

Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 4 settembre 2012, n. 14828 (Pres. Vittoria, est. D'Ascola)

GIUDIZIO DI RISOLUZIONE CONTRATTUALE - NULLITÀ DEL CONTRATTO – RILEVABILITÀ D'UFFICIO – POTERE DEL GIUDICE – SUSSISTE.

Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni.

Motivi della decisione

La controversia giunge all'esame delle Sezioni Unite perché involge la questione, controversa in dottrina e giurisprudenza, relativa alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione del contratto stesso.

Il (OMISSIS) l'odierno ricorrente A.K.A. stipulava contratto preliminare con il quale si impegnava a dare in permuta la proprietà di un terreno di circa 4.500 mq, sito in (OMISSIS), alla impresa Silvo Costruzioni di Boscolo Sauro, la quale si obbligava a fargli avere la proprietà di 400 mq del fabbricato che avrebbe costruito sul fondo.

In pari data l'impresa del B. acquistava il terreno dal proprietario tavolare, tale sig. P.B. . Intervenuto il fallimento della impresa Silvo Costruzioni, nel 1995 il curatore fallimentare comunicava lo scioglimento del contratto ex art. 72 comma IV L. Fall, e, in seguito alla dichiarazione del fallimento, nel (OMISSIS) veniva dichiarata interrotta la causa avviata nel 1993 nei confronti della impresa Silvo, ai sensi dell'art. 2932 cc.

Nel 2000 il dr. A. agiva per la risoluzione del contratto preliminare e la restituzione del terreno a favore proprio o, in via subordinata, del proprietario tavolare, terzo che aveva dato esecuzione al contratto. Il Fallimento Silvo Costruzioni resisteva, negando la

legittimazione attiva dell'istante e il valore attribuito alle missive spedite dal curatore. il tribunale, disattese le eccezioni pregiudiziali, rigettava la domanda, affermando che lo scioglimento del contratto aveva caducato la promessa di vendita e che le pretese del contraente in bonis dovevano essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo.

1.1) In sede di appello il dr. A. chiedeva che fosse pronunciata la nullità del contratto preliminare per indeterminatezza dell'oggetto (omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato). In subordine lamentava che la richiesta di restituzione del fondo non avrebbe potuto essere soddisfatta mediante l'insinuazione al passivo fallimentare, trattandosi di bene infungibile.

In giudizio interveniva la snc Floridia di Broetto Sergio & C. snc, aggiudicataria del terreno, che aderiva alle ragioni del Fallimento.

La Corte di appello di Venezia con sentenza 27 agosto 2008 dichiarava inammissibile, perché nuova, la prima domanda; in proposito osservava di non poter rilevare di ufficio la nullità del contratto, essendone stata richiesta inizialmente la risoluzione.

Rigettava il motivo di appello subordinato.

Il 14 marzo 2009 parte A. ha notificato ricorso per cassazione, affidandosi a tre motivi.

Il Fallimento Silvo costruzioni ha resistito con controricorso.

Dopo il deposito di memorie ex art. 378 c.p.c., la Prima Sezione civile, con ordinanza n. 25151 del 2011, ha rilevato l'esistenza di contrasto di giurisprudenza in ordine alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto

2) Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, 'il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. va coordinato col principio della domanda fissato dagli art. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti. Al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare la invalidità del contratto o la

risoluzione per inadempimento, la deduzione (nella prima ipotesi) di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e (nella seconda ipotesi) di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili: né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra patita* (tra le tante v. Cass. 2398/88; 6899/87). Cass. n. 1127/70 sostenne con chiarezza che la rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto, sancita dall'art. 1421 c.c., opera, anche in sede di impugnazione, quando si chieda in giudizio l'applicazione del contratto, perché in tal caso 'la legge stessa respinge con la forza dei suoi principi imperativi gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta'.

Aggiunse che quando in giudizio non si chiede l'applicazione del contratto, ma la risoluzione di esso, il giudice non può dichiarare *ex officio* la nullità, perché il divieto di decidere su domande non proposte si concreta in un preclusione all'esercizio della giurisdizione, la cui violazione 'da luogo a vizio di *extrapetizione*'.

Questo insegnamento si è tramandato con continuità di accenti (cfr. Cass. 14/71; 661/71; 3443/73; 243/77; 5295/78; 5766/79), sebbene significativamente resistito dalla coeva Cass. n. 578/70, la quale aveva, proprio in ipotesi di domanda di risoluzione di contratto preliminare relativo a compravendita nulla perché simulata, semplicemente osservato che la Corte di appello avrebbe dovuto senz'altro rilevare la nullità, 'dal momento che la nullità può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio' (v. anche Cass. 550/86).

