

NOTE CRITICHE IN TEMA DI SANABILITA' E RINUNZIABILITA' DELLE NULLITA' DI PROTEZIONE.

Di Giovanni Passagnoli

| 24

Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (Giovanni Passagnoli)

SOMMARIO: 1. Il problema, anche alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia.- 2. La sanabilità.- 3. La rinunziabilità.- 4. La ragionevolezza sistematica della soluzione negativa.

1. Il problema, anche alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia.

Negli ultimi anni si è assistito ad un fiorire di pregevoli studi – che, a prescindere dalla condivisibilità di taluni esiti interpretativi, testimoniano della fecondità analitica del mutamento di prospettiva intervenuto nella materia a partire dagli anni novanta – riguardo alla sanabilità della nullità e in particolar modo di quelle *speciali* c.d. di protezione.

Vi sarebbero, secondo alcuni, ragioni sistematiche per revocare in dubbio, già con riferimento alla disciplina generale della nullità, il tradizionale assunto della insanabilità del contratto nullo: ciò in quanto la eccezionalità delle ipotesi di convalida della nullità sarebbe il frutto di una non giustificata lettura antiletterale dell'art. 1423 c.c.¹.

Gli argomenti a favore della sanabilità, si è osservato, diverrebbero ancor più pressanti per le nullità di protezione: queste ultime, proprio a cagione della loro strumentalità rispetto alla tutela dell'interesse particolare di un contraente, supporterebbero, in una marcata simmetria costruttiva con l'azione di annullamento², od anche nella prospettiva di una nullità sospesa ovvero di una efficacia so-

spesa del negozio nullo³, la sussistenza di un potere di convalida del contratto da parte del contraente protetto.

Si è così sostenuto – con particolare riferimento alle nullità regolate nell'art. 36 cod. cons. – che una volta ammesso che la trattativa individuale valga *ex ante* ad escludere la vessatorietà della clausola, sarebbe del tutto incongruo “denegare un (pari) valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante”⁴.

Proprio questa prospettiva, ad avviso di taluno, troverebbe conferme nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, nello scorso decennio, ha indubbiamente compiuto un percorso denso di implicazioni circa i presupposti di esercizio del potere di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione di matrice comunitaria.

Così, da un lato, essa ha enunciata, con una nettezza fattasi via via crescente, l'obbligatorietà del rilievo d'ufficio della nullità da parte del Giudice, a garanzia della effettività della tutela del consumatore⁵. Dall'altro, in modo complementare, essa ha

¹ Nel senso che l'art. 1423 “prospetta sì una riserva di legge, ma non una riserva espressa” con la conseguenza che “la chiusa eccettuativa dell'art. 1423 – se la legge non dispone diversamente – si può benissimo spiegare come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione risulti altrimenti”: così, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 35.

² S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p.12 ss.; in tal senso già S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, p. 1000.

³ G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 1 ss., 22 e *ivi* nota 47. Nella medesima prospettiva v. anche: S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, I, p. 28 ss.; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.-

⁴ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. Dalla Torre, Milano, 2010, vol. II, p. 1255.

⁵ Corte giust. Ce, 27 giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Europa dir. priv.* 2000, p.1174; Corte giust. Ce, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, in *Racc. p.* I-10875; Corte giust. Ce, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza*





circoscritto tale potere: il Giudice non può rilevare d'ufficio la nullità, se il consumatore, debitamente informato, vi si opponga⁶.

Prescindendo qui, per economia del discorso, dalle zone d'ombra lasciate da quelle pronunzie, che altri del resto ha già ben evidenziato⁷, la rilevanza del contegno processuale del consumatore, ai fini del consentire o meno il rilievo della invalidità da parte del Giudice, sarebbe così il segno di una riconosciuta convalidabilità della nullità⁸.

La portata di quelle pronunzie sembra tuttavia *insuscettibile di avvalorare un simile assunto in termini generali*; per più ragioni.

A ben vedere, anzitutto, La Corte non si esprime affatto circa il *riflesso sostanziale* sia del mancato esperimento dell'azione di nullità da parte del contraente legittimato, sia della "opposizione" da questi espressa al rilievo d'ufficio: resta cioè impregiudicata la possibilità che tale contegno assuma rilevanza esclusivamente processuale, senza produrre alcun effetto sanante della nullità, che potrebbe pertanto essere fatta valere in un diverso processo ed anche in via surrogatoria.

