



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

MARCO INFUSINO

Forma, formalismo e neoformalismo negoziale. Tra vecchi dogmi e nuove questioni

ABSTRACT - The paper, starting from the historical origins of the phenomenon of negotiating formalism, tries to offer a compass in order to orient us in the reconstruction of one of the most discussed and tormented problems in doctrine and jurisprudence and that still today holds table among the scholars of the civil law. The issue has returned to the news after the pronouncement of the United Sections of the Court of Cassation that, preferring a functional interpretation to the problem of form, have recognized the validity of investment contracts bearing only the client's signature. The work concludes by reflecting on some critical profiles of the reasoning developed by highest institution responsible for ensuring uniform interpretation of the law, trying to provide a solution that can guide the exegete in the future.

KEYWORDS - Negotiating formalism, structural interpretation, functional interpretation, single signature contract, form of protection, information overload.

MARCO INFUSINO*

**Forma, formalismo e neoformalismo negoziale.
Tra vecchi dogmi e nuove questioni****

SOMMARIO: 1. *Inquadramento e brevi cenni storici.* – 2. *Sulla natura giuridica della forma: tesi a confronto.* – 3. *Eccezionalità e regolarità delle norme statuenti forme vincolate: ricostruzione di un dibattito.* – 4. *Opzione di metodo e ricadute applicative: l'orientamento delle Sezioni Unite sul contratto monofirma* – 5. *Riflessioni finali.*

1. *Inquadramento e brevi cenni storici.*

Sulla disciplina della forma sono stati e continuano a essere versati fiumi d'inchiostro, soprattutto in ambito dottrinale, presentandosi l'argomento come uno degli istituti più controversi, per le molteplici e variegate ricostruzioni offerte nel tempo dagli interpreti, e al contempo affascinanti del diritto civile, in quanto consente di mettere in luce il modo in cui le parti scelgono di manifestare la propria volontà negoziale.

Trattasi, invero, di un tema assai spinoso, foriero di accesi contrasti interpretativi e continue oscillazioni ermeneutiche che hanno contribuito a sviluppare un dibattito tutt'altro che sopito e anzi rinfocolato dalla giurisprudenza degli ultimi anni orientata a superare la tradizionale lettura strutturale della forma contrattuale¹ in luogo della più flessibile e non dogmatica analisi teleologica o finalistica.

* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Ci si riferisce alla celebre posizione ascrivibile al magistero di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, il quale, muovendo da un'analisi rigorosamente ancorata al dato descrittivo, pone in discussione il principio di libertà delle forme, fino a quel momento baluardo perlopiù incontrastato. In realtà, il principio *de quo* era già stato contestato da R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino, 1975 e, ancora prima, da A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, VII, 1965, 565-566. Ad ogni modo, per un'efficace ricostruzione del dibattito teorico che ne è scaturito si veda P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, 42 ss.; ID., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, 569 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., ESI, Napoli, 2006, 417 ss.; R. SACCO, *La forma*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, X ed., Utet, Torino, II, 1995, 265 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Tratt. contr.* Roppo, I, Milano, 2006, 509 ss.; A. LISERRE, *Forma degli atti (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1989; ID., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 29; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, VIII, 1992; ID.,

La complessità della questione, del resto, è facilmente arguibile già da un punto di vista prettamente semasiologico² dove il sostantivo femminile «forma», che deriva sia dal latino *forma* che dal greco *μορφή* (*morphé*), nell'accezione comune del termine, rimanda a una molteplicità e varietà di significati tanto da assurgere a rango di parola *omnibus*, capace, cioè, di unire e contenere ambiti disciplinari tra loro diametralmente opposti.

Nel campo della geometria proiettiva, ad esempio, il lemma *de quo* fa riferimento ad alcune figure riconosciute come tali in base al numero dei parametri da cui dipendono e che possono essere composte da punti, rette o piani. In filosofia, e in particolare nel pensiero aristotelico³, la forma è

Forma negoziale tra polemiche e realtà, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milano, II, 1994, 795 ss.; E. MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Dir. civ.* Lipari e Rescigno, coordinato da A. ZOPPINI, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 372; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, vol. II, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, II, 1986; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004; G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, I, 1987, 313 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XVII, 1968, 994; N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 449 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; G.F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 423; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986; P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 809 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti e i contratti sulle forme*, in *Riv. not.*, 1948, 19; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, tomo I, Padova, II, 1999, p. 224 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986, 293 ss.