2.1) Negli anni successivi, accanto a pronunce conformi all'orientamento tradizionale (indicativamente cfr. Cass. 4817/99; 1378/99; 4607/95; 4064/95; 1340/94; 141/93), costanti nel ribadire che la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio, sempre che risultino acquisiti al processo gli elementi che la evidenziano, solo nella controversia promossa per far valere diritti presupponenti la validità del contratto stesso, non anche nella diversa ipotesi in cui la domanda prescinda dalla

suddetta validità, come quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, mette conto segnalare, in senso opposto, qualche significativa presa di posizione del giudice di legittimità.

Trattasi di Cass. n. 2858/97 (e anche Cass. 6710/94), che ha ritenuto che 'la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l'annullamento (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di *ultrapetizione*, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice da luogo a pronuncia che non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c.'.

2.2) Fino all'anno 2005, nel corso del quale il contrasto si è radicato con maggior vigore, si censiscono numerose sentenze ispirate all'orientamento tradizionale (v. Cass. n. 123/00; 12644/00; 13628/01; 435/03; 2637/03).

Cass. 3 sez. civ. 22.3.2005 n. 6170 ha vistosamente infranto questo fronte giurisprudenziale, affermando, in accordo con la dottrina quasi unanime, che le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto, dunque 'implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento'.

La Corte ha in quell'occasione evidenziato che la domanda di risoluzione contrattuale è animata da sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento, secondo quanto riconosciuto da Cass. Sez. Un. 13533/01.

L'accertamento sulla nullità del contratto ha, secondo Cass. 6170/05, natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico, con la conseguenza che: a) il giudice deve dichiarare d'ufficio la nullità negoziale in ogni caso; e b) l'accertamento d'ufficio *ex art. 1421 c.c.*, ha effetto anche in successivi giudizi

impennati sul contratto dichiarato nullo, non perché si verta in ipotesi di cui all'art. 34 c.p.c., ma 'perché l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito'.

A pochi mesi di distanza, la sezione Lavoro della Corte (Cass. 19903/05) ha consapevolmente riaffermato l'orientamento precedente, ripetendo che la nullità può essere rilevata d'ufficio "solo se si pone in contrasto con la domanda dell'attore, solo se cioè questi ha chiesto l'adempimento del contratto, in quanto il giudicante può sempre rilevare d'ufficio le eccezioni, che non rientrino tra quelle sollevabili unicamente tra le parti e che soprattutto non amplino l'oggetto della controversia, ma che, per tendere al rigetto della domanda stessa, si configurano come mere difese del convenuto, dovendosi di contro pervenire a diverse conclusioni nei casi in cui la nullità si colloca non nell'ambito delle eccezioni ma nella zona delle difese dell'attore, che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto".

Secondo questa giurisprudenza, il rilievo di ufficio della nullità avverso la domanda di esecuzione di un negozio nullo serve ad impedire che vi sia una sentenza di accoglimento, che sarebbe un indice di legittimità di una situazione giuridica che potrebbe poi rivelarsi pregiudizievole per tutti i consociati.

Questa ratio non vi sarebbe nel caso di rilievo in relazione ad azioni diverse da quelle per esecuzione. In queste azioni (risoluzione, etc.) l'eventuale rilievo non potrebbe portare ad un giudicato sulla nullità, ma solo ad una pronuncia incidentale.

La soluzione restrittiva, secondo Cass. 19903/05, sarebbe quindi preferibile perché: a) 'evita una ingiustificata ingerenza nel potere delle parti di disporre delle eccezioni'; b) sarebbe conforme alla disciplina processuale che impone la completezza sin dall'inizio degli atti difensivi; c) previene 'ampliamenti di poteri di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi in un soggettivismo giudiziario,

capace di incidere con ricadute negative anche sulla certezza del diritto'.

2.3) L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite da conto del successivo radicalizzarsi delle due posizioni.

Il filone restrittivo ha trovato ripetute pedissequae conferme (cfr, Cass. 12627/06; 21632/06; 11550/07; 9395/11).

L'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio della nullità anche ove sia stata domandata la risoluzione del contratto, ripreso da Cass. 23674/08, è stato arricchito da Cass. 2956/11.

