere, innanzitutto, i loro successori *mortis causa*, il che determina una sorta di riavvicinamento della conferma edilizia a quella codicistica, prevista in materia di donazioni. Nei casi più comuni, però, si tratterà dei successivi acquirenti dell'immobile, oppure di coloro che su di esso abbiano costituito un diritto reale di godimento o, soprattutto, di garanzia. Naturalmente, tali soggetti avranno tutto l'interesse a regolarizzare la catena circolatoria, che ha portato al loro acquisto, ed il fatto che sia stato riconosciuto loro tale potere ci sembra assolutamente positivo, dal punto di vista della sicurezza nella circolazione dei beni.

Non a caso, in questa direzione, adesso avallata dal legislatore, si era già mossa la prassi interpretativa, con riguardo alla conferma di atti traslativi di fabbricati. Pertanto, oggi può sembrare pienamente ragionevole sostenere un'interpretazione estensiva, che consideri il riferimento agli *aventi causa* come valido, non solo per la nuova fattispecie, relativa ai

⁶³ Ai quali fa esplicito riferimento il nuovo comma 4 bis dell'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia.

terreni, in cui esso è stato materialmente inserito, ma anche per quella previgente, in tema di fabbricati⁶⁴.

Un approccio altrettanto estensivo sembra essersi affermato anche con riguardo all'esatta individuazione dei vizi oggetto della possibile conferma. La nuova norma fa espresso riferimento solo a due casi specifici, ma gli interpreti non hanno mancato di proporre diversi allargamenti ad ulteriori fattispecie similari, che sarebbe del tutto irragionevole lasciare fuori dalla portata del potere di conferma⁶⁵.

Tutto ciò sembra molto significativo, per quanto attiene al possibile mutamento dell'approccio complessivo al tema della sanatoria del contratto nullo. Infatti, parrebbe che, in seguito alle vicende cui si è fatto cenno, e specialmente all'indomani di quest'ultimo importante intervento riformatore, l'atteggiamento degli interpreti stia iniziando a modificarsi.

Insomma, se prima ogni possibile estensione dei meccanismi di sanatoria sembrava destinata a scontrarsi con la qualificazione degli stessi in termini di stretta eccezionalità, ora queste preoccupazioni appaiono molto meno rilevanti.

⁶⁴ Cfr. TORRE, *La conferma o integrazione dell'atto nullo di trasferimento di terreno*, in *Riv. not.*, 2007, p. 790.

⁶⁵ Il nuovo comma 4 bis, come si è visto, fa espresso riferimento solo ai casi di mancata allegazione del certificato e di assenza della dichiarazione di vigenza. Si ritiene, però, che possano essere sanati, col medesimo procedimento di conferma, anche i vizi derivanti dall'allegazione di un certificato invalido, perché scaduto o emesso da un ufficio incompetente, oppure dalla presenza di una dichiarazione resa da un soggetto non legittimato o in maniera non contestuale all'atto.

Si vedano, sul punto, TRAPANI, *op. cit.*, pp. 764-766, e LEO, *op. cit., passim*. In giurisprudenza cfr. Cass., 14 febbraio 2008, n. 3526, *cit.*

Non è difficile ravvisare in ciò l'emersione di un'impostazione generale più favorevole all'ammissibilità di forme di sanatoria del contratto nullo ed, in particolare, il preludio ad ulteriori proposte di applicazione in via analogica dei meccanismi di conferma sin qui descritti. Come si vedrà fra breve, tali ulteriori proposte non sono, in effetti, mancate.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che si possa predicare l'esistenza di una regola generale di sanabilità delle nullità contrattuali. Si può, però, certamente sostenere che quegli istituti, i quali già oggi ne consentono la sanatoria, devono essere visti come espressione di normative speciali, ma non necessariamente eccezionali, e che essi sono, quindi, suscettibili anche di un ragionamento in termini di analogia.

3.2.3 Ulteriori possibilità di estensione della conferma

La possibilità di verificare l'ammissibilità e l'utilità di un'estensione, in via analogica, del campo di applicazione della conferma delle nullità contrattuali ci è offerta da alcune recenti novità legislative.

Sono state, infatti, introdotte alcune particolari ipotesi di nullità, che, come vedremo fra breve, presentano significativi punti in comune con quelle già trattate in materia edilizia. Non viene, però, prevista esplicitamente la possibilità di una sanatoria delle stesse, il che spinge l'interprete ad interrogarsi sulla eventuale applicazione della conferma anche a queste casistiche, proprio in considerazione della somiglianza, che esse presentano rispetto alle ipotesi in cui la sanabilità è già prevista.

Un primo caso può essere quello della nullità comminata da una normativa fiscale del 2010, dedicata al problema dei cd. fabbricati

fantasma⁶⁶. Con tale espressione si è soliti riferirsi a quei numerosi immobili, che non sono regolarmente censiti nel Catasto Fabbricati, per il mancato aggiornamento dei relativi dati, o per la mancata denuncia della stessa esistenza dello stabile⁶⁷. Come è evidente, un fenomeno del genere si ripercuote pesantemente sulla fiscalità immobiliare e, quindi, sulle entrate dello Stato, il che ha spinto il legislatore ad intervenire.

Per quanto ci interessa, si deve evidenziare che è stata utilizzata, per perseguire la finalità di far emergere i fabbricati non censiti, anche la nullità contrattuale. Infatti, con una formulazione che quasi ricalca quella delle ricordate normative edilizie, si è previsto l'obbligo di inserire, a pena di nullità, negli atti traslativi di fabbricati i dati identificativi catastali⁶⁸ dell'immobile, il riferimento alle relative planimetrie

⁶⁶ Il riferimento è all'art. 19, comma 14, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122, che ha introdotto il nuovo comma 1 bis nell'art. 29 della legge 27 febbraio 1985.

⁶⁷ Altra ipotesi assai ricorrente è quella del fabbricato che ha perduto i cd. requisiti di ruralità, ma continua ad essere censito nel solo Catasto Terreni. In sostanza, quella che magari è diventata una villetta, appare ancora, ai fini fiscali, come un capanno agricolo.

⁶⁸ I dati identificativi catastali sono costituiti da Comune, sezione, foglio, mappale ed, eventualmente, subalterno.

Prima della nuova normativa, la loro indicazione era prevista solo “*per quanto sia possibile*”, dall'art. 51, comma 2, n. 6, della legge notarile, ai fini della determinazione dell'oggetto contrattuale. Peraltro, la giurisprudenza aveva avuto modo di precisare che, da questo punto di vista, i dati catastali non hanno quel valore determinante, che viene, invece, riconosciuto alla descrizione dei confini indicati nell'atto (cfr. Cass., 14 maggio 2004, n. 9215, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5).

Nel Codice Civile, poi, l'art. 2659, n. 4, richiede l'indicazione dei dati catastali solo nella nota di trascrizione e non nel titolo da trascrivere. L'inserimento degli stessi è, invece, prescritto dall'art. 4, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica

depositate⁶⁹ e la dichiarazione che dati e planimetrie sono conformi allo stato di fatto dell'immobile⁷⁰.

Naturalmente, un fabbricato non censito, o censito con dati non aggiornati, per effetto di tale meccanismo, non potrà più essere oggetto di un valido atto traslativo, poiché, con riferimento ad esso, non esisteranno dati catastali o, quanto meno, dati catastali conformi, da indicare nell'atto. L'immobile si verrà, quindi, a trovare in una situazione di sostanziale incommerciabilità, rimuovibile solo procedendo alle doverose operazioni di iscrizione al catasto, o di denuncia di variazione. L'intento del legislatore, infatti, era, appunto, quello di

26 ottobre 1972, n. 650, ai fini della domanda di voltura degli atti stessi, ma il successivo comma 3 configura la norma in questione come derogabile.

⁶⁹ Il riferimento prescritto può avere luogo o con l'indicazione degli estremi della planimetria, oppure con l'allegazione della stessa all'atto, secondo quanto è, peraltro, previsto anche dall'art. 50, lettera c, dei già richiamati Principi di Deontologia Professionale dei Notai del 2008.

⁷⁰ Per effetto delle modifiche apportate dalla legge di conversione, la dichiarazione di parte potrà essere sostituita da un'attestazione, rilasciata da un tecnico abilitato, che andrà allegata all'atto, o inserita, facendo intervenire direttamente in atto il tecnico stesso.

In ogni caso, questa dichiarazione di conformità, cd. oggettiva, non va confusa con l'obbligo di verifica della cd. conformità soggettiva, che la medesima norma pone in capo al notaio rogante. Egli, infatti, è adesso tenuto a controllare che gli intestatari catastali coincidano con quelli risultanti dai registri immobiliari. Dunque, per effetto della nuova norma, l'obbligo di effettuare le visure catastali, che in passato si faceva derivare dai doveri di diligenza professionale del notaio (cfr. Cass., 16 gennaio 2004, n. 1330, in *Riv. not.*, 2004, p. 1020, con nota di CASU), è ora espressamente sancito dalla legge. Ciò non toglie che l'inadempimento dello stesso continui a collocarsi sul terreno della responsabilità professionale, senza che si possano avere ricadute di alcun genere sulla validità dell'atto.

introdurre un forte incentivo alla regolarizzazione della posizione fiscale di tali fabbricati.

Può, però, certamente accadere, anche in questo caso, che si stipuli un atto relativo ad un fabbricato regolarmente censito, ma si omettano le menzioni imposte dalla nuova norma, o le si inseriscano magari in maniera incompleta. Come si vede, il caso è del tutto simile a quello in cui, nella materia edilizia, abbiamo visto operare la conferma, come modo di sanatoria del contratto nullo. La nuova legge, però, tace completamente sul punto.

Le nuove menzioni sono indubbiamente diverse, per contenuto e funzione, da quelle vecchie, il che esclude la possibilità di una applicazione in via diretta delle norme dettate per le nullità edilizie. Resta, però, aperta la possibilità di una riflessione sulla eventualità di una applicazione in via analogica.

Naturalmente, qualora si acceda ad un'impostazione che nega la sanabilità del contratto o, comunque, la considera eccezionale, ogni tentativo in tal senso risulterà precluso dall'assenza di una espressa disposizione di legge che consenta la sanatoria⁷¹. Si tratta, però, di una risposta che può risultare inadeguata ed irragionevole, di fronte a situazioni come quelle cui si è fatto pocanzi riferimento.

Se, però, si preferisce la diversa impostazione, che è stata sin qui argomentata, gli esiti possono essere diversi. Infatti, se si condividono le premesse per cui la sanabilità del contratto nullo è concettualmente

⁷¹ Così LEO, LOMONACO, MONTELEONE e RUOTOLO, *La legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 30 maggio 2010 n. 78 in materia di circolazione immobiliare – Novità e aspetti controversi*, Circolare del Consiglio Nazionale del Notariato, diffusa il 6 dicembre 2010.

ammissibile, e le relative norme non sono necessariamente eccezionali, allora il caso in esame si presenta come uno dei più idonei ad un ragionamento in termini di analogia.

Il problema della conferma è stato, in effetti, affrontato dalla dottrina che si è occupata della nuova nullità per difetto di conformità catastale. Ad un autore⁷² è sembrato, dunque, logico che entrambe le parti dell'atto abbiano il potere di confermarlo, con una dichiarazione integrativa, redatta nella stessa forma dell'atto completato, e contenente gli elementi originariamente omissi. Come si vede, si tratta di un meccanismo non dissimile da quello vigente in materia edilizia, e la dottrina in questione allude anche all'analogia come possibile fondamento della propria impostazione.

Occorre, però, dare atto che l'argomento principale che essa utilizza è un altro. Secondo questa prospettazione, infatti, la sanzione comminata per la carenza delle menzioni in discorso non sarebbe una vera nullità, ma solo un impedimento alla trascrivibilità. Gli atti in questione, dunque, sarebbero validi, ma non suscettibili di trascrizione⁷³, come se fossero stati redatti per scrittura privata non autenticata, pur avendo, in effetti, le forme dell'atto pubblico o autentico. Da questo particolare punto di vista, anche la conferma non sarebbe altro che un'operazione simile alla ripetizione in forma solenne dell'atto già valido, che, a volte, si rende

⁷² CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d. l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 luglio 2010 n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 335 e segg.

⁷³ CEOLIN, *op. loc. citt.*

necessaria a fini pubblicitari⁷⁴. Pertanto, non si potrebbe certo dubitare dell'ammissibilità di quella che non sarebbe nemmeno più una sanatoria, ma solo l'integrazione di un atto sano. Sarebbe, anzi, sostenibile che le parti, essendo già vincolate da un valido contratto, siano anche tenute a renderlo attuabile, procedendo, quindi, anche a detta operazione⁷⁵.

La tesi in esame è, però, minoritaria e si scontra frontalmente con la lettera della legge, che parla, con ogni evidenza, di nullità, senza fare alcun riferimento a divieti di trascrizione⁷⁶. Dal nostro punto di vista, non è, comunque, necessario arrivare a forzare sino a tal punto il dettato legislativo. Infatti, se si condivide quanto esposto in questo studio, non vi sono difficoltà a qualificare l'ipotesi in discorso come nullità ed, al

⁷⁴ Cfr. GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, 2009, III, II, pp. 784-805, ed ivi ulteriori riferimenti sul tema.

⁷⁵ Cfr. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 803.

⁷⁶ La maggior parte degli interpreti che si sono occupati della nuova norma ritiene, infatti, che essa introduca una vera e propria ipotesi di nullità formale: cfr. LEO, LOMONACO, MONTELEONE e RUOTOLO, *cit.*; BUSANI e MORELLO, *Passaggio in catasto per i nuovi requisiti di forma ad substantiam degli atti immobiliari*, in *Contratti*, 2010, pp. 924 e segg.; PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29 comma 1-bis della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, Milano, 2010, pp. 56-60. L'autore citato per ultimo arriva, però, ad un risultato molto simile a quello proposto da Ceolin, quando sostiene la praticabilità della conversione formale ex art. 2701 c.c. dell'atto pubblico, nullo per difetto di quanto previsto dalla normativa del 2010, in scrittura privata semplice. Il negozio resterebbe, quindi, valido, anche se non trascrivibile.

tempo stesso, a ritenerla sanabile, in considerazione della indiscutibile somiglianza con la fattispecie della conferma edilizia⁷⁷.

In ogni caso, non va confusa con una eventuale sanatoria la diversa ipotesi della correzione di un errore materiale, che ricorra nelle indicazioni catastali. Infatti, qualora tale errore non sia tale da incidere sulla identificabilità dell'oggetto contrattuale, non si potranno riscontrare profili di invalidità⁷⁸. Pertanto, il successivo intervento correttivo, certamente opportuno, non potrà qualificarsi come sanatoria, ma, più semplicemente, come mera rettifica⁷⁹.

Una seconda ipotesi, in cui può essere utile porsi il problema di una eventuale estensione dei meccanismi di conferma, ci è offerta dalla legislazione in materia di risparmio energetico. Si tratta di un insieme di normative, prodotte da fonti di vario livello, che ha ormai raggiunto un notevole grado di complessità, per cui non sarebbe possibile offrirne qui un quadro completo. Basterà ricordare che, anche in questo ambito, può svolgere un ruolo non irrilevante lo strumento della patologia negoziale.

Al fondamento di tutta la normativa in discorso si pone un accordo internazionale, con cui quasi tutti i Paesi del mondo si sono impegnati alla riduzione delle emissioni inquinanti, al fine di contrastare il noto

⁷⁷ *Contra* BARLESE, *Note sulla coerenza oggettiva e soggettiva ex d. l. 78/2010 e l. 122/2010*, in *Riv. not.*, 2012, p. 219, che esclude drasticamente ogni possibilità di sanatoria, richiamando i postulati tradizionali in materia di nullità.

⁷⁸ Cfr. RIZZI, *La normativa in materia di conformità dei dati catastali (d. l. 78/2010)*, in *www.notariato.it*.

⁷⁹ All'istituto è adesso dedicato l'art. 59 bis della legge notarile, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera f, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 110. Il notaio può procedere all'atto di rettifica anche autonomamente, senza bisogno di un'istanza delle parti interessate.

fenomeno del cambiamento climatico globale, da queste provocato⁸⁰. Per conformarsi a questi obiettivi, il legislatore comunitario ha ritenuto di agire, non solo sul fronte delle emissioni prodotte dall'industria, ma anche su quelle connesse ai consumi energetici degli edifici civili e commerciali.

Così, a livello europeo, è stata emanata una direttiva, specificamente dedicata al rendimento energetico dell'edilizia, con cui si mirava ad introdurre l'obbligo di dotare ogni fabbricato di un attestato di certificazione energetica⁸¹. In sostanza, il documento tecnico in questione avrebbe dovuto rappresentare, attraverso l'attribuzione di un determinato classamento, le caratteristiche dell'edificio, dal punto di vista dei consumi necessari per riscaldarlo, illuminarlo e raffreddarlo.