² Sulla polisemia del termine «forma» si veda T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, *op. cit.*, 11; G. COLACINO, *Fenomenologia dei vestimenta contrattuali: brevi note ricostruttive*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, II, 2018, 151; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, *op. cit.*, 4, secondo cui il concetto giuridico di forma è «in larga misura tributario di altre esperienze e di altri sistemi di concetti»; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, II, 1953, 570, che rimarca la presenza, all'interno del nostro ordinamento giuridico, di non poche contraddizioni e ambiguità lessicali «ai margini tra la forma e talune altre esteriorità che seguono la manifestazione di volontà (trascrizioni, iscrizioni) o che, addirittura, la eseguono (consegna della cosa nel comodato)».

³ Per il filosofo greco il *sinolo* è «un'unione indissolubile di due elementi: la *forma* e la *materia*. Per forma Aristotele non intende l'aspetto esterno di una cosa, ma la sua natura propria, ossia la struttura che la rende quella che è. Ad esempio, negli esseri viventi la

l'elemento attivo e determinante del *sinolo*, ciò che costituisce la sostanzialità della sostanza, ciò che fa sì che un individuo sia quello che è (la sua essenza); in chiave medica, indica generalmente le modalità con cui specificate patologie insorgono e si sviluppano, mentre da un punto di vista sintattico-grammaticale allude a ogni aspetto morfologicamente determinato di un nome, di un aggettivo, di un pronome, della declinazione o coniugazione di verbi o sostantivi. In senso propriamente giuridico, e con particolare riguardo al settore dell'autonomia che è l'aspetto che qui interessa, si fa riferimento ai *vestimenta* di atti attraverso i quali si estrinseca l'intento negoziale indispensabile perché la collettività ne venga a conoscenza e l'ordinamento giuridico gli attribuisca rilevanza.

Ad ogni buon conto, per una corretta comprensione del fenomeno oggetto di studio si rivela quanto mai essenziale ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione e lo sviluppo del formalismo, le cui radici storiche sono da farsi risalire all'epoca romana⁴, periodo in cui, in ossequio al principio poi trapiantato nelle XII Tavole «*uti lingua nuncupàssit, ita iùs esto*»⁵, gli effetti giuridici scaturenti dalla stipula di *negotia* erano

forma è la specie cui essi appartengono (tipo «l'umanità»). Per materia Aristotele intende il soggetto di cui una cosa è fatta, ossia il *quid* o il materiale recettivo che la compone e che funge da *sostrato* del suo divenire (ad es. il bronzo di cui è fatta la sfera)». Cfr. N. ABBAGNANO – G. FORNERO, *Filosofi e filosofie nella storia*, vol. I, Paravia, Torino, 1986, 182.

⁴ Sul formalismo del diritto romano si veda, per un quadro di sintesi, F. SCHULZ, *I principi nel diritto romano*, trad. it. a cura di V. ARANGIO RUIZ, Firenze, 1946, 68 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994; R. ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, Roma, III, 1961, 658; ID., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967; E. BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, Padova, 1935, 233 ss.; G. ZARRO, *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza romana*, in *Revista internacional de derecho romano y tradición romanística. Seminarios Complutenses de Derecho romano*, XXVII, 2014, 351-395; G. TARELLO, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VII, 1961, 573 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania, 2010, 275; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2002, 357 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, XII ed., Bari, 2008; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, op. cit., 5, per il quale «quasi sempre le forme romane sono derivate dall'assunzione a criteri da osservare tassativamente, per realizzare il risultato desiderato, di comportamenti effettuati fino allora largamente e liberamente praticati, proprio in quanto adeguati al fine perseguito dall'agente, avuto riguardo al grado di strutturazione dei rapporti economico-sociali dell'epoca».

⁵ Cfr. Tab. 6.1 (– FIRA. 1.43).

subordinati alla pronuncia di *certa et sollemnia verba* e all'utilizzo di specifici e puntuali comportamenti⁶.