Quest'ultima, relativa a un caso di pretesa restitutoria fondata su domanda di risoluzione di un contratto preliminare di vendita immobiliare concluso oralmente, ha giudicato corretto l'operato del giudice di merito di prime cure, il quale aveva rilevato la nullità del negozio e attribuito all'attore il medesimo bene della vita richiesto in citazione. Ha ritenuto che non sussistesse l'extrapetizione rilevata dal giudice di appello, giacché "rientra nel potere/dovere del giudice di individuare una patologia del contratto genetica e più radicale di quella azionata". Ha aggiunto che sarebbe altrimenti inutilmente procrastinata la soddisfazione della fondata pretesa alla restituzione, rimessa a un successivo giudizio e ha opportunamente osservato che in tali casi il giudice deve sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo officioso.

2.4) Intorno al problema del giudicato sono da segnalare altri arresti giurisprudenziali.

Cass. 8612/06 ha affermato che una sentenza di rigetto della domanda di risoluzione per inadempimento del conduttore nel pagamento dei canoni relativi ad un determinato periodo impedisce nel successivo giudizio, volto al conseguimento del corrispettivo della locazione, di rilevare d'ufficio la nullità del contratto (per vizio di forma), per essersi formato nel primo giudizio il giudicato sulla validità del contratto, che costituiva 'presupposto logico giuridico essenziale' della prima decisione.

Su questa falsariga si è mossa anche Cass. 18540/09, che ha stabilito che il mancato appello avverso la sentenza di primo grado, la quale aveva implicitamente statuito sulla validità del contratto di cui era stata chiesta la risoluzione, aveva portato alla formazione del giudicato sul punto.

Alla base di queste pronunce, esplicitamente nella seconda, vi è quindi il convincimento che il giudice dovesse rilevare d'ufficio la nullità del contratto e che tale omissione, non censurata, renda il difetto del negozio non più oggetto d'eccezione rilevabile in sede di legittimità o in altro giudizio.

Sono chiare a questo punto le conseguenze che sorgono in entrambe le opposte prospettive: ove si creda che nel giudizio di risoluzione non possa essere sollevata l'eccezione, si dovrà predicare la necessità di un secondo giudizio per far valere la nullità.

Qualora si ritenga che nel giudizio di risoluzione debba e possa essere rilevata anche d'ufficio la questione di nullità, si dovrà credere, che, in mancanza, si è formato il giudicato sulla validità del contratto.

Cass. 11356/06 ha prospettato diversa soluzione.

Pur ponendosi nella linea della rilevanza officiosa del contratto ex art. 1421 c.c. anche nell'ipotesi di domanda di risoluzione di esso, ha osservato che la pronuncia di rigetto non costituisce giudicato implicito - con efficacia vincolante nei futuri giudizi - laddove le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione del rapporto che ne costituisce il presupposto logico-giuridico non abbiano costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice.

3) Da un lato l'ulteriore frazionarsi del quadro giurisprudenziale; dall'altro le gravi incertezze derivanti dalla radicalizzazione delle conseguenze delle due tesi impongono la composizione del contrasto.

Occorre partire dai rilievi che da gran tempo la dottrina ha formulato con riguardo al rapporto tra azione di risoluzione e nullità del contratto.

Si è osservato che la domanda di risoluzione comporta l'esistenza di un atto valido, perché mira a eliminarne gli effetti. Domanda di adempimento e domanda di risoluzione implicano quindi allo stesso modo la richiesta di applicazione del contratto, presupponendo che esso sia valido.

La funzione dell'art. 1421 cc, è di impedire che il contratto nullo, sul quale l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i suoi effetti.

Il compito di far valere la nullità è in via di azione affidato a chiunque abbia interesse, ma al giudice, al quale si chiede di giudicare *secundum ius*, spetta di rilevare se un atto è nullo e quindi di evidenziare in giudizio la mancanza di fondamento di una domanda che presupponga la sussistenza dei requisiti di validità del contratto.

3.1) L'aver insistentemente negato che l'azione di risoluzione presupponga, dal punto di vista logico, la validità del contratto e che dunque sia possibile la risoluzione del contratto nullo è tesi invisita alla maggioranza della dottrina civilistica.

La spiegazione dell'atteggiamento giurisprudenziale ostile al rilievo officioso della nullità riposa sulla doppia natura della norma, che è all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Se si rammentano le ragioni della giurisprudenza maggioritaria sopra riassunte, si nota che la ritrosia delle Corti rispetto al rilievo della nullità del contratto nasce da timori di natura processuale, quali la violazione del principio di terzietà e dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Ciò ha portato a una riduttiva lettura dell'art. 1421 c.c., ipotizzando che solo l'azione di adempimento richieda la verifica dell'esistenza dei requisiti di validità ed efficacia del negozio

da cui è sorta l'obbligazione, questione su cui vi è invece da interrogarsi per ogni azione contrattuale.