La direttiva imponeva, altresì, che l'attestato fosse reso conoscibile da parte dei potenziali acquirenti o conduttori dell'immobile, che avrebbero potuto, così, rendersi conto di come lo stesso veniva classificato dal punto di vista del risparmio energetico e di quali interventi sarebbero stati necessari per migliorarne le prestazioni. In tal modo, si sarebbe dovuta rendere progressivamente più difficoltosa la circolazione degli immobili classificati come meno efficienti, poiché il mercato, reso più trasparente dalla presenza degli attestati, avrebbe finito per premiare quelli capaci di consentire un maggior risparmio dal punto di vista del consumo energetico.

⁸⁰ Il riferimento è al noto Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997, ratificato dall'Italia con legge 1 giugno 2002, n. 120.

⁸¹ Il riferimento è alla direttiva 2002/91 ed, in particolare, al suo art. 7.

In Italia, dove un meccanismo del genere era stato già ipotizzato da una normativa nazionale mai attuata⁸², la direttiva è stata recepita con una serie di interventi, a livello sia statale che regionale⁸³. Infatti, le materie in cui essa va ad incidere toccano sia ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato⁸⁴, sia altri campi, oggetto di una potestà legislativa concorrente statale e regionale⁸⁵. Pertanto, si è provveduto, in un primo momento, ad un recepimento in sede statale⁸⁶, inserendovi, però, una clausola di cedevolezza, in forza della quale le norme statali, legislative e regolamentari, avrebbero trovato applicazione, solo fino a quando le Regioni non avessero provveduto all'attuazione degli aspetti della direttiva di loro competenza⁸⁷.

Dal momento che, ormai, molte di esse hanno già provveduto, la normativa statale continua ad applicarsi, in tutte le sue parti, solo in quelle Regioni ancora prive di una loro disciplina di attuazione. Invece, alcune parti della norma statale continuano a trovare applicazione in tutte

⁸² Si allude all'art. 30 della legge 9 gennaio 1991, n. 10, che, comunque, riguardava solo il riscaldamento invernale e rinviava a norme successive la certificazione dei consumi attinenti all'illuminazione artificiale ed alla climatizzazione estiva.

⁸³ Naturalmente, i riferimenti che si faranno alle Regioni vanno intesi come relativi anche alle Province Autonome di Trento e Bolzano.

⁸⁴ Come, in primo luogo, la materia dell'ordinamento civile, riservata allo stato dall'art. 117, comma 2, lettera l, Cost., nella quale rientrano gli interventi su aspetti della disciplina contrattuale, implicati dalla direttiva, nonché, ex art. 117, comma 2, lettera s, Cost., la materia della tutela ambientale.

⁸⁵ Sono materie soggette a potestà legislativa concorrente, ex art. 117, comma 3, Cost., il governo del territorio e la produzione dell'energia.

⁸⁶ Con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, corretto e integrato dal decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 311.

⁸⁷ Il riferimento è all'art. 17 del citato decreto legislativo 192 del 2005.

le Regioni, poiché attengono ad aspetti di competenza esclusiva dello Stato. In estrema sintesi, le Regioni possono legiferare sull'obbligo di dotarsi dell'attestato di certificazione energetica, mentre solo lo Stato può intervenire sulle conseguenze civilistiche della sua inottemperanza⁸⁸.

Per quanto ci interessa più direttamente, la prima normativa statale di recepimento ha introdotto un obbligo di allegazione dell'attestato di certificazione energetica agli atti traslativi di immobili, oltre ad un obbligo di messa a disposizione del medesimo in occasione della stipula di contratti di locazione immobiliare⁸⁹. In entrambi i casi, come sanzione era stata originariamente prevista una nullità relativa del contratto stipulato nell'inosservanza di tali obblighi, azionabile dal solo acquirente, o dal solo conduttore⁹⁰. Naturalmente, il campo di applicazione della nullità dipendeva, poi, dalla determinazione di quali immobili dovessero, in effetti, essere dotati dell'attestato, sulla base della legislazione statale e regionale⁹¹.

⁸⁸ Si veda, per ulteriori riferimenti sul quadro normativo statale e regionale, VALERIANI, *Certificazione energetica degli edifici – Il comma 2 ter dell'art. 6 del D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192*, Studio n. 342-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁸⁹ Il riferimento è ai commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 6 del citato decreto legislativo 192 del 2005. La differenza di formulazione fra i due commi dipendeva dal fatto che non tutti i contratti di locazione debbono necessariamente essere stipulati in forma scritta.

⁹⁰ Il riferimento è ai commi 8 e 9 del testo originario dell'art. 15 del citato decreto legislativo 192 del 2005.

⁹¹ In questa sede non ci intratterremo sulla normativa di fonte regionale.

Per quanto attiene alle norme statali, occorre considerare che, in forza del paragrafo 9 dell'allegato 1 al Decreto ministeriale 26 giugno 2009, portante norme regolamentari di attuazione del citato decreto legislativo 192 del 2005, l'attestato può

Si trattava, comunque, di una patologia negoziale riconducibile allo schema delle nullità protettive, su cui ci siamo già soffermati, per cui sarebbero potuti valere per essa i ragionamenti svolti a proposito della possibile convalida di tali invalidità da parte del soggetto protetto⁹². Questa nullità, però, presentava forti somiglianze strutturali con la diversa categoria di ipotesi che si stanno adesso prendendo in considerazione, tutte incentrate su allegazioni o menzioni obbligatorie, nell'ambito della contrattazione immobiliare. Pertanto, in dottrina era stata avanzata anche l'ipotesi di applicarvi, in via analogica, l'istituto della conferma, come disciplinato in materia edilizia⁹³.

Si sarebbe, così, potuto porre il problema di quale delle due forme di sanatoria fosse più adeguata al caso di specie, o di come si dovessero coordinare i due istituti, ove si ipotizzasse una loro convivenza. D'altra parte, prima ancora che gli interpreti potessero concentrarsi sulla questione, gli obblighi di allegazione e la nullità in discorso sono stati aboliti⁹⁴. In effetti, tali previsioni avevano attirato le critiche di parte della dottrina, specie in considerazione delle complicazioni, e, quindi, degli ostacoli alla circolazione dei beni, che si creavano per effetti

essere sostituito da un'autodichiarazione del proprietario dell'immobile, trasmessa agli uffici della Regione territorialmente competente, con la quale egli affermi che l'edificio si colloca nella classe più bassa di rendimento energetico.

⁹² Fanno riferimento alla possibile convalida della nullità protettiva in questione: G. PERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 58-59; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali, cit.*, pp. 459-460; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo, cit.*, pp. 40-41.

⁹³ Cfr. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁹⁴ Per effetto dell'art. 35, comma 3 bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133.

dell'intreccio fra le diverse norme, statali e regionali, tutte in grado di incidere, direttamente o indirettamente, come si è detto, sul campo di applicazione della nullità⁹⁵.

L'esito, però, è stato quello di arrivare ad una situazione in cui l'obbligo di dotarsi dell'attestato rimaneva quasi senza sanzioni⁹⁶, al di fuori di quelle previste da alcune norme regionali, sopravvissute all'intervento abrogativo in parola⁹⁷. Dal momento che contro l'Italia era stata già avviata, in precedenza, una procedura di infrazione per l'incompleto

⁹⁵ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Nullità della compravendita immobiliare per contrarietà a norma regionale: il caso della certificazione energetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 469-478, ed in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, pp. 1441 e segg., il quale parla di un "vero e proprio ginepraio normativo", ed adombra anche profili di incostituzionalità nella possibile incidenza indiretta delle norme regionali sulla nullità contrattuale civilistica.

⁹⁶ Rimane la sanzione pecuniaria, prevista dall'art. 15, comma 7, del citato decreto legislativo 192 del 2005, per il costruttore che non provveda a fornire al committente l'attestato di certificazione energetica del nuovo edificio, contestualmente alla consegna dello stesso.

⁹⁷ Invece, altre norme regionali, che ribadivano la comminatoria di nullità, sono state anch'esse abrogate. Il riferimento è all'art. 33, commi 12 e 13, della legge Reg. Liguria 29 maggio 2007, n. 22, che riproduceva, in sostanza, il testo dell'art. 15, commi 8 e 9, del citato decreto legislativo 192 del 2005. Finché la norma era meramente ripetitiva di una legge statale, la sua illegittimità è rimasta irrilevante, ma il problema si è posto con il ricordato intervento abrogativo, che ha lasciato la legge ligure senza alcuna copertura a livello statale. Pertanto, lo stesso legislatore regionale è dovuto intervenire a rimediare tale evidente vizio di incostituzionalità, con l'art. 3 della legge Reg. Liguria 24 novembre 2008, n. 42, che ha abrogato anche le norme in discorso. Cfr. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali*, cit., pp. 696-698.

Al contrario, non si sono posti problemi per leggi regionali, come quella lombarda o quella piemontese, che prevedevano solo sanzioni di natura amministrativa per l'inottemperanza dell'obbligo di dotare gli edifici del prescritto attestato.

recepimento della direttiva⁹⁸, un siffatto indebolimento dell'impianto della normativa di attuazione non poteva che destare ulteriori perplessità⁹⁹. Sono probabilmente queste le ragioni che hanno indotto il legislatore ad un ulteriore ripensamento sulla questione.

Così, nel 2011, in occasione del recepimento di una diversa direttiva, anch'essa in materia ambientale, sono state inserite, all'interno della legislazione statale sull'efficienza energetica degli edifici, due nuove disposizioni¹⁰⁰. Con esse, da una parte, si è tentato di rimediare ai difetti di attuazione della direttiva di cui sopra, e, dall'altra, si è voluto in parte anticipare il recepimento di un'ulteriore direttiva in materia energetica, nel frattempo emanata a livello comunitario¹⁰¹.

⁹⁸ Il riferimento è alla procedura di infrazione n. 2378 del 2006. Il 26 aprile 2012 la Commissione ha deciso di deferire l'Italia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sembra, quindi, che anche i successivi interventi legislativi non siano apparsi come adeguati a garantire un pieno recepimento della direttiva in questione.

⁹⁹ Come hanno osservato MORANO e ALTAMURA, *La certificazione energetica tra autonomia privata e ordine pubblico*, in *Riv. not.*, 2010, pp. 69 e segg.: “la mancanza di sanzioni espresse per il mancato obbligo di dotazione lo depotenzia gravemente al punto che - senza un nuovo intervento del legislatore - la norma si presta a essere aggirata mediante fasulle dichiarazioni dei contraenti sull'avvenuta dotazione del fabbricato con l'attestato energetico oppure mediante clausole che posticipino la dotazione o addossino all'acquirente un improbabile obbligo di dotazione, con l'immaginabile risultato che niente verrà fatto in seguito”.

¹⁰⁰ Il riferimento è all'art. 13, comma 1, lettera c, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, di attuazione della direttiva 2009/28, in materia di fonti rinnovabili di energia, con cui sono stati inseriti i commi 2 ter e 2 quater nell'art. 6 del citato decreto legislativo 192 del 2005.

¹⁰¹ Il riferimento è alla direttiva 2010/31, di aggiornamento e integrazione della citata direttiva 2002/91, ed, in particolare, agli artt. 12 e 13 del nuovo testo normativo.

Per quanto attiene al primo aspetto, è stato previsto l'obbligo di menzionare, nei contratti di vendita o di locazione immobiliare, l'avvenuta consegna della documentazione attinente alla certificazione energetica¹⁰². Sebbene non sia stato ripristinato espressamente il riferimento alla nullità, diventa possibile sostenere che proprio questa sia tornata ad essere la sanzione per la stipula di un contratto, il cui contenuto si ponga in contrasto con ciò che dispone la norma in discorso¹⁰³.

Se si ritenesse di aderire a tale plausibile impostazione, si potrebbe osservare che la somiglianza con le ipotesi di nullità previste in materia edilizia è probabilmente aumentata¹⁰⁴, rispetto alla precedente formulazione in termini di nullità relativa. Infatti, non emerge più una finalità di protezione nei confronti di un ipotetico contraente debole, ma si impone l'effettuazione di un particolare riferimento documentale, all'interno del testo contrattuale, al fine di impedire la circolazione di

¹⁰² Per effetto del nuovo comma 2 ter dell'art. 6 del citato decreto legislativo 192 del 2005. Questa volta, il legislatore ha usato la stessa formulazione per i contratti di vendita e di locazione, presupponendo, dunque, in maniera inesatta, che essi siano tutti redatti in forma scritta.

¹⁰³ Un'opzione interpretativa opposta è stata, invece, sostenuta dal Consiglio Nazionale del Notariato, con il citato studio di Valeriani. Contrari alla possibilità di ravvisare nell'ipotesi in discorso un caso di nullità anche G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 661 e segg., e ROMOLI, *Brevi considerazioni in tema di certificazione energetica degli edifici – normativa nazionale*, in *Vita not.*, 2011, pp. 151 e segg.

¹⁰⁴ Alla somiglianza fra tutte queste ipotesi di menzioni obbligatorie allude anche GASBARRINI, *Certificazione energetica ed espropriazione forzata*, Studio 12-2011/E del Consiglio Nazionale del Notariato, specie alle note 105 e 106.

beni in condizioni di irregolarità, per i quali tale riferimento è impossibile da fornire.

In altre parole, come non è possibile, con riguardo ad immobili abusivi o non censiti in catasto, procedere alle allegazioni prescritte dalle leggi edilizie o fiscali, così non potrà essere effettuata la nuova menzione, riferita all'attestato di certificazione energetica, con riguardo ad un edificio che, pur dovendo esserne dotato, ne sia, invece, illegalmente privo.

Se questo inquadramento della nuova norma può essere condiviso, allora diviene possibile proporre, ancora una volta, l'applicazione in via analogica dell'istituto della conferma. Si pensi, infatti, al caso di un contratto di vendita avente ad oggetto un immobile, regolarmente dotato del prescritto attestato, che sia stato debitamente messo a disposizione dell'acquirente, omettendo, però, di far menzione di tutto ciò nel testo contrattuale. Parrebbe certamente ragionevole consentire, anche in questo caso, sia all'una che all'altra parte, di sanare il contratto, per mezzo di un successivo atto di conferma, integrativo del riferimento originariamente carente.

Si potrebbe obiettare, come si è visto anche per il certificato di destinazione urbanistica, che consentire anche al venditore una conferma successiva finirebbe per frustrare la finalità informativa, perseguita dalla norma in discorso. Si deve considerare, però, che è proprio la struttura stessa di tutte le normative di questo genere a non poter garantire una piena informazione precontrattuale. Essa costituisce, in effetti, un fine importante, ma secondario, di meccanismi che mirano, in primo luogo, ad ostacolare la circolazione di immobili in condizioni di irregolarità.

Infatti, l'allegazione, o la menzione, obbligatoria interviene solo al momento della stipula dell'atto traslativo, e nulla garantisce che l'informazione, in essa contenuta, arrivi al destinatario già nella fase delle trattative. In particolare, nessun obbligo è previsto per la stipula del contratto preliminare, passaggio non strettamente necessario, ma pressoché immancabile della contrattazione immobiliare.

Pertanto, è perfettamente ammissibile che l'informazione sia fornita all'acquirente solo in una fase in cui questo si è già vincolato, per cui essa non potrà svolgere alcun ruolo nella determinazione della volontà di contrarre, o nella definizione delle condizioni. In un caso del genere, la possibilità di conferma successiva, anche da parte del venditore, nulla toglie alla posizione del compratore. Del resto quest'ultimo, in tali ipotesi, non è un soggetto specificamente protetto dalla comminatoria di nullità, ma è, al pari del venditore, un soggetto le cui possibilità di commerciare determinati beni vengono comprese, per il perseguimento di finalità pubblicistiche superiori.

Da tutto ciò emerge, a nostro avviso, la profonda differenza che intercorre fra queste ipotesi e quelle dei veri obblighi di informazione precontrattuale, previsti da varie norme di protezione, cui si è fatto riferimento nei capitoli precedenti. Pertanto, è logico che nelle particolari ipotesi, in cui un obbligo di informazione precontrattuale sia sanzionato con la nullità protettiva, risulterà ammissibile solo una convalida da parte del soggetto protetto, e non una conferma ad opera della controparte. Al contrario, per le nullità della categoria che si sta delineando in questo capitolo, la conferma ad opera di entrambe le parti ci sembra perfettamente ammissibile.

Nel caso della certificazione energetica, però, non si può certo negare che il momento dell'informazione precontrattuale abbia una sua notevole

rilevanza. Si è detto, infatti, che la prima direttiva europea, nell'introdurre l'attestato, aveva come obiettivo proprio la trasparenza del mercato, allo scopo di orientare progressivamente gli acquisti verso immobili energeticamente efficienti. Si è anche visto che, nella prima normativa di recepimento, si scelse di utilizzare proprio lo strumento della nullità protettiva. Ciò non toglie, però, che oggi il medesimo obiettivo venga, invece, perseguito, direttamente ed indirettamente, attraverso strumenti differenti¹⁰⁵.