Inoltre, la Corte circoscrive all'interno del processo e sotto la supervisione giudiziale la rilevanza preclusiva della detta "opposizione". Essa quindi, manifestamente, presuppone la non significatività di altri e precedenti contegni esecutivi del contraente protetto, *visti più come effetto della asimmetria che come consapevole acquiescenza alla medesima*.

Infine, come è stato correttamente notato, nel diritto comunitario dei contratti coesistono più modelli di disciplina, nei quali il grado di irrinunciabilità dei diritti del consumatore risulta di differente intensità⁹; *sarebbe vano, così, ricercarne un prototipo*

unitario per trarne argomenti plausibilmente *generalizzabili*.

Senza rinunciare alla complessità positiva, conviene allora riconsiderare, sia pure sinteticamente, i profili salienti del dibattito dottrinale.

2. La sanabilità.

L'opinione tradizionale considera l'insanabilità un corollario della configurazione concettuale dell'istituto ed argomenta in tal senso muovendo da un duplice ordine di premesse.

Per un verso, l'insanabilità - assieme agli altri caratteri della nullità - sarebbe una implicazione necessaria dell'idea di nullità come *irrilevanza* stante la mancata integrazione della fattispecie o, detto altrimenti, dell'argomento metaforico che considera il contratto nullo come nato morto e perciò insuscettibile di alcuna convalescenza, non potendosi "*convalidare il nulla*", che non ha "*né forma né sostanza*"¹⁰.

Per altro verso, l'insanabilità si coniugherebbe con l'idea, anch'essa tradizionalmente presupposta, della natura dell'interesse protetto, cioè del fondamento sostanziale della nullità, che per la sua rilevanza pubblica renderebbe *necessaria* la reazione dell'ordinamento. La disciplina della azione di nullità sarebbe per ciò del tutto inderogabile ed *a priori* insensibile a sottostanti piani di interesse particolare; sottratta, in definitiva all'arbitrio delle parti, che non potrebbero in alcun modo disporne¹¹.

Così, in un prima prospettiva - quella della criticata costruzione tradizionale - la sanabilità del negozio nullo, anche ove eccezionalmente prevista, andrebbe riguardata come un deflettere inesplicabile della legge rispetto all'intrinseca razionalità della figura e del sistema¹².

Claro, in *Racc.* p. I-10421; Corte giust. Ce, 4 ottobre 2007, C-429/05, *Rampion*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 202.

⁶ Corte giust. Ce, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon*, in *Foro it.* 2009, IV, 289; Corte giust. Ce, 17 dicembre 2009, C-227/08, *Martin Martin*, in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2010, 289.

⁷ Si pensi alle ipotesi di contumacia del contraente protetto, od al caso della parte interpellata ma silente: su cui, per tutti, S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I contratti*, 2009, p. 1115 ss., 1122.

⁸ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, cit., p. 1248 ss.

⁹ G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, cit., p. 179 ss.- Così, osserva l'A., "Mentre non appare del tutto incompatibile con l'impianto e la ratio della direttiva 93/13 ipotizzare che la <non vincolatività> di una clausola, come può essere *a priori* esclusa dallo svolgimento di una trattativa individuale [...] così dovrebbe poter essere sanata *ex post*" (ivi, p. 201), diversamente dovrebbe opinarsi con riferimento alle direttive 85/577/Cee (tutela dei consumatori per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali), 97/7/Ce (contratti a distanza), 2002/65/Ce (commercializzazione a di-

stanza di servizi finanziari), 2008/48/Ce (contratti di credito), 2008/114/Ce (multiproprietà e vacanze di lungo termine), rispetto alle quali sarebbero precluse non solo le rinunce preventive "ma anche gli atti o i patti con i quali il consumatore, dopo esserne divenuto titolare in forza delle disposizioni (di attuazione) delle direttive, rinunci ai diritti che gli competono o comunque ne disponga" (ivi, pp. 198-199).

¹⁰ Così, in prospettiva critica, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridiques*, Paris, 1909, p. 714; NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Napoli, 1981, p. 8 ss.-

¹¹ R. JAPIOT, *op. loc. cit.*

¹² Sono parole che parafrasano un pensiero non mio (anche per evidente incompatibilità col senso del mio già citato studio sulle *Nullità speciali*, Milano, 1995, senza l'articolo "Le" che vedo invece frequentemente anteposto nelle citazioni, il quale però tradisce, elidendo il voluto significato partitivo del titolo, il mio pensiero), come mi è invece capitato di leggere, ma di un classico ottocentesco: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1885, p. 211 ss.