D'altronde, come significativamente testimoniato da autorevole dottrina, «in una società dominata – come la società romana delle origini – da quella che è stata definita un'oralità primaria quasi totale, non può, naturalmente, meravigliare che le forme imposte siano, negli atti di maggiore rilevanza (per l'importanza sociale degli effetti che ne conseguono), forme innanzitutto verbali. La scrittura è, in quella società, un fatto assolutamente eccezionale, che pochissimi sono in grado di adoperare»⁷.

Si pensi, allora, alla più arcaica *mancipatio*⁸, utilizzata per il trasferimento delle *res* oggetto di *dominium* (fondi, suoli, schiavi e animali), per il compimento di una *conventio in manum* della donna, per l'acquisto della potestà sui *filiis familias* nonché per rendere possibile una successione a chi non potesse attendere i tempi per redigere *testamentum*, la cui

⁶ Efficace la ricostruzione storica che del fenomeno dà A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, III ed., Einaudi, Torino, 2005, 174, il quale evidenzia «il continuo prevalere dell'involucro verbale e gestuale che racchiudeva i comportamenti dei *patres* rispetto ai contenuti materiali di volta in volta espressi; l'attenzione quasi ossessiva alla simbologia del rito, della stereotipia, di fronte alla sostanza della relazione cui si riferivano». Nello stesso senso R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, *op. cit.*, 189 ss., il quale discorre di «parola creatrice», che, «accanto o insieme a gesti e atti materiali», rappresenta «uno degli aspetti più certi dell'esperienza romana antica». Si veda, sul punto, anche M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, *op. cit.*, 89, che evidenzia un «uso performativo» del linguaggio a base della «rilevanza esaustiva» della forma, «tale da escludere il contenuto (volitivo o intenzionale)».

⁷ Così A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, *op. cit.*, 52. Utili spunti ricostruttivi offrono anche le analisi di G. ZARRO, *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza romana*, *op. cit.*, 353; C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana. Per la definizione del concetto di ius*, in *SDHI* 20, 1954, 280, secondo cui «poiché in ogni negozio giuridico si tratta (...) di volontà indirizzata a un fine, parole e gesto bene servono a darle certezza, a garantirla da contestazioni, a porla a base di ogni futura azione di tutela. Anzi ormai balza in prima linea l'espressione verbale e il gesto serve a sottolinearla e a rafforzarla»; O. ROBLEDI, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma, 1979, 59, che rileva come «A causa di questo formalismo si comprende bene la necessità che vi fosse l'assistenza dei Pontefici in un primo tempo e successivamente dei giurisperiti laici per ogni tipo di negozio giuridico e in ogni azione giudiziaria; i singoli cittadini infatti, non potevano conoscere tutte le formalità necessarie per ogni tipo di negozio, sicché, onde evitare pericolo di nullità di un atto giuridico, occorreva ricorrere a quei tecnici del diritto».

⁸ Sulla *mancipatio* si veda Gai. 1.113, 119, 122; 3.167; Ulp. 19.3-6.

2/2020

attuazione esige l'espletamento di una solenne dichiarazione⁹ e di precisi gesti che avvenivano alla presenza di cinque testimoni e del c.d. *libripens*; alla *in iure cessio*¹⁰, strumento di matrice processuale attraverso cui acquirente e alienante fingevano una *litis contestatio* al fine di trasferire la proprietà di una cosa o di uno schiavo, che abbisognava dello scambio di specifiche battute dinanzi al magistrato, o, ancora, alla vicenda della *stipulatio*¹¹, versione più matura dell'antica *sponsio* afferente al campo delle obbligazioni, realizzata per mezzo di un accordo che prevedeva la necessaria formulazione di una domanda e del ricevimento di una congrua immediata risposta tramite il verbo formalmente vincolante («*Promittis? Promitto*») il cui effetto era di impegnare il promittente verso il creditore.

A ben guardare, minimo comune denominatore di tali categorie negoziali era l'esasperato esclusivismo di certe forme, la cui scrupolosa osservanza produceva il dispiegamento automatico degli effetti indipendentemente dall'esistenza o meno di un'effettiva volontà da parte dei suoi autori, oltre alla partecipazione di un elevato grado di astrattezza che provocava la relegazione della causa ai margini della negoziazione privata¹².

Questo rilievo consente di osservare come, anche da un punto di vista strettamente processuale, al soggetto in favore del quale il diritto sorgeva era conferito l'importante vantaggio di poterne affermare

⁹ Secondo le fonti gaiane, la formula riprodotta dal *mancipio accipiens* era «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam*».