Infatti, la norma in esame mira a far sì che tutti gli immobili in cui ciò è necessario siano dotati del prescritto attestato ed, a tal fine, si serve, secondo la nostra ricostruzione, di una nullità, che renda incommerciabili quelli che ne risultino privi. Invece, l'altra norma introdotta nel 2011 riguarda effettivamente la fase precontrattuale. Essa impone, infatti, che le informazioni di cui all'attestato siano rese conoscibili ai potenziali acquirenti, o conduttori, sin dalla fase degli annunci commerciali¹⁰⁶, in genere configurati come meri inviti ad offrire.

Questa è, dunque, la disposizione attraverso cui si raggiunge in maniera diretta lo scopo di influire sulle trattative, favorendo la commercializzazione degli immobili che dispongano di un classamento energetico migliore. Ciò presuppone, però, che tutti gli immobili siano

¹⁰⁵ La normativa comunitaria, infatti, non fornisce alcuna indicazione sul tipo di sanzione civilistica che i legislatori nazionali dovranno utilizzare.

Può essere, però, interessante considerare che, con riferimento alla norma abrogata, GIROLAMI, *op. ult. cit.*, p. 401, aveva avuto modo di esprimere forti perplessità per l'utilizzo di una nullità relativa, in un contesto in cui sono in gioco interessi pubblicistici, molto più che istanze di protezione di una delle parti.

¹⁰⁶ Il riferimento è al nuovo comma 2 quater dell'art. 6 del citato decreto legislativo 192 del 2005.

dotati di attestato, e, quindi, classificati, così da rendere possibile il confronto, il che dimostra l'utilità indiretta della norma precedente.

Le due norme, dunque, sono diverse e differenti saranno, quindi, anche le sanzioni per la loro inottemperanza¹⁰⁷.

Infatti, la carenza della prescritta menzione, come si è detto, dovrebbe dare luogo ad una nullità simile a quella dei vari casi analoghi, che si sono passati in rassegna, e, quindi, sanabile attraverso la conferma, qualora la detta omissione non derivi da alcuna irregolarità sottostante. Invece, l'inadempimento dell'obbligo di informazione vero e proprio, secondo i principi affermati dalle Sezioni Unite¹⁰⁸, non dovrebbe avere conseguenze sulla validità dell'eventuale contratto stipulato all'esito delle trattative, ma potrà far sorgere una responsabilità precontrattuale in capo al venditore o al locatore.

Ancora una volta, dunque, sono emerse la *vis* espansiva della conferma e la sua autonomia da istituti consimili. Peraltro, non sono affatto da escludere ulteriori sviluppi in questo senso, qualora si voglia procedere all'introduzione di un meccanismo di certificazione antisismica degli immobili, modellato su quello che abbiamo visto essere stato elaborato per la materia del risparmio energetico¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Se, invece, si seguisse l'impostazione del notariato, per cui anche quello del comma 2 ter non è altro che un obbligo informativo precontrattuale, incapace di incidere sul piano della validità, si rischierebbe di sovrapporre le due norme introdotte nel 2011, privandole dei propri distinti ambiti applicativi.

¹⁰⁸ Si allude, naturalmente, a Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *cit.*

¹⁰⁹ Nel dibattito che ha seguito i gravi terremoti emiliani del 20 e 29 maggio 2012, è stata, infatti, avanzata anche questa proposta, specie da parte di esponenti di primo piano del Consiglio Nazionale degli Ingegneri.

3.3 Il possibile ruolo della conferma nelle cd. “nullità per inadempimento”

3.3.1 Le nullità in materia di acquisto di immobili in costruzione

Vi è un altro ambito in cui possiamo riscontrare interessanti prospettive di utilizzo della sanatoria per le nullità contrattuali. Anche in questo caso, siamo di fronte ad invalidità strutturate in modo anomalo, rispetto agli schemi codicistici, per effetto di particolari scelte del legislatore.

Si intende alludere a quelle peculiari norme, che hanno impiegato la nullità come sanzione per certe fattispecie di inadempimento di determinate obbligazioni¹¹⁰. Appare subito evidente la distanza fra un’impostazione del genere e quella tradizionale, in base alla quale l’invalidità è un vizio genetico del negozio, mentre le conseguenze dell’inadempimento si collocano sul diverso piano del risarcimento del danno o, eventualmente, della risoluzione del contratto.

Peraltro, la anormalità di queste ipotesi risalta anche nel quadro moderno delle patologie negoziali, per quanto esso si sia evoluto rispetto alle costruzioni che avevano dominato nel recente passato. Infatti, la distinzione fra regole di validità e di comportamento e, quindi, fra sanzioni invalidatorie e risarcitorie, è stata sostanzialmente confermata e

¹¹⁰ Cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, cit., pp. 368 e segg., il quale si interroga sulla effettiva utilità di questo genere di meccanismi.

Per complicare ulteriormente il quadro, possiamo aggiungere che il combinato disposto degli artt. 768 quinquies e 768 sexies c.c. sembra aver dato vita anche ad una sorta di annullabilità per inadempimento, con riguardo al nuovo e problematico istituto del patto di famiglia.

rilanciata dalla recente giurisprudenza delle Sezioni Unite¹¹¹. Di conseguenza, le fattispecie cui stiamo accennando devono essere tuttora considerate come eccezionali¹¹². Ciò nondimeno, i casi in cui il legislatore ha voluto porre in essere questi strani utilizzi della nullità non sono, poi, così rari.

In alcune ipotesi, l'invalidità consegue alla violazione di un obbligo informativo precontrattuale, previsto dalla legge allo scopo di tutelare il contraente considerato più debole¹¹³. Del resto, proprio la presenza di queste norme deve aver indotto un cospicuo filone della giurisprudenza di merito a sostenere, prima del ricordato intervento delle Sezioni Unite, che la nullità potesse costituire, in linea generale, la sanzione della violazione di regole informative, anche in assenza di espressa comminatoria legislativa¹¹⁴.

In altri casi, la nullità appare ancora più svincolata dal momento di formazione del contratto, in quanto essa va a sanzionare i comportamenti volti ad ostacolare l'esercizio del diritto di recesso, riconosciuto al contraente protetto, oppure l'inadempimento delle obbligazioni

¹¹¹ Il riferimento è, ancora una volta, a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, *cit.*, e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *cit.*

¹¹² Cfr. R. NATOLI, *Sul dialogo fra diritto civile e diritto dei mercati finanziari in punto di regole di validità e regole di responsabilità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, *cit.*, p. 441, il quale parla di "impossibilità di rispondere con l'invalidità a un inadempimento". Sostanzialmente conforme anche l'opinione di M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e la responsabilità di banche e Consob*, Milano, 2009, p. 53.

¹¹³ Si possono ricordare l'art. 30, comma 7, TUF, e l'art. 52 cod. cons.

¹¹⁴ Cfr., ad esempio, Trib. Mantova, 1 dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 614, e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 618, con nota di ROPPO.

restitutorie, nascenti da detto esercizio¹¹⁵. Si tratta, con ogni evidenza, di situazioni lontanissime da quelle in cui, solitamente, si incontravano ipotesi di invalidità.

Le fattispecie che, in questa sede, ci interessano maggiormente sono, però, altre. Infatti, in alcune ipotesi, la nullità è stata utilizzata direttamente come sanzione per l'inadempimento di un'obbligazione derivante dal contratto. In particolare, ciò è accaduto nelle normative di tutela degli acquirenti di immobili in costruzione.

Anche in questo caso, abbiamo a che fare con interventi legislativi chiaramente finalizzati alla protezione di un contraente considerato più debole. Può, infatti, essere considerato strutturalmente debole chi acquista un immobile non ancora ultimato, versando anticipatamente alla controparte un acconto sul prezzo, ed assumendosi così un notevole margine di rischio, per il caso in cui la costruzione non venga mai terminata. Si tratta, come è noto, di operazioni negoziali ampiamente diffuse nel mercato immobiliare, che costituiscono, in sostanza, delle forme di finanziamento, diretto ed indiretto, delle imprese di costruzione¹¹⁶.

¹¹⁵ Il riferimento è all'art. 67 septies decies, comma 4, cod. cons., che riproduce l'art. 16, comma 4, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, di attuazione della direttiva 2002/65 in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. In ogni caso, è opportuno sottolineare che la direttiva europea non imponeva affatto al legislatore italiano l'utilizzo di questa particolare sanzione. Cfr. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 1469 e segg.

¹¹⁶ D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 911 e segg., ravvisa nei contratti in questione una causa mista, di scambio e di finanziamento. Infatti, si ha un finanziamento in via diretta, dato che

Il problema è che, qualora sopravvenga una situazione di insolvenza, o comunque di crisi, dell'impresa finanziata, il soggetto finanziatore rischia di perdere tutto. Infatti, egli non potrà ottenere né l'immobile, se non è ancora venuto ad esistenza, né la restituzione degli acconti, se il costruttore non è più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni. Peraltro, se, come accade nella maggior parte dei casi, la contrattazione in questione si è svolta nelle forme di un preliminare non trascritto, nulla può impedire che il costruttore in difficoltà proceda ad operazioni truffaldine, volte ad alienare l'immobile a terzi ad un prezzo migliore¹¹⁷.

Il legislatore è, dunque, intervenuto per tentare di porre rimedio a questa situazione, con un'operazione di integrazione eteronoma del regolamento contrattuale¹¹⁸. Così, traendo spunto anche da esperienze straniere¹¹⁹, si è inserita, fra le obbligazioni nascenti in capo al

l'imprenditore può coprire parte dei costi della costruzione con gli acconti ricevuti, mentre, in via indiretta, la certezza di aver bloccato l'affare rende molto più agevole l'accesso al credito bancario.

¹¹⁷ Come è noto, l'istituto della trascrizione del preliminare, di cui all'art. 2645 bis c.c., inserito dall'art. 3 del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con legge 28 febbraio 1997, n. 30, ha trovato scarsa applicazione nella prassi. Le motivazioni che spinsero il legislatore a prevedere tale meccanismo sono, in buona parte, le stesse che sono state alla base dei successivi interventi di tutela degli acquirenti di immobili in costruzione, di cui si dirà nel prosieguo.

¹¹⁸ Cfr. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 622.

¹¹⁹ Il punto di riferimento principale è stato rappresentato dalla normativa francese, contenuta nel *Code de la construction et de la habitation*, oltre che nel *Code de la Consommation*.

Per un confronto critico fra la normativa italiana e quelle francese, tedesca e spagnola in materia, cfr. CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Napoli, 2010, pp. 118-126.

costruttore da contratti di questo genere, quella di procurare all'acquirente un'adeguata fideiussione, per il caso di crisi dell'impresa.

Il primo intervento in tal senso ha riguardato la disciplina settoriale di un particolare tipo di contratti, quelli relativi all'acquisto di diritti di multiproprietà su immobili in costruzione, da parte di soggetti qualificabili come consumatori¹²⁰. In seguito, però, un meccanismo del genere, anche se con la previsione di una copertura fideiussoria più limitata, è stato generalizzato ad ogni ipotesi contrattuale avente ad oggetto il commercio di immobili da costruire¹²¹, anche con acquirenti non consumatori, purché persone fisiche¹²².

¹²⁰ Il riferimento è alla norma introdotta, in attuazione della direttiva 94/47, anche se per scelta autonoma del legislatore italiano, con l'art. 7 del decreto legislativo 9 novembre 1998, n. 427, poi trasfuso nell'art. 76 del Codice del Consumo (oggi art. 72 bis, per effetto delle modifiche apportate a detto codice dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, recante il cd. Codice del Turismo), in forza del quale il venditore è tenuto prestare idonea fideiussione a garanzia dell'ultimazione dei lavori.

¹²¹ Cfr. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2008, pp. 423 e segg., fa riferimento, oltre che ai contratti preliminari, anche a quelli di vendita di edificio futuro, di *leasing* di immobile da costruire, di permuta di suolo contro appartamenti da costruire, di appalto per la costruzione di un edificio su suolo dell'appaltatore.

¹²² Il riferimento è all'art. 2 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, in forza del quale il costruttore è tenuto a prestare idonea fideiussione per la restituzione degli acconti versati. In questo caso, dunque, la tutela è più limitata, in quanto non si garantisce l'ultimazione dei lavori, che consentirebbe al promissario acquirente di ottenere il bene della vira cui aspira. Infatti, la norma mira unicamente a limitare i danni, per i casi in cui l'impresa costruttrice non sia neppure in grado di restituire quanto abbia anticipatamente ricevuto.

Naturalmente, le parti potrebbero accordarsi per prevedere il rilascio di ulteriori garanzie, ma, considerati i relativi rapporti di forza, è piuttosto improbabile che ciò

Nell'immediato, una norma del genere comporta un ulteriore aggravio della posizione dell'acquirente, dal momento che, com'è naturale, il costo della fideiussione, obbligatoriamente procuratagli dal costruttore, verrà traslato sul prezzo sull'immobile¹²³. Nel medio periodo, però, la posizione degli acquirenti dovrebbe essere avvantaggiata dal nuovo assetto del mercato immobiliare conseguente all'introduzione di tale meccanismo.

Da una parte, infatti, l'acquirente, grazie alla prestazione della garanzia, avrà almeno la sicurezza di poter recuperare il valore degli acconti versati, anche in caso di totale insolvenza del costruttore. In tal modo, si dovrebbe attenuare quella condizione di inferiorità, che abbiamo visto caratterizzare la posizione del promissario acquirente. Ad esempio, potranno aumentare le possibilità di agire contro il costruttore, magari per gli eventuali ritardi nei lavori, in quanto avrebbe minore rilevanza il timore di provocare, o di accelerare, la crisi dell'impresa, di cui, in mancanza della garanzia, l'acquirente sarebbe stato la prima vittima.

Dall'altra parte, la necessità di procurare le fideiussioni, dotate dei requisiti prescritti dalla legge, finirà per espellere dal mercato quelle

possa accadere: cfr. MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 112.

¹²³ Il fenomeno economico in questione era ben noto agli autori della nuova normativa: basti considerare quanto riferito nel corso dei lavori parlamentari della legge di delega del 2 agosto 2004, n. 210, da cui sarebbe nato il citato decreto legislativo 122 del 2005, quando si evidenziava che il prospettato obbligo di fideiussione "*incontra il favore dell'associazione bancaria italiana ... ed un atteggiamento neutrale degli imprenditori*", poiché si finirà "*per scaricare sui prezzi il costo delle fideiussioni*", così da "*gravare comunque sugli acquirenti*" (intervento del Senatore A. Caruso, seduta n. 285 del 13 novembre 2003).

imprese costruttrici di piccole o piccolissime dimensioni, che non possano essere considerate abbastanza solide per farsele rilasciare dai soggetti autorizzati¹²⁴. Pertanto, si ridurranno anche le stesse situazioni di crisi di impresa nel settore in questione, dato che esse riguardano, tendenzialmente, proprio gli operatori meno solidi. Se, invece, le imprese costruttrici vorranno evitare di dover procurare la fideiussione, esse dovranno anche rinunciare alla dazione anticipata degli acconti, utilizzando, al loro posto, per bloccare l'affare e per finanziarsi, strumenti alternativi, meno pericolosi per gli acquirenti¹²⁵.

Naturalmente, tutto ciò presuppone che la nuova norma venga effettivamente applicata ed assume, quindi, primaria importanza il problema della sanzione prescelta dal legislatore. Come si accennava, la conseguenza, per il mancato adempimento di questa obbligazione, è stata individuata, appunto, in una nullità di protezione.

¹²⁴ Ai sensi dell'art. 3 del citato decreto legislativo 122 del 2005, la fideiussione deve essere prestata da una banca, da un'assicurazione o da un intermediario finanziario iscritto nel registro speciale di cui all'art. 107 TUB.

Cfr. TONDO, *Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 1249 e segg., il quale evidenzia come, fra gli scopi del decreto in commento, vi sia stato anche quello di restringere l'accesso al mercato delle vendite di immobili in costruzione alle sole imprese finanziariamente più solide.

¹²⁵ ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Milano, 2006, pp. 118 e segg., propone, infatti, di sostituire il pagamento degli acconti con un loro versamento su un conto vincolato con funzione cauzionale. Quanto alla funzione finanziaria, secondo l'autore, gli acconti potrebbero essere surrogati da un accorto utilizzo del finanziamento destinato ad uno specifico affare di cui al nuovo art. 2447 decies c.c.

Si tratta di una scelta che ha sollevato non poche perplessità, specie con riguardo alla reale efficacia di una siffatta sanzione nei confronti dei costruttori inadempienti¹²⁶. Infatti, in seguito al pagamento degli acconti, il soggetto interessato al mantenimento della vincolatività del contratto non è il costruttore, che anzi potrebbe tentare di liberarsene per vendere a terzi disposti a pagare di più, ma è proprio il promissario acquirente¹²⁷. Egli, dunque, ricaverà ben pochi vantaggi dalla possibilità di azionare la nullità introdotta in suo favore dal legislatore. Pertanto, dato che la minaccia di azionare tale invalidità costituisce l'unico elemento che dovrebbe indurre il costruttore a procurare la fideiussione legalmente imposta, ben si comprende quanto possa essere facile sottrarsi a tale obbligazione.