Diversamente, nella prospettiva costruttiva delle *nullità speciali*, quei presupposti teorici appaiono inadeguati a fondare siffatte conclusioni.

Anzitutto, in termini sistematici è del tutto illusoria la riduzione della nullità all'idea di irrilevanza per incompletezza della fattispecie. Del pari, è positivamente smentita la supposta unitarietà di fondamento sostanziale della figura: la nullità è disposta, già nel Codice e poi diffusamente nelle altre fonti, a tutela di una pluralità di gradati interessi, anche particolari, benché spesso seriali o di categoria. E tale substrato composito e graduato di interessi protetti è insuscettibile di riduzione allo schematismo che contrappone, con la consueta simmetria costruttiva, nullità ed annullabilità del negozio.

Il problema della sanabilità dell'atto nullo deve perciò trovare una soluzione *positiva e non pregiudiziale*, senza il fuorviante schermo di schemi teorici sovrapposti alla complessità dell'ordinamento.

La riflessione può muovere utilmente dalla constatazione positiva – che, oggi e qui, dopo aver costituito per decenni un tabù, più non necessita di particolare dimostrazione¹³ – della coesistenza di plurimi statuti della nullità, con la seguente duplice implicazione: a) la nullità, lungi dall'esaurirsi nella irrilevanza giuridica, va piuttosto considerata come una *disciplina* del contratto, positivamente correlata nei suoi contenuti alla differente *ratio* cui essa volta a volta sottende; b) a fianco della disciplina generale, le varie discipline di settore assumono sovente, per la omogeneità delle loro *rationes*, natura *speciale*, quindi non eccezionale, aprendo la strada alla interpretazione analogica.

In questa prospettiva - con una ambivalenza che ho già a suo tempo evidenziata, ma che merita di essere riponderata nel dibattito attuale anche alla luce degli sviluppi dell'ordinamento - si possono svolgere, senza pregiudiziali razionalistiche, due argomentazioni: la prima a favore di una generale sanabilità della nullità di protezione; la seconda, e come vedremo per me preferibile, in senso contrario.

Vediamo anzitutto gli argomenti a favore.

L'antitesi che, dai più, si vorrebbe istituire tra nullità ed annullabilità, riguardo alla disponibilità dell'interesse protetto¹⁴ non convince appieno.

¹³ Per tale dimostrazione, in un quadro positivo allora del tutto *in fieri*, mi permetto di rinviare ancora al mio *Nullità speciali*, cit., *passim*.

¹⁴ Per limitare le citazioni a qualche classico contributo, cfr.: F. MESSINEO, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 470; TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 899; P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 201 ss.; SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 332; M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, p.127.

La disponibilità dell'interesse, secondo quanto comunemente si ritiene, mancherebbe affatto nel primo caso e connoterebbe, invece, la seconda figura di invalidità, in aderenza alla natura pubblica o privata dell'interesse che ne costituirebbe il rispettivo, contrapposto fondamento.

Ma quello schema ha da tempo mostrato la propria fragilità; per più ragioni. Dalla configurabilità nel sistema di ipotesi di nullità per contrarietà del contratto a norme imperative connotate da una inderogabilità solo relativa, sino alla constatazione dell'evidente indisponibilità preventiva della composizione di interessi realizzata con la disciplina dell'atto annullabile: innanzi al sorgere del potere di impugnativa, è preclusa ogni valida rinunzia all'esercizio dello stesso.

Sotto questo aspetto, il discorso parrebbe suscettibile di ulteriori sviluppi. Potrebbe osservarsi, così, che la convalidabilità dell'atto annullabile non costituisca un'implicazione necessaria di tale specie di invalidità, giacché si scorgono nel sistema evidenti ipotesi di annullabilità insanabile. Si pensi, da un lato, alla inammissibilità della convalida nei casi di annullabilità assoluta¹⁵; o si pensi, anche per quella relativa, ai limiti che incontra la concreta sanabilità del contratto annullabile, pur in presenza di fattispecie di annullabilità astrattamente sanabile. Dispone, infatti, il comma terzo dell'art. 1444 che la convalida "non ha effetto se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto"; quindi ove non sia "cessata la violenza", non sia "scoperto l'errore o il dolo", non risulti "cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione".