Si è quindi verificata una inversione logica, prontamente segnalata in dottrina: per il timore dell'extrapetizione e quindi di ampliare indebitamente la formazione del giudicato, anziché ragionare sulla portata della decisione conseguente al rilievo officioso della nullità, si è preferito restringere l'area in cui detta questione è rilevabile, limitandola (oltre che all'azione di nullità espressamente proposta) all'azione di adempimento.

Questa linea interpretativa non è più sostenibile.

3.2) Essa in primo luogo svislaccia la categoria della nullità, l'essenza della quale, pur con i molti distinguo dottrinali su cui non è il caso di soffermarsi, risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo.

La qualificazione negativa che l'ordinamento dà del contratto viene elusa dall'orientamento fin qui dominante, il che è incoerente con l'insegnamento professato in ipotesi di domanda di esecuzione del contratto.

Si è infatti affermato (S.U. 21095/04) che la nullità può essere rilevata d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta, nel caso in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità rappresenta quindi un elemento costitutivo della domanda; con la conseguenza che la contestazione della validità dell'atto non costituisce domanda giudiziale, bensì mera difesa, che non condiziona l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli eccepiti.

3.3) In secondo luogo viene depotenziato il ruolo che l'ordinamento affida all'istituto della nullità, per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale.

Non può negarsi che, nonostante talune critiche degli operatori del diritto, esso è stato negli ultimi decenni ampliato, introducendo con la legislazione speciale nuovi casi di nullità contrattuale.

Questo ruolo trae forza anche dalla previsione della rilevanza di ufficio, che, salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norme in tema di nullità.

Infatti, al di là delle distinzioni tra le stesse ipotesi di nullità previste nel codice, che anche in giurisprudenza sono state in proposito tentate, l'unica differenza che rilevi ai fini del disposto normativo in esame è quella ravvisabile con le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte.

3.4) Con riferimento al regime delle nullità, occorre portare l'attenzione su quanto è stato stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. 4, 4 giugno 2009, causa 0243/08 ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

L'uso in questa sentenza del termine obbligo, anziché di quello facoltà, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda.

Dunque non di facoltà propriamente trattasi, ma di obbligo, così come il verbo 'può' usato nell'art. 1421 c.c., è da intendersi 'deve', laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Di sicura importanza è poi la sentenza Asturcom (6 settembre 2009 in procedimento C- 40/08), in forza della quale il giudice è

tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Dalla considerazione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità, risulta ancor più appropriato parlare di disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi.

4) Si torna per questa via ai profili processuali, dai quali ha tratto spunto l'orientamento restrittivo.

Muovendo dal rilievo, sopra argomentato, che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, va detto che la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione.

Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque ex actis, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra.

Soltanto fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali, ma con cui viene qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso, senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio.

In quel giudizio, che mira a riconoscere vigore al contratto, viene eccepito, anche d'ufficio, come d'obbligo, un impedimento costituito da un motivo di nullità, con la conseguenza, salvo quanto si dirà nel paragrafo seguente, del rigetto della domanda di risoluzione per una

ragione che impedisce di accertare quale delle due parti sia inadempiente.

Opera così l'innegabile funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'art. 1421, sicuramente individuata dall'orientamento restrittivo, ma da esso non ben coniugata con la regola di cui all'art. 112 c.p.c., giacché la decisione, in questi limiti, resta sicuramente nell'ambito del *petitum*.

La stessa funzione, si badi, non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento, il che peraltro rafforza il convincimento che si viene esprimendo in tema di azione di risoluzione.

Invero alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nei casi di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento.

La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione.

4.1) Gli orientamenti giurisprudenziali sin qui manifestatisi hanno trascurato gli esiti processuali che pure la dottrina aveva intuito da molto tempo e che ha ora delineato con precisione anche grazie, da ultimo, alle modifiche degli artt. 101 e 153 c.p.c..

Sin dalla versione originaria del codice di rito, il secondo comma dell'art. 183 prevedeva il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, - tra le quali senza dubbio rientra la nullità del contratto - con la possibilità di armonizzare il principio di cui all'art. 1421 c.c. con quelli del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

A seguito della riforma di cui alla legge 353/90, l'introduzione del regime delle preclusioni ha reso ancor più stringente, per effetto delle scansioni temporali, questo obbligo del giudice (trasfuso prima nel terzo e ora nel quarto comma del medesimo articolo), indispensabilmente connesso alla conoscenza dei fatti di causa anche tramite la richiesta di chiarimenti, eventualmente in sede di libero interrogatorio.

È questo il manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, e non un innaturale esercizio dei poteri processuali, come pure ha temuto parte della dottrina che ha sorretto l'orientamento restrittivo.