Così, in molti casi, le parti finiranno per essere concordi nel voler evitare la fideiussione e, soprattutto, i relativi costi. Peraltro, la nuova norma non ha reso necessario l'intervento del notaio in sede di contrattazione preliminare¹²⁸. Di conseguenza, in molti casi, resta esclusa anche la possibilità che le attività di controllo sulla legalità degli atti, e comunque di informazione e consulenza alle parti, che potrebbero essere svolte al pubblico ufficiale, rendano più effettivo il rispetto della norma in esame. Le fattispecie concrete di nullità contrattuale derivante dall'inottemperanza delle prescrizioni in commento rischiano, quindi, di

¹²⁶ Cfr. PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 101 e segg.

¹²⁷ Come evidenza, con molta nettezza, D'ARRIGO, *op. loc. citt.*

¹²⁸ Al contrario, gli artt. L 261-10 e L 261-11 del già ricordato *Code de la construction et de l'habitation*, richiedono, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico notarile, per ogni contratto in materia immobiliare, che comporti l'obbligo per l'acquirente di effettuare versamenti o depositi prima dell'ultimazione della costruzione

essere piuttosto numerose, come sembra emergere anche dalle prime rilevazioni sul punto¹²⁹.

Peraltro, una serie di ulteriori ipotesi di nullità deriverà dalla prestazione di fideiussioni improprie, cioè inadeguate a soddisfare i requisiti imposti dalla nuova normativa. Infatti, è probabile che, per ridurre i costi, le parti, specie in contratti stipulati al di fuori di un contesto notarile, tenderanno spesso di utilizzare questo genere di mezzi. Ebbene, anche in casi del genere il costruttore risulterà inadempiente, non avendo fornito la copertura imposta dalla legge, per cui dovrà trovare applicazione la medesima sanzione prevista per la radicale assenza della fideiussione. La norma, infatti, ricollega la nullità non all'assenza di qualunque copertura,

¹²⁹ Si considerino gli interessanti dati segnalati da TIMPANO, *La rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente di immobili da costruire*, in *Clausole a rischio di nullità*, cit., pp. 61-62, nt. 4, con riferimento al Fondo di solidarietà, istituito presso il Ministero dell'Economia dagli artt. 12 e segg. del citato decreto legislativo 122 del 2005, per offrire un indennizzo agli acquirenti di immobili in costruzione rimasti vittime di situazioni di crisi dell'impresa costruttrice precedenti all'entrata in vigore della nuova normativa. Il Fondo in discorso viene alimentato da un contributo del cinque per mille sull'importo di ciascuna fideiussione obbligatoria, ai sensi dell'art. 17 del predetto decreto.

Però, secondo i dati diffusi da Consap S.p.A., che lo gestisce, il Fondo ha incamerato somme notevolmente inferiori a quelle che sarebbe stato lecito attendersi, in base al volume delle transazioni immobiliari concluse nel medesimo periodo. Ciò dimostra, quindi, che nella maggiore parte dei casi non è stata prestata alcuna fideiussione.

Un ulteriore indizio della scarsa applicazione concreta che la nuova normativa ha conosciuto si può trarre anche dalla relativa rarità di pronunciamenti giurisprudenziali sul punto.

ma, appunto, all'assenza di una fideiussione dotata dei requisiti legali¹³⁰.

Non sembra, invece, possibile applicare analogicamente la nullità per inadempimento all'inottemperanza di altre obbligazioni strutturalmente simili, poste in capo al costruttore dalla medesima legge. Infatti, si è visto che, anche nel moderno assetto delle patologie contrattuali, un meccanismo del genere continua a risultare eccezionale¹³¹.

In ogni caso, sembra chiaro che l'applicazione della nuova normativa finirà per far considerare invalidi buona parte dei contratti stipulati nel settore in cui essa trova applicazione. Non si può negare che, in molti casi, la relatività della legittimazione, ed il sostanziale disinteresse del singolo acquirente per la garanzia fideiussoria, faranno sì che il problema non si ponga. Ciò nondimeno, resta il fatto che la prospettiva di una situazione in cui la maggior parte dei contratti relativi alla circolazione immobiliare è a rischio di nullità appare indubbiamente preoccupante. Pertanto, il problema della eventuale sanabilità di tali invalidità assume una notevole rilevanza.

¹³⁰ Si pensi, ad esempio, a fideiussioni prestate da soggetti diversi da quelli autorizzati, o con una durata temporale inferiore a quella prescritta, oppure prive della prescritta rinuncia al beneficio di escussione, oppure ancora poste a copertura di valori inferiori a quelli effettivamente versati. Quest'ultima ipotesi dovrebbe ricorrere in tutti i casi in cui almeno una parte dell'acconto sia versata "in nero". Cfr. BARALIS, *Considerazioni sparse, cit.*, pp. 736 e segg.

¹³¹ Cfr. GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 106, con riferimento all'obbligo, posto in capo al costruttore dall'art. 4 del citato decreto legislativo 122 del 2005, di procurare all'acquirente una polizza assicurativa, a copertura dei danni all'immobile e delle responsabilità ex art. 1669 c.c.

In effetti, la struttura delle nullità in esame fa sì che, con riguardo ad essa, possano operare differenti meccanismi di sanatoria.

Innanzitutto, abbiamo visto che si tratta di una nullità relativa, caratterizzata da finalità protettive, per cui, se si condivide quanto esposto nel capitolo precedente, non dovrebbe essere esclusa la possibilità di riconoscere valore di convalida a determinate dichiarazioni o condotte del soggetto protetto, su cui ci siamo già soffermati. Al tempo stesso, come per le altre nullità protettive, dovrà essere esclusa la validità di una rinuncia preventiva all'azione di nullità per carenza della fideiussione¹³².

L'invalidità in esame presenta, però, anche dei punti di contatto con quelle ipotesi di nullità formale, che abbiamo visto ricorrere con riferimento ad altri aspetti della circolazione immobiliare. Infatti, la normativa in commento prevede espressamente, oltre all'obbligo di procurare la fideiussione, anche quello di farne menzione nel contratto. Pertanto, anche in questa ipotesi, potrà aversi il caso di un contratto regolarmente stipulato, con la prestazione della dovuta fideiussione, ma con l'omissione della menzione.

¹³² Cfr. TIMPANO, *op. cit.*, pp. 70 e segg., il quale considera invalide tutte le rinunzie, sia preventive che successive. *Contra*, PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 319 e segg., che ritiene ammissibile ogni ipotesi di rinuncia, anche preventiva.

Sull'opportunità di regolare diversamente le due ipotesi si rinvia, invece, al secondo capitolo di questo studio. Con specifico riferimento alle nullità in materia di immobili in costruzione, cfr. DELLE MONACHE, *op. cit.*, pp. 625 e segg., e CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009, pp. 248 e segg.

Potrà apparire, quindi, ancora una volta, ragionevole proporre l'applicazione in via analogica di quel meccanismo di conferma, che abbiamo già visto operare in vari altri ambiti. Ciascuno dei due contraenti potrà, quindi, procedere, anche unilateralmente, ad un successivo atto di integrazione, che dia atto dell'esistenza della fideiussione già regolarmente prestata al momento della stipula del contratto originario¹³³.

Dovrebbero emergere, a questo punto, con una certa chiarezza, le differenze fra le due fattispecie sananti segnalate. Infatti, solo

¹³³ Cfr., per la fideiussione prevista in materia di multiproprietà, MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili, le linee di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 1999, p. 69; BULGARELLI, *Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 535 e segg.; GUERINONI, *I contratti del consumatore*, cit., p. 52. *Contra*, VINCENTI, *Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c.d. multiproprietà*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 75; PASTORE e RE, *La multiproprietà: problemi e prospettive*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 841 e segg., i quali ritengono che il contratto rimarrebbe, comunque, nullo, anche in caso di successiva comunicazione integrativa.

Per la nuova normativa sugli immobili in costruzione, di cui al citato decreto legislativo 122 del 2005, cfr. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 53-54.

Altri autori tendono a non affrontare questo aspetto del problema in maniera diretta, in quanto l'obbligo di menzione non è sancito dall'art. 2, che prevede la sanzione della nullità relativa, ma dall'art. 6, che non si esprime sulle conseguenze della sua violazione. Si potrebbe, quindi, anche ritenere che, nell'ipotesi in esame, il contratto sia valido (cfr. TICOZZI, *Contenuto del contratto preliminare*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, p. 137). In ogni caso, qualora si dovesse, invece, propendere per la nullità (cfr. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, pp. 258 e segg.), sembrerebbe *a fortiori* ragionevole considerarla, comunque, sanabile per mezzo della conferma.

l'acquirente protetto sarà legittimato a procedere ad una eventuale convalida del contratto in cui la fideiussione manchi. Al contrario, la conferma di un contratto in cui la fideiussione sussista, e manchi soltanto la relativa menzione testuale, potrà aver luogo anche ad opera del solo venditore, oltre che, ovviamente, dello stesso acquirente.

La particolare struttura della nullità in esame consente, però, di proporre anche ulteriori forme di sanatoria. Si è visto, infatti, che essa si caratterizza per essere stata prevista come anomala sanzione per un'ipotesi di inadempimento contrattuale. Sembra, quindi, sostenibile che tale anomalia strutturale si ripercuota anche sulle modalità di recupero del contratto. Ne deriva che da vicende di adempimento tardivo, o di estinzione dell'interesse all'adempimento stesso, potranno anche conseguire effetti di sanatoria dell'invalidità contrattuale.

A prima vista, questa potrebbe sembrare una conclusione assurda, totalmente contraria alle regole della patologia negoziale. Il punto è, però, che tali regole sono già state violate dal legislatore, che ha introdotto la nullità per inadempimento, per cui queste ulteriori violazioni non sono che naturali conseguenze delle prime. La logica del sistema è stata, dunque, già compromessa, da scelte fatte a livello normativo, e queste ulteriori infrazioni servono solo ad evitare esiti palesemente irragionevoli, che deriverebbero, come si dirà subito, da una forzata convivenza fra la nullità per inadempimento e la pretesa impossibilità di una sanatoria per adempimento.

Il primo caso da considerare è, dunque, quello di un venditore che non abbia procurato la fideiussione al momento della stipula del contratto, ma vi provveda successivamente. Naturalmente, l'ipotesi che ci interessa è quella in cui ciò avvenga prima che l'assenza della fideiussione possa aver arrecato pregiudizio alla posizione dell'acquirente. Con ogni

probabilità, se al contratto in esame si applicassero i principi generali e non le regole della legge speciale, il compratore potrebbe, in astratto, pretendere la risoluzione per inadempimento del contratto, ma questa, in concreto, gli verrebbe negata, in considerazione della scarsa importanza dell'inadempimento stesso¹³⁴. Nel nostro caso, invece, non possiamo ragionare in questi termini, ma possiamo pervenire ad una conclusione simile, ammettendo una valenza sanante dell'adempimento tardivo.

Sembra, in effetti, impossibile negare che, qualora il compratore accetti detto adempimento e si formi, quindi, in sostanza, un nuovo accordo, tutto ciò finisca per eliminare ogni conseguenza dell'originaria invalidità¹³⁵. Questa è la vicenda che si svolgerà nella maggior parte dei casi, in quanto abbiamo visto che l'interesse dell'acquirente dovrebbe essere quello di consolidare e mantenere il rapporto contrattuale, e non certo quello di metterlo nel nulla.

Si può, però, andare oltre, ritenendo sufficiente l'atto unilaterale del venditore, anche nell'eventualità in cui il compratore manifesti una volontà contraria al recupero del contratto, o comunque non manifesti la sua adesione¹³⁶. Infatti, se l'adempimento tardivo è veramente giunto in

¹³⁴ Il riferimento è, naturalmente, all'art. 1455 c.c.

¹³⁵ Cfr. BULGARELLI, *op. loc. citt.*, per la multiproprietà, nonché DE NOVA (a cura di) *L'acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 16, BARALIS, *op. cit.*, p. 738, e LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, cit., p. 51, per la nuova normativa sugli immobili in costruzione.

¹³⁶ Cfr. SICCHIERO, *op. cit.*, pp. 392-393; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., pp. 185-186; MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.*

un momento in cui l'originaria carenza di copertura non abbia ancora cagionato alcun pregiudizio all'interesse del soggetto protetto, allora la sua pretesa di mettere, comunque, nel nulla il rapporto apparirà come un'operazione abusiva.

Come si è visto, lo scopo della norma sull'obbligo di fideiussione è di procurare una copertura adeguata, per il caso di crisi di impresa, e tale scopo risulta pienamente raggiunto anche nell'ipotesi di un adempimento successivo alla stipula, purché anteriore a qualunque segnale di una possibile incombente insolvenza. Pertanto, in una situazione del genere, l'acquirente che volesse azionare la nullità, lo farebbe evidentemente per scopi opportunistici, che non hanno niente a che fare con le finalità protettive, proprie della norma in commento.

Sembra, così, possibile delineare una ulteriore modalità di conferma unilaterale, da parte del venditore, simile a quella, riferita all'aspetto formale della menzione, cui si è fatto cenno sopra¹³⁷, ma da essa distinta. Infatti, nel caso ora in esame, il contratto originario era irregolare anche nella sostanza, poiché la fideiussione prescritta non era stata effettivamente procurata. Di conseguenza, nel nostro caso, l'atto di conferma non potrà contenere soltanto un'integrazione formale, ma dovrà dare atto che ha avuto luogo l'adempimento sostanziale tardivo, e,

lgs. 122/2005 e prospettive, cit., pp. 109 e segg.; PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 214 e 221-222; DELLE MONACHE, *op. cit.*, pp. 633-634.

GALBUSERA, *op. cit.*, p. 95, ritiene inammissibile una convalida della nullità in esame da parte dell'acquirente e, quindi, esclude ogni rilevanza del suo eventuale consenso al rilascio tardivo della fideiussione da parte del venditore, cui riconosce, comunque, valore di elemento impeditivo dell'azione in nullità.

¹³⁷ Cfr. G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 59.

quindi, menzionare gli estremi di una fideiussione che, al momento della stipula dell'originario negozio, non esisteva.

Con riguardo alla diversa materia delle nullità edilizie, un'operazione del genere sarebbe inammissibile, dato che, in quell'ambito, l'originaria irregolarità sostanziale preclude ogni possibilità di conferma. Il diverso regime che si propone per le ipotesi in discorso appare, però, pienamente coerente con la diversa natura degli interessi sottostanti. Infatti, in materia edilizia viene in rilievo l'interesse pubblico alla repressione del commercio di immobili abusivi, che non può tollerare sanatorie contrattuali, al di fuori dei casi in cui la nullità si collochi su di un piano meramente formale. Qui, invece, abbiamo a che fare soltanto con una modalità particolare di tutela dell'interesse di una parte contrattuale all'adempimento di una specifica obbligazione. Pertanto, qualora tale interesse sia soddisfatto da un adempimento ancora utile, benché tardivo, non rimane più alcuna ragione meritevole di tutela per negare la sanabilità.

Del resto, appare chiaro che una possibilità di sanatoria, strutturata in questi termini, può costituire un incentivo, per il venditore, a procedere all'adempimento tardivo, finché è ancora possibile. Infatti, il promissario acquirente avrà modo di utilizzare la minaccia della nullità, al fine di premere per un successivo rilascio della fideiussione originariamente mancante, o per un adeguamento della fideiussione originariamente inidonea. Da parte sua, il venditore potrà essere indotto a procedere a tale adempimento, senza il timore che, in seguito, si possa ugualmente mettere nel nulla il contratto.

Al contrario, in mancanza di un effetto sanante, una fideiussione successiva rappresenterebbe per il venditore solo un costo inutile, che non lo porrebbe, comunque, al riparo da eventuali manovre abusive di

controparte. Pertanto, diventerebbe, paradossalmente, nell'interesse di tutti lasciare la situazione così come era, al momento della stipula dell'originario contratto difettoso, e, data l'assenza di sanzioni pubblicistiche, non si vede per quale altra ragione i contraenti dovrebbero indursi ad agire diversamente.

In sostanza, l'interpretazione apparentemente più rigorosa, cioè quella che nega la confermabilità successiva, finisce per generare, sul piano pratico, una situazione in cui la norma viene completamente disapplicata, da tutte le parti contrattuali. Invece, la sanabilità contribuisce alla realizzazione delle finalità della nuova normativa, che è quella di far sì che la fideiussione venga prestata in tempo utile, e non di mettere nel nulla tutta una serie di rapporti negoziali, che, in sé, non hanno niente di riprovevole dal punto di vista dell'ordinamento.

Un ragionamento simile a quello svolto con riferimento all'adempimento tardivo può essere, poi, condotto anche con riguardo ad una ulteriore fattispecie.

Occorre, infatti, prendere in considerazione quell'ipotesi che dovrebbe risultare la più normale e frequente nella prassi. Si vuole alludere all'eventualità in cui, nonostante l'assenza della fideiussione, si arrivi, comunque, al completamento dell'immobile, alla sua accettazione da parte del promissario acquirente e, quindi, al suo definitivo trasferimento in proprietà dello stesso.