In simili ipotesi la concreta convalidabilità, seppur supponga - come condizione necessaria - la relatività della legittimazione all'azione, e così una peculiare strumentalità di questa alla tutela principale dell'interesse negoziale di una parte, di tale relatività non costituisce una implicazione necessaria, costante, poiché appare connessa in modo determinante anche al perdurare, o meno, della causa di invalidità.

La violenza o l'incapacità legale perduranti, l'errore od il dolo occulti, in questa prospettiva, da-

¹⁵ G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Napoli, 1973, p. 144 ss., che esattamente discorre di convalida "inconcepibile" e non solo "irrealizzabile" in "linea di fatto" "per la difficoltà pratica di individuare i soggetti legittimati (in tal senso, invece, per tutti, L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa*, in *Foro it.* 1939, IV, c. 50 ss.): inammissibilità che discende dalla circostanza che i soggetti legittimati ad impugnare l'atto sono invece sforniti del potere di convalida, il che, mentre consente la rinuncia alla azione di annullamento, esclude ogni forma di convalida, anche soggettivamente parziale (su cui v., invece, G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 179 ss., in specie p. 193).



rebbero luogo ad altrettante ipotesi di annullabilità relativa e tuttavia, *sinché permanga l'esigenza di protezione dell'interesse volta a volta posto a fondamento della tutela, insuscettibile di valida sanatoria*.

Potrebbe osservarsi, allora, svolgendo ulteriormente il filo di un simile ragionamento, che la convalidabilità del negozio annullabile non ne costituisca un tratto costante, necessario, di disciplina; e sia piuttosto correlata, in astratto, alla natura particolare dell'interesse protetto e, nei suoi concreti presupposti, al venir meno della esigenza di indisponibile salvaguardia del medesimo.

Per tale via, si potrebbe porre, sul piano sistematico, la questione se tale duplice correlazione, in punto di disponibilità successiva della invalidità del negozio, costituisca un connotato peculiare della sola annullabilità relativa, oppure se, per così dire, intersechi la materia delle invalidità, con un possibile riscontro positivo anche in tema di nullità relativa¹⁶.

Un tale rilievo, del resto, non è nuovo. Già una attenta dottrina dell'inizio del secolo scorso osservava che "*Toute nullité . . . est donc à l'origine insusceptible de confirmation*", anche ove sia disposta a salvaguardia di un interesse particolare. "*Toute nullité*", si aggiungeva, con riferimento all'art. 6 del *Code Napoléon* ed alla terminologia, allora in uso tra gli interpreti francesi, "*est d'ordre public*". E tuttavia, tale insuscettibilità di convalida, tale rilievo "*d'ordre public*" della nullità non costituisce, si osservava, un connotato immutabile della figura, cui sarebbe ascrivibile solo "*pendant la période ed dans la mesure où l'exigera le but de la nullité*"¹⁷.

Così, ove fosse possibile condividere questi argomenti, dovrebbe coerentemente suppersi la convalidabilità dell'atto nullo, al di fuori di ogni presupposta eccezionalità dell'inciso finale dell'art. 1423 c.c., tutte le volte in cui il permanere dell'indisponibilità della tutela non soddisfi alcuna perdurante esigenza di salvaguardia dell'interesse cui essa è in principio preordinata. Ciò evidentemente assumerebbe immediato rilievo applicativo proprio nelle *nullità speciali* disposte a diretta e pe-

culiare protezione dell'interesse di uno dei contraenti.

Il discorso, per chi ami le geometrie costruttive, potrebbe finire qui, istituendo in definitiva una equazione tra specialità - e graduabilità - di disciplina delle nullità di protezione, generalizzando la convalidabilità delle stesse, con le varianti tecniche costruttive ricordate al paragrafo iniziale.

Tuttavia - e così veniamo agli argomenti contrari - questa prospettiva, nella sua apparente coerenza, non convince appieno¹⁸.

Anzitutto, in quel modo di ragionare verrebbero accomunati profili tra loro incoerenti, quali, da un lato, l'inconfigurabilità *in astratto* della convalida per i negozi assolutamente annullabili e, dall'altro, l'invalidità *in concreto* della convalida, ove - pur essendo l'annullabilità relativa, e quindi la sanatoria ammissibile - perduri la causa perturbatrice del consenso o l'incapacità del soggetto.