A seguito del rilievo officioso, le parti hanno possibilità di formulare domanda che ne sia conseguenza (arg. ex art. 183 comma IV, ora comma V) e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità.

A favorire questo sviluppo processuale, che, è da credere, avrà corso nella maggior parte dei casi, confinando ad ipotesi residuali la insistenza esclusivamente nell'iniziale domanda di risoluzione, sono anche le recenti modifiche sopra indicate.

Il nuovo comma secondo dell'art. 101 c.p.c. (aggiunto dall'art. 45 L. 69/09, ma già v. art. 384 c.p.c.) impone anche al giudice che sia in fase di riserva della decisione, se ritiene di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione.

L'art. 153 ha ampliato la facoltà di essere rimessa in termini della parte che sia incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile, come accade quando il rilievo officioso giunga tardivamente.

In tal caso il giudice dovrà, nei limiti schiusi dal rilievo stesso, consentire la formulazione di ogni conseguente deduzione.

Giova osservare che già la problematica era stata messa fuoco in relazione alla nullità della

sentenza c.d. della terza via (si veda Cass. 14637/01).

Con pienezza di argomenti, Cass. 21108/05 ha successivamente precisato che il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 comma quarto cod. proc. civ., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. È questa dunque la via da percorrere, che pone nel nulla tutte le perplessità in tema di extrapetizione, poteri del giudice e 'soggettivismo giudiziario' a suo tempo fatte proprie dalla giurisprudenza maggioritaria riassunta sub 2.2.

4.1.1) Altro esito del rilievo d'ufficio della nullità e del relativo accertamento è l'accoglimento di ogni richiesta formulata unitamente alla domanda di risoluzione e compatibile con la diversa ragione rappresentata dalla nullità, come avviene nel caso di domanda restitutoria. Questa conseguenza si verifica senz'altro in ipotesi di modifica della domanda con richiesta di declaratoria della nullità.

Altrettanto avverrà però in ipotesi di rigetto - fondato sulla nullità contrattuale rilevata d'ufficio - della domanda di risoluzione, alla

quale sia associata, anche originariamente, la richiesta di condanna alle restituzioni. Il rilievo della nullità fa venir meno la 'causa acquirendi' e la richiesta di restituzione del bene consegnato in esecuzione del contratto, che era già stata formulata con la pretesa iniziale, sarà accolta sulla base di questo presupposto, senza bisogno di espressa dichiarazione della nullità. Va infatti confermato che qualora venga acclarata la mancanza di una 'causa acquirendi' - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo; ne consegue che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice rilevi, d'ufficio, la nudità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità, non mutando la causa petendi, non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (v. Cass. 2956/11 cit.) inoltre cfr. Cass. 9052/10; 1252/00; e anche 21096/05; 5624/09).

4.2) La ricostruzione del sistema ha conseguenze intuibili quanto al giudicato.

Qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato.

Nel caso in cui sia omissivo il rilievo officioso della nullità, e l'omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante e procedere secondo quanto dettato da Cass. 21108 cit..

Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr Cass, S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto.

5) Venendo alla fattispecie per cui è causa, alla stregua dei principi sopra affermati vanno accolti i primi due motivi di ricorso, con i quali viene censurata la sentenza della Corte veneziana perché ha negato la rilevanza d'ufficio della nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto.

Nell'atto di appello era stato infatti denunciato (pag. 4) che il tribunale di Rovigo avrebbe dovuto rilevare la questione in ogni stato del giudizio e dichiarare la nullità del contratto.

La Corte di appello ha ritenuto che sarebbe stata introdotta una nuova causa petendi a sostegno della pretesa di restituzione dell'immobile, ponendo a base di essa la nullità del contratto, non dedotta in primo grado.

Dovrà invece attenersi ai principi enucleati dalle Sezioni Unite e, ove ritenga sussistente la ipotesi di nullità contrattuale prospettata, valutare convenientemente e riesaminare sotto ogni aspetto, ivi compresi i rilievi di merito mossi in controricorso, le domande formulate dall'appellante. Resta assorbito il terzo motivo di ricorso, che attiene alla violazione dell'art. 72 L. fall.. Sulla necessità di agire concorsualmente per il recupero del bene può infatti pesare la eventuale declaratoria di nullità del contratto, con gli effetti conseguenti.

Discende da quanto esposto l'accoglimento del ricorso nei limiti suddetti, con enunciazione del seguente principio:

Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla

questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni. La sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Venezia, che provvedere anche in ordine alle spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e secondo motivo di ricorso, assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Venezia, che provvedere anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

IL CASO.it