In un contesto del genere, non essendosi mai manifestata l'eventualità di una crisi di impresa, la fideiussione non avrebbe potuto svolgere alcun ruolo. Ciò nonostante, l'acquirente ha certamente il diritto, finché la vicenda non si sia completata, di prospettare un'eventuale azione di nullità, per ottenere il rilascio tardivo della fideiussione, in modo da

rafforzare la propria posizione e da mettersi al riparo da sgradevoli sviluppi che potrebbero, comunque, presentarsi in seguito. Si è già visto che, ammettendo l'effetto sanante dell'adempimento successivo, aumentano considerevolmente le probabilità che questo abbia luogo.

Resta, però, il dubbio se sia possibile invocare la nullità anche dopo il completamento della vicenda sopra descritta. Da un punto di vista strettamente formalistico, il contratto nullo dovrebbe rimanere tale a prescindere dalle successive vicende ed, in questo caso, è fuori discussione che la fideiussione non è stata e non sarà mai rilasciata.

D'altra parte, anche in questo caso, una eventuale azione in nullità potrebbe essere esperita solo per finalità abusive e distorte, dato che l'interesse protetto dalla legge è stato già completamente soddisfatto.

Del resto, la stessa lettera della norma, nel delineare le caratteristiche della fideiussione obbligatoria, precisa che la stessa cesserà di avere efficacia con il trasferimento dell'immobile completato¹³⁸. Pertanto, in questo momento, viene meno ogni interesse all'adempimento dell'obbligo di procurare la garanzia e si estingue, dunque, l'obbligazione in discorso. Di nuovo, può essere utile il paragone con l'azione di risoluzione contrattuale per inadempimento, che non sarebbe esperibile con riguardo ad un'obbligazione già estinta, della quale, quindi, non può aversi l'inadempimento.

Risulta, quindi, ragionevole concludere che, allo stesso modo, venga meno anche la nullità, che sanzionava l'inadempimento in questione¹³⁹.

¹³⁸ Come dispone l'art. 3, comma 7, del citato decreto legislativo 122 del 2005.

¹³⁹ Per la multiproprietà, cfr. PASTORE e RE, *op. loc. cit.*, e GORGONI, *Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità*, in *Persona e mercato*, 2012, 1, p. 48, nt. 85. Per la nuova normativa sugli immobili in costruzione, cfr. PAOLINI e

Così, si dovrebbe riuscire ad evitare che le ricorrenti ipotesi di nullità delle contrattazioni preliminari, connesse alla diffusa inottemperanza dell'obbligo di fideiussione, possano avere un effetto troppo destabilizzante sulla circolazione dei beni immobili.

Si può, dunque, constatare che l'analisi degli orientamenti dottrinali relativi a queste peculiari ipotesi di nullità per inadempimento, ha fatto, ancora una volta, emergere la profonda crisi in cui versa il dogma dell'insanabilità.

Abbiamo visto, infatti, che è ragionevolmente possibile prospettare ben quattro diverse forme di sanatoria di questa nullità: la convalida, da parte del soggetto protetto, due diverse forme di conferma, ad opera della sua controparte, ed, infine, un'ulteriore sanatoria, connessa all'estinzione dell'obbligazione di procurare la fideiussione.

3.3.2 La nullità per omessa registrazione dei contratti di locazione

Alcune delle tesi dottrinali che si sono analizzate, con riferimento alla sanabilità delle nullità per mancata prestazione della prescritta garanzia fideiussoria, possono trovare un significativo riscontro, giurisprudenziale e normativo, in un diverso ambito, solo apparentemente distante.

RUTOLO, *Alcuni aspetti problematici del decreto legislativo in tema di acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, pp. 887 e segg.; BARALIS, *op. cit.*, p. 737; PAGLIETTI, *op. cit.*, pp. 117-118; DELLE MONACHE, *op. cit.*, pp. 632-633; FERRUCCI, FERRENTINO e AMORESANO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, p. 178, nt. 65, LENZI, *op. ult. cit.*, p. 49.

Vi è, infatti, almeno un'altra ipotesi in cui si è posto il problema della eventuale valenza sanante dell'adempimento tardivo, avendo il legislatore nuovamente utilizzato la nullità come anomala sanzione per l'inadempimento di un'obbligazione.

A differenza dei casi ai quali si è fatto cenno nel precedente paragrafo, la nullità, di cui intendiamo adesso trattare, deriva, però, dall'inadempimento di un'obbligazione che ha natura non contrattuale, o precontrattuale, bensì tributaria. Già questa prima indicazione dovrebbe essere significativa circa la anomalia di tale invalidità, rispetto ai parametri consueti per il nostro ordinamento.

Infatti, è sempre stato considerato vigente un principio di tendenziale non interferenza fra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti. Così, si esclude che la finalità elusiva, ovvero di frode al fisco, possa integrare gli estremi della frode alla legge e comportare, quindi, la nullità dei negozi che la realizzino¹⁴⁰. Anche se alcune recenti pronunzie sembrano aver raggiunto esiti parzialmente diversi, attraverso l'utilizzo del controllo di meritevolezza sulla causa in concreto¹⁴¹, sembra che un principio del genere debba considerarsi

¹⁴⁰ Cfr., *ex multis*, FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914, p. 23; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 192; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 435 e segg.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, pp. 43 e segg.; BARBA, *op. cit.*, p. 972. Nella giurisprudenza recente, cfr. Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 4.

¹⁴¹ Il riferimento è alla discussa giurisprudenza sul cd. *dividend washing* (cfr. Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. it.*, 2007, p. 867). In dottrina una posizione favorevole alla configurabilità di una nullità per elusione fiscale è stata espressa da ALBANESE, *op. ult. cit.*, pp. 260-277.

tuttora valido, e riconosciuto dalla stessa normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale¹⁴².

Sui medesimi assunti si era basata, sino ad ora, anche l'impostazione del problema che più specificamente ci interessa, cioè quello delle conseguenze del mancato pagamento di tributi che si riconnettono in maniera diretta alla stipulazione dei contratti, come, tipicamente, l'imposta di registro. Infatti, non si era mai sostenuto che tali forme di evasione fiscale potessero comportare una invalidità sostanziale dei negozi in questione, ed, in passato, i tentativi di introdurre in via legislativa un meccanismo del genere erano abortiti, dopo essere stati fieramente avversati in dottrina¹⁴³.

L'unico episodio di esplicita deroga a tale principio si ebbe nell'ambito della legislazione emergenziale del periodo bellico¹⁴⁴, con una norma

¹⁴² In base all'art. 37 bis, aggiunto al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dall'art. 7 del decreto legislativo 8 ottobre 1997, n. 358, gli atti elusivi sono inopponibili all'amministrazione finanziaria, per cui da essi non potranno derivare vantaggi sul piano fiscale. Ciò non significa, però, che essi siano anche nulli *inter partes*.

¹⁴³ Il riferimento è alle vicende del progetto di legge presentato dal ministro Minghetti il 27 novembre 1873, che venne respinto dal voto della Camera il 24 maggio 1874, nonché a quello presentato dal Meda il 12 luglio 1918, anch'esso respinto in sede parlamentare.

A proposito del progetto Minghetti si veda la veemente critica di GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, in *Mon. Trib.*, 1874. Un'opinione più favorevole venne, invece, manifestata da SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forma prescritte dalla legge*, in *Legge*, 1874, pp. 121 e segg.

¹⁴⁴ Sull'importanza storica della legislazione di guerra, come momento in cui, sulla spinta dell'emergenza, furono messe in discussione molte costruzioni civilistiche sino ad allora egemoni e si posero le basi per alcuni successivi rilevanti sviluppi, si

che comminava la nullità delle compravendite e delle promesse di vendita che non fossero state registrate nei termini di legge¹⁴⁵. La norma fu subito abrogata, poco prima della cessazione delle ostilità¹⁴⁶, ma ebbe modo di suscitare un dibattito dottrinario¹⁴⁷, che può risultare tuttora di un qualche interesse. Infatti, si pose il problema se l'abrogazione potesse comportare anche una sanatoria degli atti invalidamente stipulati nel periodo di vigenza della ricordata comminatoria di nullità.

La soluzione affermativa avrebbe avuto, indubbiamente, degli effetti positivi sulla sicurezza della circolazione dei beni, in quanto, nei tumultuosi anni della guerra, le situazioni irregolari dovevano essere state piuttosto numerose, ed una loro perdurante rilevanza in termini di invalidità rischiava di avere conseguenza assai destabilizzanti. Così, autorevoli esponenti della dottrina ipotizzarono che di vera nullità non si fosse mai trattato, in quanto la legislazione d'emergenza avrebbe solo introdotto una condizione legale di efficacia del negozio, di per sé

vedano le interessanti considerazioni di GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, pp. 229-232, riferite al primo conflitto mondiale, ma, a nostro avviso, valide anche per taluni episodi del secondo.

¹⁴⁵ Il riferimento è all'art. 1 del Regio Decreto Legge 27 settembre 1941, n. 1015, convertito con legge 29 dicembre 1941, n. 1470.

¹⁴⁶ Con l'art. 1 del Decreto Legislativo Luogotenenziale 20 marzo 1945, n. 212.

¹⁴⁷ Si possono ricordare, fra gli altri, i contributi di SANTORO PASSARELLI, *Irretroattività del D. L. 20 marzo 1945, n. 212*, in *Dir. giur.*, 1946, p. 144; TORRENTE, *Sulla retroattività dell'abrogazione di una legge retroattiva*, in *Foro it.*, 1946, p. 75; QUADRI, *Ordine pubblico e nullità di contratti immobiliari non registrati*, in *Giur. it.*, 1946, p. 161; ROTONDI, *La nullità delle scritture di vendita immobiliare non registrate e il d.l.lt. 20 marzo 1945, n. 212*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 29, che fa riferimento a ben sessantaquattro scritti e trentasei sentenze pubblicate, dedicate al tema in questione.

valido, il quale poteva, quindi, riacquistare piena vincolatività, una volta che tale condizione fosse stata rimossa dalle successive modifiche normative¹⁴⁸. Per arrivare ad un risultato simile, di recupero di tali negozi, altri sostennero, invece che la loro esecuzione avesse il valore di adempimento di un'obbligazione naturale, così da renderla irretrattabile¹⁴⁹.

La giurisprudenza prevalente, però, si attestò, alla fine, su di una posizione più rigida, volta a negare ogni possibilità di sanatoria¹⁵⁰, in piena coerenza con la visione dogmatica dell'invalidità negoziale, all'epoca assolutamente dominante. Per raggiungere il risultato pratico di salvaguardare i contratti in discorso fu, dunque, necessario un intervento legislativo *ad hoc*, che derogasse eccezionalmente ai principi ribaditi dalla giurisprudenza¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. REDENTI, *Sugli effetti del D. LG. 20 marzo 1945, n. 212, abrogante l'obbligo di registrazione "a pena di nullità" delle alienazioni immobiliari*, in *Giur. it.*, 1946, pp. 289 e segg.

¹⁴⁹ Cfr. PELLIZZI, *La soluti retentio avente per oggetto una cosa determinata e la spontanea esecuzione di vendite immobiliari nulle per mancata registrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 373, nonché Cass., 18 gennaio 1947, n. 37, in *Foro it.*, 1947, pp. 1 e segg. In tal senso, si era già orientata parte della giurisprudenza di merito: si possono vedere ulteriori riferimenti in PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, *cit.*, p. 249, nt. 93.

¹⁵⁰ Cfr. Cass., 19 luglio 1948, n. 1165, in *Foro it.*, 1949, pp. 253 e segg. Si veda anche CICU, *Obbligazione naturale e adempimento di contratto nullo per mancata registrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, p. 478.

¹⁵¹ L'art. 1 della legge 26 gennaio 1955, n. 29, stabiliva che non potesse essere dichiarata la nullità di cui al citato decreto legge 1015 del 1941, qualora avessero già avuto luogo le immissioni in possesso e fossero già stati versati i corrispettivi. Si

In seguito, il principio di separazione fra le norme fiscali e quelle civilistiche andò rafforzandosi. Infatti, non solo non vennero più introdotte ipotesi di nullità sostanziale da evasione, ma furono anche eliminate tutta una serie di preclusioni all'utilizzo in sede giudiziale degli atti non registrati, considerate ormai incompatibili con i principi di cui all'art. 24 Cost.

Il processo venne, dunque, liberato da quello che autorevole dottrina aveva definito “*l'incubo fiscale*”¹⁵² e si affermò come principio fondamentale quello della prevalenza della giustizia civile sulle ragioni del fisco¹⁵³. In seguito, tutto ciò è stato ribadito dallo stesso legislatore tributario, in una normativa solennemente battezzata “*Statuto del contribuente*”, significativa sul piano simbolico generale, anche se

facevano, comunque, salve le sentenze definitive e le transazioni formatesi in materia prima dell'entrata in vigore della legge.

¹⁵² Il riferimento è a CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, p. 51.

¹⁵³ C. Cost., 22 dicembre 1969, n. 157, in *Foro it.*, 1970, p. 386, dichiarò illegittime alcune norme che impedivano l'utilizzo in sede processuale di atti non debitamente registrati. In seguito, l'eliminazione degli “*oneri fiscali*”, costituenti impedimento al diritto di agire, fu espressamente previsto dall'art. 7, comma 2, n. 7, della legge 9 ottobre 1971, n. 825, recante delega al Governo per la riforma tributaria, attuata negli anni fra il 1971 ed il 1973.

Si affermò, dunque, il principio che “*Temi prevale sul fisco*” (ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 428), e che, quindi, “*l'incapacità dell'apparato preposto all'esazione delle imposte non dovrebbe mai andare a detrimento del dovere dello Stato di assicurare l'ordinata convivenza tra le persone, per la quale è fondamentale il rispetto del principio pacta sunt servanda*” (G. GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001, p. 129).

incapace, ovviamente, di vincolare le future scelte della legislazione ordinaria, o di derogare a previgenti norme speciali¹⁵⁴.

Il radicamento di questo genere di impostazione ha avuto importanti ripercussioni anche su talune vicende giurisprudenziali più vicine a noi.

Infatti, con la riforma delle locazioni del 1998, il legislatore ha iniziato a manifestare un maggior interesse per la repressione dell'evasione fiscale, anche con specifico riferimento all'imposta di registro. Naturalmente, ciò non è dipeso tanto da una particolare rilevanza degli introiti ricavabili da quel particolare tributo, ma dall'importanza della funzione informativa che la registrazione può assumere. Con la stessa, infatti, l'amministrazione finanziaria viene a conoscenza dell'esistenza di un rapporto di locazione, e dell'importo dei relativi canoni, e può, quindi, avvalersene per l'accertamento dei redditi che il locatore ne ricava, ai fini del recupero delle imposte dirette dovute, in un settore in cui esse sono oggetto di una diffusissima evasione¹⁵⁵. La giurisprudenza, però, richiamandosi ai principi sopra ricordati, ha fortemente ostacolato i tentativi legislativi di riconoscere una rilevanza civilistica al difetto di registrazione.

In un primo caso, si è avuta una netta declaratoria di incostituzionalità, per la norma che mirava ad impedire al locatore di ottenere l'esecuzione dello sfratto, in ipotesi di locazione non registrata¹⁵⁶. Sono stati, infatti,

¹⁵⁴ Il riferimento è all'art. 10, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212. Cfr. *Statuto dei diritti del contribuente*, a cura di Fantozzi e Fedele, Milano, 2005.

¹⁵⁵ Questo aspetto è messo bene in evidenza da FEDELE, *Ritorna un'antica questione: è legittimo disporre la nullità degli atti per omessa registrazione?*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, pp. 3 e segg.

¹⁵⁶ L'art. 7 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, è stato dichiarato incostituzionale da C. Cost., 5 ottobre 2001, n. 333, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2595, con nota di IZZO.

richiamati, a tal proposito, i consolidati principi della giurisprudenza costituzionale, che avevano condotto allo smantellamento di tutto il vecchio sistema di preclusioni processuali, cui si accennava.

Più singolare è stato il destino di una seconda norma¹⁵⁷, che mirava a reprimere la diffusa prassi della doppia contrattazione, ovvero della stipulazione di due contratti di locazione, uno, destinato alla registrazione, recante l'indicazione di un canone simulato, molto basso di quello reale, regolato dall'altro contratto e, così, occultato al fisco. Con ogni probabilità, lo scopo della norma era quello di invalidare, anche nei rapporti *inter partes*, la controdichiarazione non registrata¹⁵⁸, ma la Cassazione, aderendo ad una posizione dottrina isolata¹⁵⁹, ha preferito darle una lettura diversa che evitasse di mettere in discussione la separazione fra norme fiscali e civilistiche.

Infatti, la Corte ha statuito che la norma in discorso si limita a ribadire la regola di invariabilità del canone originariamente pattuito, ed ha finito, quindi, per darle una sostanziale *interpretatio abrogans*¹⁶⁰. Peraltro, questa peculiare lettura ha avuto, poco dopo, anche l'autorevole avallo della Corte Costituzionale¹⁶¹.