Va considerato, poi, che la convalida suppone l'attribuzione al soggetto, ad essa legittimato, di un diritto potestativo, il cui esercizio sia idoneo ad incidere, *in modo reale e retroattivo, sulla posizione dei terzi interessati*. Proprio ciò, come subito si scorge, introduce nella ponderazione di interessi - cui indubbiamente va soggetta la declinazione positiva di disciplina di ciascuna ipotesi di nullità - un elemento di maggiore complessità del discorso, difficilmente riducibile all'idea di una piena disponibilità della tutela per il contraente protetto.

Vero è che sul piano sistematico, l'idea della eccezionalità delle norme che consentono la convalida, trova quindi un fondamento sostanziale che va ben oltre l'ambigua lettera dell'art. 1423, ben potendosi - e in linea di principio dovendosi - ritenere soccombente l'interesse della parte *direttamente* protetta dalla nullità relativa, rispetto a quello dei terzi alla "*Klarheit und Sicherheit*" nei rapporti giuridici.

Né, sul punto, potrebbero trarsi argomenti in contrario dalla disciplina della conferma e sanatoria delle disposizioni testamentarie e donazioni nulle, nelle quali è assai arduo scorgere una efficacia propriamente sanante - che all'evidenza neppure sussiste nelle pur cospicue ipotesi del contratto di lavoro o di società nulli, a norma degli artt. 2126 e 2332 Cod. civ.¹⁹ -.

¹⁶ Affronta il problema W. FLUME, *Das Rechtsgescheft*, II, Berlin, 1985, pp. 550-551, che, seppur ritenga niente affatto "*selbstverstaendlich*" la regola classica *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (D. 50, 17, 29), ed in particolare consideri errato il presupposto dogmatico della inesistenza del negozio nullo, riconosce esser tale regola recepita positivamente ed assolvere ad una funzione di "*Klarheit und Sicherheit*" nei rapporti giuridici (*ivi*, p. 551). Di diverso avviso, S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, cit. p. 1000, che correla decisamente relatività e sanabilità della nullità, considerando la insanabilità alla stregua di un "conseguenza normale, neppure necessaria, del carattere della assolutezza" che nella maggior parte dei casi si accompagna a tale figura di invalidità.

¹⁷ Così, R. JAPIOT, *op.cit.*, p. 749.

¹⁸ Anche la dottrina più propensa a fondare in modo articolato la recuperabilità del negozio è, in effetti, forzata ad ammettere che "il negozio puramente confermativo è nel diritto italiano un'eccezione", seppur si tratti, rispetto ai "sistemi francese e tedesco" di un "atteggiamento isolato": così R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 901.

¹⁹ Infatti, a prescindere dalle difficoltà cui dà luogo la individuazione dei soggetti legittimati alla conferma, rispettivamente negli artt. 590 e 799, e la diversa ampiezza della legittimazione a confermare rispetto a quella alla azione di nullità (su cui, per



Né, ancora, depongono a favore di un generale potere di convalida le pur cospicue discipline dettate in materia urbanistica²⁰, le quali, al più, evidenziano una *circostritta logica di settore*, suscettibile quindi di qualificazione in termini di *specialità* soltanto nei casi in cui possa farsi questione “del sistema urbanistico e della qualità delle costruzioni in

tutti, FERRI G.B., *Il c.d. recupero del negozio giuridico invalido*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 45; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pag. 243), è decisiva la considerazione che la sanatoria del testamento o della donazione, diversamente dalla convalida, “*determina*” l’efficacia del negozio, con una retroattività solo relativa e quindi inidonea a pregiudicare la posizione dei terzi (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, cit. p.249). Del resto, tanto a riconoscere carattere sanante, in quei limiti, alla conferma (G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, cit., p. 57 ss.) quanto a scorgervi una rinunzia (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 493 ss.) o la perdita *ex lege* (FERRI G.B., *op. cit.*, p. 45) della azione di nullità, sia col riconnettervi il solo effetto di far sorgere, in capo al confermato, una situazione strumentale e non sostantiva (G. FILANTI, *op. cit.*, p. 273), sia infine ad ipotizzare, tramite una duplice attribuzione, la autonomia del negozio di conferma rispetto a quello confermato (F. GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 144 ss.), si perviene in ogni caso a porre un limite soggettivo alla efficacia della conferma: la si reputa, quindi, inidonea a pregiudicare l’altrui azione di nullità.