¹⁰ Sul negozio *de quo* si vedano le interessanti notazioni di J.G. WOLF, *La in iure cessio. Considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 61, 2013, 1-12; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, 1987, 68, in cui l'A. spiega come «di fronte alla *vindicatio* del primo litigante, l'avversario poteva (...) decidere di ritirarsi; e in tal caso si sarebbe avuta una *addictio* della cosa al primo litigante, da parte del magistrato; in sostanza, il secondo litigante avrebbe realizzato una *in iure cessio*, con il risultato d'una pronunzia magistratuale solenne della fondatezza del *meum esse* affermato dal *vindicans*».

¹¹ Sulla *stipulatio* si rinvia ai pregevoli contributi di G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene, Napoli, 1989; G.G. ARCHI, *Studi sulla "stipulatio"*, Giuffrè, Milano, 1938; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Giuffrè, Milano, 1971.

¹² Cfr. G. MELILLO, «*Contrahere*», «*pacisci*», «*transigere*». *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 85. Tale opinione non è, tuttavia, condivisa da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, op. cit., 11, il quale, invece, sostiene che le forme rituali «non eliminavano affatto (...) la rilevanza sostanziale della volontà neanche quanto all'incidenza dell'intento perseguito dai soggetti sull'efficacia del negozio». Secondo l'A., dunque, la rilevanza della volontà deve intendersi estesa anche alla sua «direzione causale». *Ivi*, 51.

l'esistenza in giudizio sulla base della sola forma predisposta, restando in tal modo a carico dell'avversario l'onere di provare che essa coprisse in realtà un accordo immeritevole di effetti, giacché privo di causa rilevante e lecita che lo giustificasse.

Fu soltanto con la nascita dei contratti tipici dello *ius gentium*¹³ che iniziarono a svilupparsi comportamenti negoziali in un certo qual senso «a schema libero», vale a dire non prettamente vincolati ai modi tradizionali, giungendo così a «intaccare sempre più profondamente lo scudo della forma portando a scoprire la sostanza viva del negozio»¹⁴. In altre parole, si passò gradualmente da un formalismo interno¹⁵, dominante le fasi più remote, a un formalismo esterno, dove, cioè, il radicato impiego di formule orali e l'esaltazione del principio di astrazione iniziarono man mano a rarefarsi per far posto alla *voluntas* in quanto tale e la forma, spogliata del suo retaggio simbolico, da requisito integratore del negozio cominciò ad atteggiarsi a strumento di riconoscibilità dell'*intentus* negoziale.

Il crescente processo di alfabetizzazione dei *cives* e le sempre più importune e incalzanti esigenze di garantire stabilità ai complessi rapporti economici e commerciali in via di sviluppo decretarono, soprattutto in epoca post-classica e giustiniana, la conclusiva scomparsa delle antiche

¹³ Il riferimento è all'*emptio-venditio*, ossia quell'accordo per effetto del quale il venditore si obbligava ad attribuire al compratore la definitiva disponibilità di un immobile o di una merce verso il corrispettivo di un *pretium*; alla *locatio-conductio*, vale a dire quel contratto consensuale bilaterale consistente nello scambio a titolo provvisorio di un bene o di un servizio contro un prezzo; alla *societas*, cioè quel contratto con il quale due o più persone s'impegnavano a conferire beni o proprie attività di lavoro per il conseguimento di un utile risultato economico; al *mandatum*, consistente nell'incarico che il mandante conferiva al mandatario di eseguire gratuitamente un'attività per un interesse del mandante o di altri.

¹⁴ Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, 83. *Contra* G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, Milano, I, 1952, 433, il quale, facendo riferimento alla produzione storiografica di Roma primitiva, osserva che «le fondamentali categorie dommatiche dei contratti reali e dei contratti formali (verbali o letterali) sono caratterizzate da una *struttura obbiettiva*, nella quale l'elemento reale e rispettivamente l'elemento formale adempiono ad una funzione necessaria che non potrebbe in nessun modo essere ricondotta al solo elemento soggettivo o consensuale».

¹⁵ Per una ricognizione esaustiva si veda L. MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Doikeletians*, Leipzig, I, 1908, 255 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1894, 5 ss.; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, II ed., Torino, 1967, 133 ss.