Sembrava, quindi, essere stato ribadito l'assunto per cui il difetto di registrazione non può incidere sulla validità civilistica del contratto di

¹⁵⁷ Il riferimento è all'art. 13, comma 1, della citata legge 431 del 1998.

¹⁵⁸ Cfr. CUFFARO, *Patti contrari alla legge, cit.*, pp. 484 e segg., anche per ulteriori riferimenti.

¹⁵⁹ Il riferimento è a IZZO, *La rilevanza degli adempimenti tributari*, in *Rass. loc. cond.*, 1999, pp. 372 e segg.

¹⁶⁰ Il riferimento è a Cass., 27 ottobre 2003, n. 16089, in *Giust. civ.*, 2004, p. 969.

¹⁶¹ C. Cost., 19 luglio 2004, n. 242, in *Foro it.*, 2004, p. 2638.

locazione, come, del resto, di qualunque altro contratto¹⁶². In tale contesto, è, però, intervenuto in maniera dirompente il legislatore finanziario, introducendo *expressis verbis* una comminatoria di nullità¹⁶³ per tutte le locazioni, ed altri contratti simili¹⁶⁴, che non siano stati regolarmente registrati.

La nuova normativa ha, quindi, finito per attrarre l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, in considerazione dell'anomalia giuridica della regola in essa prevista, che è evidente, posto che il contratto può essere registrato solo dopo essere stato stipulato, per cui abbiamo qui la negazione totale dell'idea della nullità come vizio genetico.

Del resto, l'invalidità in parola ha anche una notevole rilevanza pratica, poiché, data la diffusione, prima e dopo la novella, della prassi di non registrare i contratti in questione, la nuova eccezione di nullità è stata proposta in innumerevoli procedimenti¹⁶⁵. Infatti, per l'operare di essa, il

¹⁶² Con riferimento alla validità del contratto di locazione non registrato, cfr. Cass., 22 luglio 2004 n. 13621, in *Arch. loc. cond.*, 2005, p. 84.

¹⁶³ Il riferimento è all'art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per il 2005). Ai fini della norma in esame, ciò che rileva è la registrazione del contratto, più che il pagamento dell'imposta di registro, che può avvenire anche dopo tale adempimento, in forma rateizzata. Pertanto, un contratto registrato rimane valido, anche se, poi, alcune rate non vengono pagate. Infatti, si è già detto che al legislatore interessa soprattutto potersi avvalere della registrazione ai fini dell'accertamento di quanto dovuto a titolo di imposta sul reddito.

¹⁶⁴ Nel campo di applicazione della norma rientrano anche ulteriori contratti costitutivi di diritti personali di godimento, come il comodato o i contratti di cessione in godimento a tempo parziale.

¹⁶⁵ Si sono, così, posti anche delicati problemi di diritto intertemporale. Comunque, secondo l'orientamento maggioritario (cfr. Trib. Pescara, 14 ottobre 2010 e trib. Catanzaro, 22 luglio 2010, entrambe in *Giur. mer.*, 2011, pp. 657 e segg., con nota di

conduttore viene ridotto alla condizione di mero occupante *sine titulo*, i canoni non sono dovuti ed i procedimenti di sfratto non sono più esperibili. Si è, dunque, osservato che la normativa in discorso rischia di avere un effetto decisamente perturbante sulla tenuta dei rapporti locatizi, in contraddizione con quella consolidata tendenza a favorire la stabilità di tali rapporti, che è ormai al centro della relativa disciplina¹⁶⁶.

La nuova norma veniva, dunque, ad inserirsi in un contesto connotato dall'affermazione di principi con cui la stessa si poneva radicalmente in contrasto. Pertanto, non stupisce che anch'essa sia stata fatta oggetto di interpretazioni tendenzialmente abroganti, o comunque, volte a limitarne la portata.

In dottrina, vi è chi ha proposto di intendere la previsione di nullità, come una mera inopponibilità, nei confronti del fisco, del contratto non registrato. Secondo questa lettura, infatti, il contratto, per effetto della norma in discorso, non potrebbe più essere utilizzato dal contribuente per vincere determinate presunzioni, fissate dalla legge tributaria, senza

PETROLATI, nonché Trib. Palermo, 28 gennaio 2010, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1528, con nota di BARDARO), la nuova invalidità colpisce solo i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della finanziaria 2005. *Contra*, Trib. Palermo, 25 marzo 2009, in *Giur. Merito*, 2010, p. 1269, con nota di M. DI MARZIO, per cui la nullità riguarderebbe anche quei contratti stipulati prima del 2005, purché i rapporti nati da essi siano ancora in atto.

Sui concetti di retroattività ed ultrattività delle norme, cfr., per tutti, FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1989, pp. 369-379.

¹⁶⁶ Cfr. PADOVINI, *La disciplina delle locazioni immobiliari fra regime attuale e prospettive future*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 268-271.

che tutto ciò possa, però, incidere sulla validità civilistica *inter partes* della locazione stessa¹⁶⁷.

Un significativo filone giurisprudenziale ha, invece, riproposto la tesi che, come si è visto, era stata affacciata a proposito della nullità da mancata registrazione nella legislazione bellica, sostenendo, dunque, che non si tratti di nullità, ma di inefficacia in senso stretto¹⁶⁸. Secondo questa impostazione, la registrazione opererebbe come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del contratto, il che eviterebbe di dover postulare l'esistenza di una nullità così anomala rispetto ai principi tradizionali del diritto civile.

¹⁶⁷ Cfr. CUFFARO, *La prescrizione di nullità del contratto di locazione non registrato: una norma dimenticata?*, in *Corr. mer.*, 2006, p. 156, il quale fa riferimento all'art. 1, comma 342, della citata finanziaria per il 2005, che regola le conseguenze della mancata registrazione, per quanto attiene alle imposte dirette. Secondo detta norma, l'omissione fa presumere l'esistenza del rapporto locatizio anche per i quattro periodi di imposta precedenti a quello in cui sia avvenuto l'accertamento, con un canone, anch'esso presunto, pari al 10% del valore dell'immobile. Si prevede, però, che il contribuente possa vincere tali presunzioni, fornendo una "*documentata prova*" del fatto che le cose stessero in modo diverso. L'autore citato propone, con "*intento provocatorio*", di leggere la nullità del comma 346 come una preclusione all'utilizzo del contratto non registrato come mezzo per fornire detta prova. In tal modo, l'efficacia della sanzione resterebbe limitata all'ambito fiscale, senza collidere con i ricordati principi generali.

Si veda anche GIOVE, *Contratto di locazione e registrazione*, in *Arch. loc.*, 2005, pp. 606 e segg.

¹⁶⁸ Cfr. Trib. Modena, 12 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, pp. 482 e segg., con nota di M. DI MARZIO; Trib. Firenze, 1 aprile 2009, in *Riv. giur. ed.*, 2009, pp. 1805 e segg., con nota di SCRIPPELLITI. In dottrina, cfr. LAZZARO e M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2007, p. 1052.

Soprattutto, seguendo tale percorso interpretativo, si giunge alla conclusione che, una volta registrato tardivamente il contratto, esso può finalmente esplicitare la propria efficacia senza limitazione alcuna. Pertanto, la tesi dell'inefficacia rende agevole una possibile stabilizzazione del rapporto locatizio e limita, così, le conseguenze più problematiche della nuova normativa, che sarebbero, al contrario, estremizzate da una lettura in termini di nullità tradizionale e, quindi, caratterizzata dal corollario dell'insanabilità.

Del resto, formulazione in termini di nullità tradizionale non sembra favorevole neppure agli interessi del fisco, poiché, di fronte ad una sanzione caratterizzata dall'impossibilità di sanatoria, non vi sarebbe più interesse a procedere alla registrazione successiva. D'altra parte, non si può neppure affermare che la nuova legge abbia voluto vietare la registrazione tardiva¹⁶⁹, poiché nessuna sua disposizione si presta a tale lettura e sono rimaste, invece, in vigore le diverse norme che espressamente contemplano tale possibilità¹⁷⁰.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha, invece, ritenuto che la chiara lettera della legge impedisse manipolazioni di questo genere, e, dalla ricorrenza di un'ipotesi di vera e propria nullità, ha dedotto la sussistenza di un vizio di incostituzionalità della norma in discorso¹⁷¹. Naturalmente, venivano, a tal fine, richiamate le pronunce e gli orientamenti che si sono precedentemente ricordati, a proposito del

¹⁶⁹ Come, invece, facevano i ricordati progetti di legge Minghetti e Meda.

¹⁷⁰ Il riferimento è agli artt. 6 e 76, comma 5, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, recante il Testo Unico sull'imposta di Registro.

¹⁷¹ Su una delle prime ordinanze ad aver sollevato la questione, cfr. CUFFARO, *Ancora sulla nullità del contratto di locazione non registrato (soluzioni interpretative e dubbi di legittimità costituzionale)*, in *Corr. mer.*, 2007, 1241 e segg.

rapporto tra processo civile ed oneri tributari. Della questione è stata, quindi, chiamata ad occuparsi la Corte Costituzionale, che si è pronunciata, ormai ben tre volte, sul punto, sempre negli stessi termini, ovvero rigettando tutte le eccezioni di illegittimità della legge¹⁷². Sembra, dunque, possibile affermare che si sia formato un indirizzo relativamente consolidato sul punto, anche se, in dottrina, non manca chi auspica un ulteriore esame della questione di costituzionalità, magari sulla base di parametri in parte diversi da quelli utilizzati nei primi giudizi¹⁷³.

Ad oggi, comunque, resta il fatto che la Corte Costituzionale ha ritenuto che la norma in esame preveda una ipotesi di vera nullità sostanziale, ma che in ciò non si possa ravvisare alcun motivo di incostituzionalità. Infatti, la norma non prevede una preclusione di carattere processuale, suscettibile di violare l'art. 24 Cost., ma agisce direttamente sul terreno sostanziale: non si ha, quindi, una limitazione del diritto di agire a tutela di una propria posizione giuridica, ma si impedisce proprio che tale posizione sorga in capo all'interessato. Da questo punto di vista, secondo la Corte, il legislatore rimane libero di stabilire i presupposti di validità del negozio giuridico, senza che si possano invocare in contrario i principi sanciti dalla giurisprudenza costituzionale in materia processuale.

¹⁷² Il riferimento è a C. Cost., 5 dicembre 2007, n. 420, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 590 e segg., con nota di LA MARCA; C. Cost., 25 novembre 2008, n. 389, in *Giust. civ.*, 2009, p. 557; C. Cost., 9 aprile 2009, n. 110, in *Arch. loc. cond.*, 2009, p. 341.

¹⁷³ Cfr. FEDELE, *op. loc. ultt. citt.*; CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 371; BARDARO, *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo tra impostazione dogmatica, coerenza sistematica e volontà legislativa*, in *Vita not.*, 2011, pp. 489-491.

Se ne può ricavare, quindi, che non hanno un valore costituzionalmente vincolante per il legislatore certi assunti civilistici, come quello per cui la nullità è un vizio genetico, e non la conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione, oppure quello per cui la violazione di una norma fiscale non comporta illiceità del negozio. In un certo senso, si potrebbe affermare che queste pronunzie rappresentino anche la presa d'atto, da parte della Corte Costituzionale, del fatto che il sistema delle nullità non è più monolitico e che, all'interno di esso, sono possibili svariate diversificazioni. Certamente, il radicale mutamento del quadro delle patologie negoziali, su cui abbiamo avuto modo di soffermarci, non ha mancato di influire sulla maturazione, almeno implicita, di tali convincimenti.

Al momento, sembra, quindi, che l'ipotesi di un'eliminazione della norma in esame, in via interpretativa o attraverso una declaratoria di incostituzionalità, sia ormai difficilmente proponibile. Resta, comunque, il problema degli effetti, certamente irragionevoli, che deriverebbero dalla insanabilità dell'invalidità in esame. Non è detto, però, che l'autorevole opzione della Corte Costituzionale per una lettura in termini di nullità, e non di mera inefficacia, sia necessariamente d'ostacolo all'ammissibilità di un'eventuale sanatoria.

Infatti, nella giurisprudenza di merito, successiva agli interventi del giudice delle leggi, si è potuto sostenere che, all'adempimento tardivo dell'obbligo di registrazione può riconoscersi un'efficacia sanante della nullità, comparabile a quella delle altre ipotesi vigenti di convalida o di conferma¹⁷⁴. In particolare, secondo una decisione, la sanatoria

¹⁷⁴ Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Notariato*, 2010, pp. 170 e segg., con nota di MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*.

opererebbe *ex nunc*, e non *ex tunc*, come secondo la tesi della condizione legale, in modo da massimizzare l'incentivo a procedere quanto prima possibile all'adempimento tardivo¹⁷⁵.

Che questa sia l'impostazione interpretativa più adeguata sembra confermarlo anche un recente intervento dello stesso legislatore fiscale. Infatti, in occasione di una significativa riforma della tassazione dei redditi da locazione, nota come introduzione della "cedolare secca", si è avuto modo di tornare anche sul tema dei contratti non tempestivamente registrati¹⁷⁶.

A tal proposito, viene, innanzitutto, ribadita la sanzione della nullità, senza alcun cedimento nei confronti della tesi della mera inefficacia. Al contempo, viene dettata una specifica disciplina, per i contratti registrati

Esprime una posizione favorevole alla sanabilità anche PAPPÀ MONTEFORTE, *Violazioni tributarie e validità del contratto*, in *Notariato*, 2009, p. 194.

Contra, ritiene insanabile la nullità in questione Trib. Roma, 30 settembre 2010, disponibile in formato elettronico in *www.ilcaso.it*.

¹⁷⁵ Il riferimento è a Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, *cit.* Secondo MARINO, *op. cit.*, p. 181, sarebbe stato, invece, preferibile configurare una sanatoria con efficacia *ex tunc*, onde evitare che si pongano problemi per il periodo intercorrente fra la stipula e la registrazione tardiva.

¹⁷⁶ Il riferimento è all'art. 3, commi 8 e 9, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23. La nuova disciplina, inserita nel contesto del cd. federalismo fiscale municipale, prevede la possibilità per il proprietario dell'immobile di optare per una tassazione dei redditi da locazione ad aliquota unica, in sostituzione dell'IRPEF e delle imposte di registro e di bollo sul contratto. Tale misura agevolativa per i locatori, che dovrebbe indurli ad un più fedele adempimento delle obbligazioni fiscali, viene, però, compensata da altre disposizioni, che mirano ad un severo contrasto dell'evasione, fra le quali rientrano quelle di cui ai commi citati. Cfr. SCARPA, *La registrazione delle locazioni dopo la cedolare secca*, in *Giur. mer.*, 2012, pp. 2237 e segg., per ulteriori riferimenti.

tardivamente, che comporta una modifica del regolamento negoziale originariamente concordato, in senso nettamente favorevole al conduttore. Evidentemente, si mira a spingere tale soggetto a denunciare i contratti non registrati, facendo leva sul contrasto di interesse e sulla attrattività del regime legalmente conformato¹⁷⁷.

Si possono, naturalmente, anche avere dei dubbi su questa attribuzione al conduttore del ruolo di “sentinella del fisco”¹⁷⁸, ed, in particolare, si è paventata l’eventualità di un’operazione abusiva che questi potrebbe porre in essere, accollandosi pattiziamente l’obbligo di registrazione, evitando preordinatamente di procedere in termini e, poi, registrando tardivamente il contratto, in modo da godere dei benefici in questione¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Si veda il parere espresso da C. Conti, Sez. Riun., in sede di controllo, il 9 dicembre 2010, per cui *“la possibilità di attivare un contrasto di interessi tra proprietario e inquilino è stata vista come scelta fondamentale a questo fine (il canone iniziale post denuncia, aggiornato negli anni successivi del 75 per cento dell’incremento dell’indice Istat dei prezzi al consumo non potrà superare il triplo della rendita catastale dell’immobile). Il vantaggio che l’inquilino potrà ricavare nel denunciare il proprietario dell’abitazione che registra il contratto per un importo inferiore a quello pattuito o che non lo registra affatto dovrebbe spingere all’emersione dei contratti non regolari”*.

¹⁷⁸ Cfr., SCARPA, *L’interpretazione “costituzionalmente orientata” dell’onere di registrazione delle locazioni*, in *Giur. mer.*, 2006, pp. 2624 e segg., il quale si domanda se sia prudente *“dare i gradi di sentinella del fisco, fidando nell’espletamento della consegna, a quel soldato che ha già violato i suoi obblighi al tempo della stipulazione del contratto”*.

¹⁷⁹ Cfr. ULESSI, *Registrazione e nullità della locazione dopo la “cedolare secca”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 285-288.

Un’ipotesi di esercizio abusivo della facoltà di registrazione tardiva, questa volta da parte del locatore, parrebbe emergere nel caso deciso da Trib. Civitavecchia, 20

Si torna, dunque, al tema dell'abuso delle norme di protezione ad opera del soggetto protetto, su cui ci siamo già intrattenuti. In coerenza con quanto sostenuto a tal proposito¹⁸⁰, ci sembra che, anche in questo caso, la risposta più adeguata dell'ordinamento dovrebbe ricercarsi in un diniego di tutela, e, quindi, in una disapplicazione del regime premiale.