Alcuno, peraltro, ferma la impossibilità per il confermante di far valere la nullità, ipotizza una legittimazione congiuntiva alla conferma ed attribuisce alla eventuale dichiarazione di nullità, ad istanza del non confermante, efficacia *erga omnes*, ivi compresi quanti abbiano innanzi confermato l’atto nullo (in tal senso, sia pur traendo spunto da una ipotesi di annullabilità assoluta del testamento, L. PUCCINI, *Note in tema di legittimazione congiuntiva*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 2251; nonché, per la sola conferma testamentaria, Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435; e per la sola donazione confermata, FERRI G.B., *op. cit.*, p. 46 ss.). Per l’opposta soluzione vedi invece, Cass., 15 gennaio 1965 n. 77, in *Foro it.*, 1965, I, c. 451, in tema di donazione; nonché, limitatamente alla conferma testamentaria, lo stesso FERRI G.B., *op. loc. cit.*, secondo cui, in caso di dichiarazione di nullità, resterebbe salvo l’effetto della conferma riguardo alla quota ereditaria del confermante).

Altri, invece, in linea col carattere dichiarativo comunemente attribuito alla sentenza in punto di nullità, con la disciplina processuale del litis consorzio e quella dei limiti soggettivi del giudicato, mostra maggior propensione a far salvi, comunque, gli effetti della conferma nei limiti della quota del confermante (R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, p. 180; e, limitatamente alle disposizioni testamentarie, FERRI G.B., *op. loc. cit.*; in senso contrario, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 252, nt. 57, che, coerentemente al carattere solo strumentale e non sostantivo riconosciuto agli effetti della conferma, ritiene la anzidetta soluzione inammissibile, poiché lesiva della vocazione di colui che segue il confermante nell’ordine dei successibili *ex lege*).

²⁰ C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, p. 74 ss., 98; NEGRI, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla legge n. 47 del 28 febbraio 1985*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 167 ss.; G. MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, p. 751 ss.; A. CATAUDELLA, *Nullità “formali” e nullità “sostanziali” nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 487 ss.-

esso realizzate vietando la circolazione di fabbricati che non siano conformi a standard minimi ritenuti rilevanti a tal fine²¹.

Resta, infine, l’argomento che, per quanto appaia di intuitiva linearità, si rivela in realtà il più fragile.

Come ho già ricordato - con particolare riguardo alla nullità di protezione delle clausole vessatorie - si è tentato di giustificare la convalidabilità a posteriori proprio in considerazione della possibilità di precludere *ex ante* la vessatori età tramite la negoziazione individuale: segno, si è detto, della disponibilità degli interessi in giuoco.

L’argomento tuttavia pecca di generalizzazione e perciò perde di plausibilità: le ipotesi contemplate dal comma secondo dell’art. 36 cod. cons. non si prestano infatti ad una tale ricostruzione, giacché in tal caso le clausole vessatorie, testualmente, sono nulle “*quantunque oggetto di trattativa*”.

3. La rinunziabilità.

Neppure con tali considerazioni, tuttavia, la questione può dirsi convenientemente esaurita.

In effetti, altro è la suscettibilità o meno di sanatoria, altro - al di fuori dei tratti di disciplina che di quest’ultima caratterizzano il peculiare rilievo per i terzi - la disponibilità negoziale, per il soggetto legittimato ad esperirla, dell’azione di nullità.

Al riguardo le soluzioni prospettabili parrebbero, in una prima approssimazione, maggiormente articolate, sul rilievo, anzitutto, che non sussista un nesso di correlazione necessaria tra insanabilità dell’atto ed indisponibilità successiva della azione, come mostra, secondo quanto correttamente si reputa, la fattispecie dell’annullabilità assoluta del negozio che, pure non suscettibile di convalida, lo è invece di rinunzia²².

Oltre a ciò, come ho già osservato, la disponibilità di talune tutele, ancorché preclusa in sede di regolamento negoziale, è ampiamente ammessa *a posteriori*, come confermerebbe - ma, come vedremo, si tratta di una lettura semplificante - anche e proprio con riferimento alla nullità del negozio, la possibilità di disporre in via transattiva, purché la causa di nullità non risieda nell’illiceità dell’atto (art. 1972 c.c.).

In questa prospettiva, la correlazione tra la transigibilità - e così la disponibilità della materia (arg.

²¹ M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, vol. II, p. 233 ss., 251: la specialità della disciplina apre, secondo l’A., un varco alla analogia, ma, ben inteso, all’interno delle sole regole del settore urbanistico, difettando altrimenti il presupposto della identità di *ratio*.

²² In tal senso v., ancora, G. PIAZZA, *La convalida*, cit. p. 145.

ex art. 1966, secondo comma) - e la natura, proibitiva o precettiva, della norma violata, sembrerebbe deporre, in prima lettura, a favore della disponibilità della tutela. Talché, a voler considerare la transazione su titolo nullo alla stregua di una “*convalida convenzionale a titolo oneroso*”²³, od, ancor più, a scorgervi due negozi unilaterali reciprocamente condizionati di rinunzia e riconoscimento²⁴, la strada della analogia parrebbe segnata: nel senso, cioè, di ipotizzare, se non la sanabilità, quanto meno una generale disponibilità, mediante rinunzia²⁵, della azione di nullità, laddove il negozio sia semplicemente *illegale* e non *illicito*.

Ciò *a fortiori* dovrebbe finirsi con l'ammettere nelle ipotesi in cui la norma precettiva violata assolve ad una funzione solo protettiva di interessi particolari, la cui tutela, mercé l'azione di nullità, potrebbe formare oggetto, in aderenza alla *ratio* normativa, di valida rinunzia da parte del soggetto legittimato.

A ben vedere, ancora una volta, l'argomento prova troppo.

Il limite alla disponibilità successiva della azione di nullità è fissato proprio, se la si intenda rettamente, dalla disciplina della transazione: al cui riguardo sono stati formulati rilievi decisivi, che inducono a circoscrivere alla sola transazione *novativa* l'ambito di applicazione dell'art. 1972 e, così, a fondare sulle peculiarità di questa quel particolare trattamento della nullità del titolo.

La transazione *novativa* viene, in effetti, a regolare in modo esclusivo la situazione giuridica, “*assorbendo la fonte preesistente*”²⁶, della quale realizza una vera e propria rinnovazione²⁷; valida, in quanto più non rilevi la causa di nullità del titolo, come ben dimostra il limite posto alla transigibilità dal comma primo dell'art. 1972.

Non si tratta, allora, di una novazione del rapporto obbligatorio inesistente, in deroga al disposto dell'art. 1234 primo comma; né si tratta di una rinunzia all'azione di nullità, *per la evidente inidoneità*

*di quest'ultima a costituire di per sé una nuova fonte negoziale del rapporto; né, a maggior ragione, vi è un atto che possa dirsi tecnicamente sanante, per la retroattività “meramente relativa” che le parti potrebbero, al più, attribuirgli*²⁸.

Viceversa, nella transazione non *novativa*, la “*situazione preesistente non è interamente dedotta in lite e, quindi, non è interamente sostituita, ma integrata da quella creata con la transazione*”²⁹.

Si compie, in tal caso, una semplice “*integrazione*” dei comandi posti dalle due fonti e la transazione assume carattere complementare rispetto all'atto presupposto: e così essa *sta e cade* in ragione della validità di quest'ultimo, senza che assuma rilievo alcuno la disposizione dell'art. 1972.

Tanto basterebbe per escludere che la disciplina in oggetto possa porsi a fondamento di una generalizzabile rinunziabilità alla azione di nullità. E tuttavia, anche a voler prescindere dalle peculiarità della transazione *novativa*, ed a reputare più vasto l'ambito di applicazione dell'art. 1972³⁰, sarebbe pur sempre da dimostrare che il risultato cui le parti possono pervenire adottando lo schema causale della transazione si giustifichi anche a prescindere dall'impiego di tale strumento negoziale.

Può agevolmente osservarsi, in senso contrario, che la ampiezza di contenuti dei quali quest'ultimo è suscettibile trova il proprio presupposto nella causa *transattiva*, nella idoneità quindi a dar composizione alla *lite*, mediante le reciproche concessioni: “*mutuo sacrificio*” che, mentre giustifica l'efficacia della figura, ne postula al tempo stesso la “*contrattualità*”³¹.

Anche sotto tale profilo, sarebbe pertanto arbitrario scorgervi il presupposto di un argomento analogico che volesse giustificare un generale, isolato, potere di rinunzia all'azione di nullità, se non nel senso, *tutto processuale e circoscritto*, di una rinunzia a farla valere “nel processo, *in quel processo* [corsivo mio]”³², ben inteso ove la nullità sia relativa.