Ai nostri fini, però, ciò che sembra più rilevante è che la nuova norma presuppone, evidentemente, che la registrazione tardiva non sia priva di effetti nei confronti della nullità contrattuale. Al contrario, essa pare implicare una sua efficacia sanante nei confronti di un contratto che viene, così, recuperato alla giuridicità, per essere, poi, eventualmente, sottoposto alle ricordate operazioni di integrazione legale.

È vero che la normativa in parola non parla mai *expressis verbis* di sanatoria e che essa si riferisce solo ad una parte, molto ampia in verità, dei contratti locatizi colpiti dalla peculiare invalidità di cui stiamo discutendo¹⁸¹. Non ci sembra, però negabile che, sul piano interpretativo, essa fornisca indicazioni che vanno anche oltre la sua portata letterale.

In questa direzione ha iniziato a muoversi anche la giurisprudenza di merito. Infatti, in un'interessante pronuncia, si può ritrovare la lettura della patologia dei contratti non registrati in termini di nullità sanabile, tesi che viene ribadita proprio invocando le ultime novità legislative ricordate¹⁸². Come osserva il giudicante, si ottiene, in tal modo,

gennaio 2009, inedita ma richiamata da CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, cit., p. 372.

¹⁸⁰ Si rinvia al secondo capitolo di questo studio.

¹⁸¹ La normativa del 2011 riguarda, infatti, solo le locazioni ad uso abitativo.

¹⁸² Trib. Bari, Sez. Dist. Monopoli, 24 ottobre 2011, in *Corr. mer.*, 2012, pp. 246 e segg., con nota di SANGIOVANNI, *La registrazione ritardata del contratto di locazione fra nullità e inefficacia*.

un'interpretazione della norma che è conforme agli interessi di tutti i soggetti coinvolti: il conduttore, che aspira alla stabilità del rapporto, il locatore, che mira a poter utilizzare gli specifici strumenti di tutela propri del processo locatizio, ed anche l'ordinamento statale, il cui vero interesse è quello di indurre i soggetti coinvolti a procedere alla registrazione, e non quello di annientare rapporti privatistici, che, di per sé, non sono affatto immeritevoli di tutela.

Anche in questo caso, dunque, il riconoscimento di una sanatoria per adempimento sembra una conseguenza coerente all'introduzione nell'ordinamento di una nullità per inadempimento. Naturalmente, seguendo lo schema che abbiamo delineato al principio di questo capitolo, siamo sempre nell'ambito della conferma, più che della convalida, in quanto la nullità in esame non è protettiva ed i soggetti che possono invocarla, oppure, appunto, procedere alla sanatoria, sono entrambe le parti contrattuali.

Vediamo, quindi, ancora una volta, che lo schema della conferma, benché, ovviamente, non generalizzabile *a priori*, si presta, però, ad una ampia estensione del suo ambito applicativo, con riguardo a varie ipotesi di nullità, tutte, per varie ragioni, anomale rispetto agli schemi tradizionali. La decisione richiamata per ultima, peraltro, risulta assai significativa anche da un punto di vista più generale, attinente all'assetto complessivo dell'invalidità negoziale nell'ordinamento. Infatti, essa ci sembra chiaramente collocata sulla linea di quella lettura dell'art. 1423 c.c., propugnata anche in questo studio, come norma che non implica necessariamente l'eccezionalità delle ipotesi di sanatoria delle nullità contrattuali, e non vieta, dunque, di ricavarle dal sistema, anche ove non ricorra un'esplicita disposizione normativa in tal senso.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, *“Neoformalismo” e tutela dell’imprenditore debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 1, pp. 10 e segg.

ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

ALBANESE, *Non tutto ciò che è “virtuale” è “razionale”: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011

ALCARO, *L’inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Vita not.*, 1996, p. 1119 e segg.

ALCARO, *Realtà dell’apparenza nella simulazione*, in *Vita not.*, 2004, I, pp. 156 e segg.

ALESSI, *Autonomia privata e rapporti agrari*, Napoli, 1982

ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936

ALPA, *Aspetti attuali della responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1984, pp. 992 e segg.

ALPA, *Commento all’art. 18 della legge n. 47/1985*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, pp. 1087 e segg.

ALPA, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005

AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell’autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 285 e segg.

AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 255 e segg.

AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999

AMATO, *Risoluzione, rescissione ed annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, pp. 443 e segg.

ANDRINI, *Responsabilità del notaio e atto annullabile*, in *Vita not.*, 1998, 2, pp. 710 e segg.

ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979

ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975

ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999

ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Digesto Civ.*, Torino, III, 2007

ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 691 e segg

ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 61 e segg.

ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006

ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, pp. 8 e segg.

ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito "ex lege" al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 359 e segg.

AURICCHIO, *La conferma del testamento nullo e la sua forma*, in *Foro it.*, 1956, I, pp. 120 e segg.

BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 3, pp. 766 e segg.

BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti “garantiti”, prestazione di fideiussione “impropria”, riflessi sulla trascrizione, contenuto “necessario” del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, pp. 741 e segg.

BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898

BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, III, II, Milano, 2009

M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e la responsabilità di banche e Consob*, Milano, 2009

P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970

BARDARO, *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo tra impostazione dogmatica, coerenza sistematica e volontà legislativa*, in *Vita not.*, 2011, pp. 489 e segg.

BARLESE, *Note sulla coerenza oggettiva e soggettiva ex d. l. 78/2010 e l. 122/2010*, in *Riv. not.*, 2012, pp. 219 e segg.

BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1998

BECCU, *Clausole abusive e nullità di protezione: il ruolo del giudice e il ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 3, pp. 665 e segg.

BELLELLI, *La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie*, in *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469 bis ss. e i contratti del consumatore*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997

BELLELLI, *sub. Art. 1469 quinquies, 1° e 3° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997

BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica*, in *Diritto Privato*, 1999-2000, pp. 5 e segg.

BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1943

BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959

BETTI, *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959

BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000

BIANCHI, *Principi generali sulle leggi*, in *Corso di Codice Civile Italiano*, Torino, 1888

BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 499 e segg.

BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993

BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 861 e segg.

BONFILIO e MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da Alpa e Bessone, IV, I, Torino, 1991

BRANDANI, *L'indagine sulla volontà delle parti ex art. 47, ultimo comma, l. not. e la scrittura privata autenticata*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, a cura di Pagliantini, Torino, 2012

BRECCIA *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 19 e segg.

BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999

BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, Milano, 2006

BRUGI, *Conferma di atto invalido e ratifica di atti eccedenti un mandato*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, pp. 78 e segg.

BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXII, Milano, 1972

BULGARELLI, *Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 535 e segg.

BUSANI e MORELLO, *Passaggio in catasto per i nuovi requisiti di forma ad substantiam degli atti immobiliari*, in *Contratti*, 2010, pp. 924 e segg.

BUSNELLI e MORELLO, *La Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, I, pp. 377 e segg.

BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002

CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983

CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, 1, pp. 49 e segg.

CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Milano - Torino - Roma, 1920

CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, pp. 51 e segg.

CALDERONE, *Responsabilità notarile per gli acquisti non autorizzati degli enti ecclesiastici*, in *Riv. not.*, 1960, pp. 215 e segg.

CALVO, *Nullità urbanistiche e irragionevolezza del legislatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 132 e segg.

CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985

CARBONNIER, *Propos introductifs*, in *Rev. jur. com.*, 1993, numero speciale *La transparence*, pp. 13 e segg.

CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949

CARNELUTTI, *In tema di esecuzione e ratifica del contratto annullabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1937, pp. 197 e segg.

CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 921 e segg.

CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pp. 210 e segg.

CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987

CARROZZA, *Intangibilità della dote a favore della società coniugale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, pp. 881 e segg.

CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 37 e segg.

CASU, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in *Riv. not.*, 1998, pp. 562 e segg.

CASU e SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010

CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004

CATAUDELLA, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadr.*, 1986, pp. 487 e segg.

CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008

CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007

CEOLIN, *La conformità oggettiva e soggettiva nel d. l. 31 maggio 2010 n. 78 (conv. in l. 31 luglio 2010 n. 122) e il problema della nullità degli atti*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 335 e segg.

CHEYNET (a cura di), *Il mondo bizantino*, Torino, 2008, II

CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 28 e segg.

CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904

CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, pp. 417 e segg.

CICU, nota a Cass., 21 luglio 1939, in *Riv. dir. civ.*, 1940, pp. 292 e segg.

CICU, *Obbligazione naturale e adempimento di contratto nullo per mancata registrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 478 e segg.

CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Napoli, 2010

COGNOLATO, *Contratti del consumatore e "diritto delle restituzioni" (secondo la Corte di Giustizia CE)*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 26 e segg.

COHENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1914, pp. 33 e segg.

COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, pp. 318 e segg.

CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955

CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, numero speciale *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, pp. 7 e segg. (destinato agli studi in onore di G. Gabrielli)

CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all' "abuso sanzionabile del processo" e all' "abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1284 e segg.

COOKE, *The modern law of estoppel*, Oxford, 2000

CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000

CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 874-894

CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 675 e segg.

COSCO, *Sistema delle patologie contrattuali e orientamenti attuali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 673 e segg.

COSTANZA, *Gli effetti di rapporti giuridici nulli*, in *Diritto Privato*, 1999-2000, pp. 91 e segg.

COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910

COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, 1972

CRASWELL, *Passing On the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationship*, in 43 *Stan. L. Rev.*, 1991, pp. 361 e segg.

CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 465 e segg.

CUFFARO, *La prescrizione di nullità del contratto di locazione non registrato: una norma dimenticata?*, in *Corr. mer.*, 2006, pp. 156 e segg.

CUFFARO, *Ancora sulla nullità del contratto di locazione non registrato (soluzioni interpretative e dubbi di legittimità costituzionale)*, in *Corr. mer.*, 2007, 1241 e segg.

CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 371 e segg.

CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelle*, Paris, 2002

D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008

D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996

D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 37 e segg.

D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 911 e segg.

D'AURIA, *Forma ad substantiam e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, pp. 699 e segg.

D'ORAZI FLAVONI, *Aspetti della volontaria esecuzione di disposizioni testamentarie*, in *Foro it.*, 1957, I, pp. 651 e segg.

D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1961, pp. 398 e segg.

DALMOTTO, *La clausola vessatoria o abusiva resta tale nonostante la forma notarile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1205 e segg.

DAMBROSIO, *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2012, pp. 520 e segg.

DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897

DANOVI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 284 e segg.

DANOVI, *È davvero irrilevante (e inattaccabile) la simulazione della separazione?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 2, pp. 462 e segg.

DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008

DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

DE CUPIS, *Sulla responsabilità del notaio per la nullità dell'atto da lui rogato*, in *Foro it.*, 1955, IV, pp. 7 e segg.

DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964

DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1928

DE MARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 397 e segg.

DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, pp. 480 e segg.

DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 435 e segg.

DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, pp. 281 e segg.

DE NOVA (a cura di) *L'acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005

DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011

DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946

DE VALLES, *Un concetto errato; gli atti giuridicamente inesistenti*, in *Foro it.*, 1953, I, pp. 505 e segg.

DEGNI, *Effetti della mancanza totale o parziale dell'atto scritto nella compravendita immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 878 e segg.

DEGNI, *Commento alla legge 16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento del notariato*, Roma, 1913

DEL VECCHIO, *La possibile convalida dell'atto nullo di trasferimento di terreni*, in *Riv. not.*, 2005, pp. 55 e segg.

DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra persone e famiglia*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, pp. 31 e segg.

DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 622 e segg.

DETTI, *Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di s.r.l. senza preventivo deposito del capitale versato*, in *Riv. not.*, 1964, pp. 195 e segg.

DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009

DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002

DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008

DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 491 e segg.

DI PAOLA, *Premesse ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1958

DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2004, pp. 87 e segg.

DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla "commissione di massimo scoperto"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 2, pp. 166 e segg.

DONÀ, *Elementi di diritto notarile*, Milano, 1933

DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 462 e segg.

DONISI, *Considerazioni di un "laico" sulle ultime proposte di modifica dell'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Vita not.*, 1984, pp. 5 e segg.

DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986

DONISI, *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1986

DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités – étude de droit civil*, Paris, 1902

DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Paris, 1973

ENRIETTI, *Appunti sull'art. 1311 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, pp. 338 e segg.

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941

FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963

FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, pp. 525 e segg.

FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 572 e segg.

FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011

FEDELE *Della nullità del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948

FEDELE, *Ritorna un'antica questione: è legittimo disporre la nullità degli atti per omessa registrazione?*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, pp. 3 e segg.

FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004

FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le forme della nullità*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

FERRANTE e KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 2, pp. 695 e segg.

FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914

FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 464 e segg.

FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, pp. 11 e segg.

FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1989

FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, pp. 380 e segg.

FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998

FERRUCCI, FERRENTINO e AMORESANO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008

FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007

FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983

FILANTI, *Nullità: I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990

FILANTI, *Nullità: III) Nullità speciali*, in *Enc. giur.*, XXI (appendice), Roma, 2004

FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920

FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, II, Berlin, 1985

FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984

FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica*, Padova, 2010

FRANZONI, *sub art. 1423*, in *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, a cura di Galgano, Peccenini, Franzoni e Cavallo Borgia, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1998

FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1989

FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992

FURGIUELE, *Problemi giurisprudenziali in Italia intorno al divieto di clausole vessatorie*, in *Diritto privato*, 1999-2000, pp. 466 e segg.

FUSARO, *Nullità speciali nell'attività notarile*, in *Vita not.*, 2009, pp. 1041 e segg.

FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 425 e segg.

GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, in *Mon. Trib.*, 1874

G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, pp. 1366 e segg.

G. GABRIELLI, *Una singolare nullità, in opponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 29 e segg.

G. GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001

GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010

GALLO, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010

GASBARRINI, *Certificazione energetica ed espropriazione forzata*, Studio 12-2011/E del Consiglio Nazionale del Notariato

GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965

GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011

GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 434 e segg.

GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, pp. 274 e segg.

GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006

GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, 1, pp. 285, e segg.

GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, pp. 92 e segg.

GERBO, *Nullità, articolo 28 della legge notarile e le responsabilità del professionista*, in *Riv. not.*, 2003, 1, pp. 39 e segg.

GHESTIN, *L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu*, in *D.*, 1972, *Chron.*, pp. 277 e segg.

GHESTIN, *Le contrat*, Paris, 1980

GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012

GIACOBBE, *Convalida (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, X, 1962

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959

GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 1344 e segg.

GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 600 e segg.

GIORDANO, *Responsabilità delle parti per le spese ed i danni e abuso del processo*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, pp. 46 e segg.

GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale cd. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 2, pp. 434 e segg.

GIORGETTI, *La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 774 e segg.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1888

GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963

GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1968

GIORGIANNI, *In tema di transazione sul “titolo” nullo*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988

GIOVE, *Contratto di locazione e registrazione*, in *Arch. loc.*, 2005, pp. 606 e segg.

GIRINO, *Forma ad substantiam per i contratti Sim*, in *Contratti*, 1997, pp. 401 e segg.

GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008

GIROLAMI, *La nullità relativa da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008

GIULIANI, *Notariato e giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 1969, pp. 53 e segg.

GORASSINI, *L'istituto codicistico della “nullità del contratto” e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 199 e segg.

GORGONI, *Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità*, in *Persona e mercato*, 2012, 1, pp. 48 e segg.

GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010

GRISERI, *Gli atti “espressamente proibiti dalla legge” ex art. 28, comma 1, della legge notarile*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2034 e segg.

GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998

GROSSI, *La cultura del civilista moderno*, Milano, 2002

GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2004

GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007

GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 456 e segg.

GUARNERI, *L'azione di nullità (riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, pp. 46 e segg.

GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, pp. 638 e segg.

GUERINONI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2011

HAUPT, *Über faktische Vertragverhältnisse*, Leipzig, 1941

IACONO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, pp. 27 e segg.

IRTI, *Risoluzione del contratto nullo*, in *Foro pad.*, 1971, pp. 741 e segg.

IRTI, *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985

IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 335 e segg.

IUDICA, *Impugnativa negoziali e pluralità di interessati*, Milano, 1973

IZZO, *La rilevanza degli adempimenti tributari*, in *Rass. loc. cond.*, 1999, pp. 372 e segg.

JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, 1909

JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, rist. 1993

JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten*, Jena 1860, tradotto in italiano da PROCCHI, Napoli, 2005

JOSEPH, *Sanctions – The federal law of litigation abuse*, Charlottesville, 1994

KARIMI, *Les clauses abusives et l'abus de droit*, Paris, 2001

KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tradotto in italiano da COTTA e TREVES, Milano, 1952

LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio*, Torino, 2003

LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 151 e segg.