²³ Così, sia pure in tema di transazione riguardo all'atto rescindibile, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 909.

²⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?* In *Riv. Dir. Proc.*, 1953, I p. 187 ss.; ma in contrario vedi R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, estratto dagli *Annali dell'Università di Messina*, VII, 1934-35, p. 54 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 68, 89 ss..

²⁵ Sembrano propendere per la rinunziabilità alla azione di nullità relativa, A. BONFILIO-G. MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo, ne I contratti in generale*, dir. da Alpa e Bessone, cit. p. 517 ss., 529.

²⁶ Così, F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 164.

²⁷ Per il cui inquadramento vedi, F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 34 ss.; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 1 ss..

²⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 83 ss., 165 e, *ivi*, nota 45; la rinunzia infatti è atto “essenzialmente *abdicatorio*”, che non ha “altra conseguenza che l'estinzione del rapporto” (così, sempre F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., p. 218; nello stesso senso, G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1291 ss., in specie p. 1316).

²⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 79-80, 164-165.

³⁰ In tal senso vedi, per tutti, M. GIORGIANNI, *In tema di transazione su “titolo” nullo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 441; di recente, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., pp. 92-94.

³¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 68, 91 ss..

³² S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 186.



4. La ragionevolezza sistematica della soluzione negativa.

| 30

Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (Giovanni Passagnoli)

Del resto, anche e proprio sul piano del fondamento normativo si giustifica la diversa disciplina della nullità relativa rispetto alle ipotesi di annullabilità parimenti relativa.

Solo nella prima, come altrove ho illustrato, vi è - quale presupposto della tutela - una situazione di *squilibrio strutturale*, non occasionale o patologico, tra i contraenti. Sicché si comprende il diverso atteggiarsi della disciplina che, mentre realizza l'immediata protezione del soggetto, attua, in pari tempo, quella di un interesse che non può dirsi *esclusivo* di quest'ultimo ed anzi postula un concorrente interesse di *categoria* all'effettività della tutela, che sarebbe pregiudicato tanto dalla sanabilità della nullità che dalla rinunziabilità della rispettiva azione.

Può escludersi allora, conclusivamente, che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità ne implichi - almeno in termini generali e quindi fatta salva ogni possibile ma, almeno allo stato, eccezionale deroga per gli affetti dell'art. 1423 - la sanabilità o rinunziabilità.

E può dirsi in particolare - per tornare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia - che l'*opposizione* al rilievo d'ufficio, *non impedirà al contraente protetto di far valere successivamente, in via d'azione o d'eccezione, la nullità; né impedirà che ciò possa avvenire in via surrogatoria da parte dei creditori*: ipotesi l'una e l'altra che sarebbero invece da escludere in caso di sanatoria della nullità o di rinunzia, con effetti sostanziali, all'azione.

E' peraltro evidente che in tutti i casi di mancato esercizio dell'azione di nullità - per quanto essa resti intatta, come impregiudicata resta in ogni tempo la *eccezione* di nullità - si produrranno frattanto gli *effetti acquisitivi del possesso di buona fede e della usucapione*, nonché quelli *estintivi connessi alla prescrizione sia dell'azione di ripetizione sia di quella per il risarcimento del danno ai sensi dell'art.1338 c.c.*-

Né in ciò - per chi non si senta astretto da una sorta di geometria razionale e sia disposto a considerare la pluralità di valutazioni giuridiche del fatto come un momento di ricchezza del sistema per la realizzazione della funzione pratica del diritto - può scorgersi una intollerabile incoerenza.

L'ordinamento, in tal modo, realizza - rispetto agli schemi della annullabilità - una articolazione e quindi una gradazione di disciplina delle *nullità speciali* in rapporto alla peculiarità degli interessi regolati, ad un tempo particolari e generali nei sensi illustrati.

Si imprime, così, alla tutela di questi ultimi un *più elevato grado di effettività*, nella misura in cui il rischio di una perdurante incertezza sulla validità del contratto viene a costituire, come a me pare, un efficace deterrente per la controparte non legittimata all'azione.

Esito, quest'ultimo, che appare tanto più desiderabile e sistematicamente coerente nel perenne svolgersi dell'ordine pubblico economico, che evidentemente reclama, nella gravità dell'ora presente, una più intensa e diffusa *responsabilità sociale dell'impresa*.