LARENZ e WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997

LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008

LANDINI, *Le invalidità del negozio testamentario*, Napoli, 2012

LAZZARO e M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2002

LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996

LENZI, *Il notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950

LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, a cura di Pagliantini, Torino, 2012

LEO, *La sanatoria della nullità degli atti traslativi dei terreni*, Studio n. 100-2006/C del Consiglio Nazionale del Notariato

LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 378 e segg.

LISERRE, *Legge e autonomia nella contrattazione immobiliare*, in *Jus*, 1986, pp. 58 e segg.

LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009

LUCCHINI GUASTALLA, *Nullità della compravendita immobiliare per contrarietà a norma regionale: il caso della certificazione energetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 469-478, ed in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010

LUMINOSO, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio*, in *Quadr.*, 1985, pp. 335 e segg.

LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2008

LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011

MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela*

dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive, Milano, 2006

MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato. I. Parte generale*, Napoli, 1992

MAESTRONI, *Il recupero del negozio nullo nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994

MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939

MANTELERO, *Il notaio, il consumatore e la clausola vessatoria*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 143 e segg.

MANTOVANI, *Vizi "incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995

MANTOVANI, *Nullità "speciali" o di protezione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, IV, I, Milano, 2006

MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010

MANZO, *Sull'art. 28 n. 1 della legge notarile*, in *Riv. not.*, 1947, pp. 442 e segg.

MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, Paris, 1859

MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo*, in *Corr. giur.*, 1987, pp. 751 e segg.

MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*, in *Notariato*, 2010, pp. 170 e segg.

MARUCCI, *Invalidità e inefficacia dell'atto giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 87 e segg.

MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, pp. 1943 e segg.

H. e L. MAZEAUD – J. MAZEAUD – CHABAS, *Leçons de droit civil, Paris, I, II, Obligations – théorie générale*, 1998

D. MAZEAUD, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, in *D.*, 2002, pp. 71 e segg.

MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di Alessi, Milano, 2005

MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 45 e segg.

MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010

MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 9 e segg.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952

MENGOLI, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 2011

MEYNIAL, *Des renonciations au Moyen-age et dans notre Ancien droit*, in *Rev. hist. dr. fr. et ètr.*, 1900, pp. 108 e segg.

MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1958

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c. UTET*, IV, II, Torino, 1980

MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto: dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008

MODICA, *Formalismo negoziale e nullità. Le aperture delle corti di merito*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011

MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio delle nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 669 e segg.

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995

MONTICELLI, *Atto pubblico e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 1998, pp. 83 e segg.

MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, pp. 688 e segg.

MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Illiceità, immeritevolezza nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004

MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, pp. 697 e segg.

MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, Studio n. 106-2009/C del Consiglio Nazionale del Notariato

MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, pp. 184 e segg.

MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, pp. 1115 e segg.

MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2010, 6, pp. 693 e segg.

MORANO e ALTAMURA, *La certificazione energetica tra autonomia privata e ordine pubblico*, in *Riv. not.*, 2010, pp. 69 e segg.

MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006

MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili, le linee di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 1999, pp. 69 e segg.

MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979)*, a cura di Vassalli, Milano, 1981

NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 202 e segg.

NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 155 e segg.

R. NATOLI, *Sul dialogo fra diritto civile e diritto dei mercati finanziari in punto di regole di validità e regole di responsabilità*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011

U. NATOLI *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 18 e segg.

NAVONE, *Scrittura privata autenticata e controllo notarile di legalità*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, a cura di Pagliantini, Torino, 2012

NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000

NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Napoli, 1981

NEGRI, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla legge n. 47/1985*, in *Resp. civ.*, 1985, pp. 171 e segg.

NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano, 1964

NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005

NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 320 e segg.

NUZZO, *sub art. 1469 quinquies*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato

OBERTO *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Familia*, 2001, pp. 774 e segg.

OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corr. giur.*, 2004, 3, pp. 307 e segg.

ORIANI, *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990

OURLIAC e DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris, 1969

PACE, *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Firenze, 1914

PADOVINI, *La disciplina delle locazioni immobiliari fra regime attuale e prospettive future*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 268 e segg.

PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007

PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, pp. 1040 e segg.

PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009

PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 507 e segg.

PAGLIANTINI, *La forma informativa dei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Abuso del diritto e buone fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010

PAGLIANTINI e BRANDANI, *sub art. 590*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni*, vol. I, a cura di Cuffaro e Delfini, Torino, 2010

PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, in *Contratti*, 2011, 10, pp. 931 e segg.

PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 761 e segg.

PAGLIANTINI, *L'azione di nullità fra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, pp. 407 e segg.

PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?*, in *Contratti*, 2012, pp. 874 e segg.

PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 101 e segg.

PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998

PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, in *Sem. jur.*, 2009, 42, pp. 36 e segg.

PALERMO, *La disciplina delle attività negoziali nel D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, pp. 147-156

PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 319 e segg.

PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, pp. 3125 e segg.

PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e impr.*, 1995, pp. 483 e segg.

PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir., Annali*, II, I, Milano, 2008

PAOLINI e RUTOLO, *Alcuni aspetti problematici del decreto legislativo in tema di acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, pp. 887 e segg.

PAPPA MONTEFORTE, *Violazioni tributarie e validità del contratto*, in *Notariato*, 2009, pp. 194 e segg.

PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008

PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953

PASQUINI e SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2000

PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995

PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 459 e segg.

PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 409 e segg.

PASTORE e RE, *La multiproprietà: problemi e prospettive*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 841 e segg.

PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori dl giudice e tutela del consumatore* in *Contratti*, 2011, pp. 113 e segg.

PATTI, *Le clausole abusive e l' "optional instrument" nel percorso dell'armonizzazione in Europa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 2, pp. 662 e segg.

PAWLOWSKI, *Rechtgeschäffliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Gottingen, 1966

PELLIZZI, *La soluti retentio avente per oggetto una cosa determinata e la spontanea esecuzione di vendite immobiliari nulle per mancata registrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, pp. 373 e segg.

G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010

G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 661 e segg.

P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987

PERRIN, *Trattato delle nullità di diritto in materia civile*, tradotto in italiano da FANELLI, Napoli, 1831

PERRONE, a cura di, *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008

PERRONE, *Regole di comportamento e tutela degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, pp. 537 e segg.

PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare. L'art. 29 comma 1-bis della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, Milano, 2010

PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980

PIETROBON, *Il dovere generale di buone fede*, Padova, 1969

PIGA, *Nullità (in genere)*, in *Nov. dig. it.*, VIII, Torino, 1939

PIGNALOSA, *Il matrimonio putativo: una nullità di protezione ante litteram*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, pp. 568 e segg.

PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002

PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla scia dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 25 e segg.

PISTOLESI, *Nullità o rescissione (azione di)*, in *Dig. it.*, Torino, 1905-1910

POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001

POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 931 e segg.

POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 1019-1032

POLIDORI, *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, vol. 16, Napoli, 2012, pp. 53 e segg.

PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 423 e segg.

PRISCO, *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012

PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 222

PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967

PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, III, II, 2009

QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983

QUADRI, *Ordine pubblico e nullità di contratti immobiliari non registrati*, in *Giur. it.*, 1946, pp. 161 e segg.

QUADRI, "Nullità" e tutela del "contraente debole", in *Contr. e impr.*, 2001, pp. 1156 e segg.

QUADRI, *Nullità di protezione ed art. 28 della legge notarile*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009

RADICE, *Estinzione anticipata del mutuo e clausole sulle prestazioni del mutuatario*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di De Nova, Padova, 2009

RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971

RASCIO, *Sulla conferma ex art. 17, quarto comma, l. 47/85 e sulla sua forma*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pp. 637 e segg.

REDENTI, *Sugli effetti del D. LG. 20 marzo 1945, n. 212, abrogante l'obbligo di registrazione "a pena di nullità" delle alienazioni immobiliari*, in *Giur. it.*, 1946, pp. 289 e segg.

REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893

REINHART, *Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht*, Heidelberg, 1969

RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 185 e segg.

RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012

RESCIGNO *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 203 e segg.

RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 794 e segg.

RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1886

RIEZLER, *Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Recht*, Leipzig, 1912

RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Geny*, II, Paris, 1934

RIZZI, *La disciplina dell'attività edilizia dopo il decreto sullo sviluppo 2011*, Studio n. 325-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato

RIZZI, *La normativa in materia di conformità dei dati catastali (d. l. 78/2010)*, in www.notariato.it

RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449 e segg.

ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, pp. 178 e segg.

ROCCO, *Ancora sulla convalescenza dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 301 e segg.

F. ROMANO, *Note in tema di dichiarazioni orali di ultima volontà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, pp. 757 e segg.

SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 916 e segg.

SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. del Dir.*, I, Milano, 1958,

SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961

SALV. ROMANO, *“Agere” (contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato)*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, V, Milano, 1962, pp. 513 e segg.

SALV. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not.*, 1963, pp. 1 e segg.

SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946

SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953

ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 647 e segg.

ROMOLI, *Brevi considerazioni in tema di certificazione energetica degli edifici – normativa nazionale*, in *Vita not.*, 2011, pp. 151 e segg.

ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, pp. 719 e segg.

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001

ROPPO e BENEDETTI, *La responsabilità professionale del notaio*, in *Danno e resp.*, 2000, pp. 801 e segg.

ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 627 e segg.

ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 363 e segg.

ROTONDI, *La nullità delle scritture di vendita immobiliare non registrate e il d.l.lt. 20 marzo 1945, n. 212*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, pp. 29 e segg.

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939

RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*, Milano, 1997

RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008

SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1995

SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004

SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro*, in *Contratti*, 2012, pp. 403 e segg.

SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929

SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 1469 e segg.

SANGIOVANNI, *La registrazione ritardata del contratto di locazione fra nullità e inefficacia*, in *Corr. mer.*, 2012, pp. 246 e segg.

SANTALUCIA, *Hereditas e bonorum possessio*, in *Diritto privato romano*, a cura di Schiavone, Torino, 2003

SANTARCANGELO, *Le nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: casi e questioni*, in *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994

SANTORO PASSARELLI, *Irretroattività del D. L. 20 marzo 1945, n. 212*, in *Dir. giur.*, 1946, pp. 144 e segg.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973

SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975

SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004

SARZINA, *Il contratto nullo e la logica del diritto*, in *Giust. civ.*, 2000, pp. 2109 e segg.

SAVATIER, *Theorie des obligations (vision juridique et économique)*, Paris, 1967

SAVIGNY, *System des heutigen Romischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, traduzione italiana, curata da SCIALOJA, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, IV, Torino, 1889

SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 489 e segg.

SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 201 e segg.

SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 459 e segg.

SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, pp. 237 e segg.

SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 843 e segg.

SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, pp. 737 e segg.

SCARPA, *L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'onere di registrazione delle locazioni*, in *Giur. mer.*, 2006, pp. 2624 e segg.

SCARPA, *La registrazione delle locazioni dopo la cedolare secca*, in *Giur. mer.*, 2012, pp. 2237 e segg.

SCARPELLO, *Su di un caso di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni notarili*, in *Foro pad.*, 1955, I, pp. 83 e segg.

SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 258 e segg.

SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, disponibile in formato elettronico in www.judicium.it

SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico moderno*, Torino, 1994

- SCHIAVONE, a cura di, *Diritto privato romano*, Torino, 2003
- SCHLESINGER, *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*, in *Giur. it.*, 1955, I, pp. 1003 e segg.
- SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 229 e segg.
- SCHLOSSMAN, *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig, 1874
- SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934
- SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, pp. 256 e segg.
- SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, pp. 119 e segg.
- C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, pp. 5 e segg.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950
- SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010
- SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 857 e segg.
- SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forma prescritte dalla legge*, in *Legge*, 1874, pp. 121 e segg.

SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 384 e segg.

SILIQVINI CINELLI, *La responsabilità civile del notaio*, Milano, 2011

SINAY-CYTERMANN, *Protection ou superprotection du consommateur*, in *Sem. jur.*, 1994, I, pp. 3804 e segg.

SINGER, *Das Verbot widerspruchlichen Verhaltens*, Munchen, 1993

SOLIMENA, *Commento alla legislazione notarile italiana*, Milano, 1918

SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012

STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997

STELLA RICHTER, *Sui limiti delle attribuzioni notarili*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, pp. 99 e segg.

STILO, *La commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al cd. "Decreto Salva Italia"*, in *Contratti*, 2012, 1, pp. 82 e segg.

STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000

E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, Napoli, 2002

G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, pp. 151 e segg.

G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961

TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 435 e segg.

TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, in *Diritto Privato*, 1998, pp. 496 e segg.

TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2012, pp. 117 e segg.

THIBAUT, SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, traduzione italiana curata da MARINI, Napoli, 1982

TICOZZI, *Contenuto del contratto preliminare*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005

TIMPANO, *La rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente di immobili da costruire*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di De Nova, Padova, 2009

TOMMASINI, *Sanatoria*, in *Enc. del Dir.*, 1989

TONDO, *Intorno al divieto per il Notaio di ricevere atti contrari alle legge*, in *Riv. not.*, 1964, pp. 705 e segg.

TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968

TONDO, *Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 1249 e segg.

TORRE, *La conferma o integrazione dell'atto nullo di trasferimento di terreno*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 790 e segg.

TORRENTE, *Sulla retroattività dell'abrogazione di una legge retroattiva*, in *Foro it.*, 1946, pp. 75 e segg.

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956

TRABUCCHI, *Recensione a Gazzoni (L'attribuzione patrimoniale mediante conferma)*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, pp. 70 e segg.

TRAPANI, *Dall'impossibile conferma alla conferma possibile*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 761 e segg.

TRAPANI, *La pena disciplinare: tecniche di applicazione e modulazione*, in *Riv. not.*, 2011, 2, pp. 449 e segg.

TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temi*, 1955, pp. 191 e segg.

TRIOLA, *In tema di atti "espressamente" proibiti dalla legge*, in *Vita not.*, 1977, pp. 349 e segg.

ULESSI, *Registrazione e nullità della locazione dopo la "cedolare secca"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 285 e segg.

VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999

VALERIANI, *Certificazione energetica degli edifici – Il comma 2 ter dell'art. 6 del D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192*, Studio n. 342-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato

VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004

VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 184 e segg.

VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 1366 e segg.

VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema – I. Nullità e inesistenza del contratto*, Milano 2004

VENOSTA, *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008

VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 241 e segg.

VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993

VINCENTI, *Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c.d. multiproprietà*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, pp. 75 e segg.

VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007

WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, 1900, traduzione italiana, curata da FADDA e BENZA, I, Torino, 1925

ZACCARIA, *La rinunzia all'eredità manifestata successivamente alla sottrazione o all'occultamento di beni ereditari: un caso primigenio di nullità relativa?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010

ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, rielaborato da AUBRY e RAU, tradotto in italiano da FULVIO, Napoli, 1868

ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. e impr.*, 1998, pp. 1260 e segg.

ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1920

ZIMMERMANN e WHITTAKER, *Good faith in European contracts law*, Cambridge, 2000

ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Milano, 2006

INDICE

PREMESSE E LIMITI DELL'INDAGINE	1
1. STORIA E ATTUALITÀ DEL PROBLEMA.....	4
<u>1.1 Vicende storiche dell'invalidità contrattuale e della sua sanatoria</u>	4
1.1.1 Dal diritto romano al BGB.....	4
1.1.2 Il diritto francese	32
1.1.3 Dal Codice Civile del 1865 a quello del 1942: inesistenza, nullità e annullabilità	49
1.1.4 Le nuove nullità “europee”	68
<u>1.2 Il problema della sanabilità oggi: cenni e rinvio</u>	99
2. IL CONTRATTO NULLO CONVALIDABILE	108
<u>2.1 Il dibattito dottrinario sulla convalida del contratto nullo</u>	108
2.1.1 L'interpretazione dell'art. 1423 c.c.	108
2.1.2 Riflessi in tema di responsabilità notarile	131
<u>2.2 La convalida nella giurisprudenza europea sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità</u>	161
2.2.1 Il difficile coordinamento fra principi sostanziali e processuali	161
2.2.2 Il rapporto fra legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio	173

2.2.3 Il caso Pannon e le sue implicazioni.....	181
<u>2.3 La convalida nella giurisprudenza sull'abuso dell'azione di nullità.....</u>	209
2.3.1 Il problema della cd. "iperprotezione"	209
2.3.2 L'abuso del processo	226
3. IL CONTRATTO NULLO CONFERMABILE	241
<u>3.1 Convalida e conferma.....</u>	241
<u>3.2 Le nullità in materia edilizia.....</u>	245
3.2.1 Nullità e conferma nella legislazione di contrasto all'abusivismo	245
3.2.2 Il problema dell'estensione della conferma agli atti traslativi di terreni	267
3.2.3 Ulteriori possibilità di estensione della conferma	277
<u>3.3 Il possibile ruolo della conferma nelle cd. "nullità per inadempimento"</u>	295
3.3.1 Le nullità in materia di acquisto di immobili in costruzione	295
3.3.2 La nullità per omessa registrazione dei contratti di locazione	313
BIBLIOGRAFIA	331