2/2020

strutture solenni¹⁶ e la conseguente inaugurazione di un sistema negoziale sostanzialmente eretto sulla libertà delle forme, con evidente sublimazione del ruolo del consenso causalmente giustificato¹⁷.

2. Sulla natura giuridica della forma: tesi a confronto.

Il definitivo superamento del formalismo antico e la piena affermazione del consensualismo moderno hanno progressivamente aperto la strada ad altri interrogativi legati al ruolo sempre più centrale e preminente che la volontà ha assunto nell'ambito dell'autonomia negoziale¹⁸. Sembra, quindi, opportuno, se non necessario, perlustrare le varie tesi dottrinarie sulla natura giuridica da attribuire alla forma¹⁹.

L'indagine sul carattere della veste formale s'inserisce, come risaputo, nel più ampio contesto di teoria generale del negozio e a contendersi il campo sono, da un lato, la teoria volontaristica²⁰ (nota anche

¹⁶ Cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, op. cit., 13, secondo cui un simile atteggiamento marcatamente antiformalistico, frutto di un sentimento di reazione al formalismo più duro, portò «a svilire il ruolo delle forme». Di talché è possibile affermare che il tramonto della simbologia e il consolidamento dell'uso della forma scritta, chiaramente preferita dalle codificazioni più evolute (compresa la nostra vigente civilistica), suggella, in definitiva, un vero e proprio spartiacque tra quello che si suole definire formalismo "moderno" e formalismo "antico" e dunque la dicotomia tra *scriptura* e *verba*. L'A., invero, in *Forma degli atti (dir. civ.)*, op. cit., 2, non esita a evidenziare la tendenza «sempre più accentuata, alla progressiva rarefazione dei simboli contenutistici per far posto a dispositivi formali a carattere eminentemente rappresentativo quali sono, in particolare, le varie procedure di documentazione oggi ricorrenti».

¹⁷ In proposito si veda L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffrè, Milano, 2008, 6-7, ad avviso della quale «La inevitabile ricaduta delle prime enunciazioni del principio del nudo consenso fu (...) di ritenere irrilevanti le modalità attraverso cui la volontà fosse espressa all'esterno; e propriamente tale «irrilevanza» è ciò che può identificarsi come la prima embrionale – ed inconsapevole – elaborazione del principio di libertà della forma».

¹⁸ Per le particolari ragioni che spingono a utilizzare l'espressione «autonomia negoziale» in luogo delle più anguste formule «autonomia privata» e «autonomia contrattuale» si rinvia allo studio di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 314 ss.

¹⁹ Per un primo, generale, inquadramento delle posizioni correnti in dottrina si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 18 ss.

²⁰ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino, III, 1900; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1974; ID., *Atto o forma del negozio giuridico*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M.*

come «dogma della volontà») che si sviluppa nella più risalente concezione pandettistica di fine Ottocento, e, dall'altro lato, la teoria precettiva²¹ (o normativa), largamente accreditata nelle posizioni più avanzate.

Per la prima opinione la forma altro non è che manifestazione dell'interno volere, essenza stessa del negozio, vincolante – a pena di nullità – solo se rispondente all'effettiva volizione delle parti²². Si aderisce in questo modo a una concezione che potenzia oltremisura il dato soggettivistico, dove l'estrinsecazione della reale intenzione dei soggetti è *condicio sine qua non* della produzione degli effetti negoziali²³, rimanendo la stessa altrimenti rinchiusa «nel foro delle pulsioni psichiche interne»²⁴.

Giorgianni, ESI, Napoli, 1988, 727 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946; F. CALASSO, *Il negozio giuridico, op. cit.*, 345, il quale è giunto a reputare che il negozio giuridico vada inteso alla stregua di «una categoria logica, e cioè una sintesi, che o si accetta come tale o si respinge come tale»; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, I ed., Padova, XXVIII, 1947, secondo cui il negozio è «garanzia della libertà del cittadino».

²¹ Fatta propria da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino, 1952; ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, XI, 1968; ID., *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, IV, 1947, 137 ss., alla quale aderiscono R. SCONAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969; ID., *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 7 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 43 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2001, 38 ss.

²² Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.*, 135, il quale evidenzia che la forma «portando nel mondo esteriore la volontà del soggetto, la perfeziona, rendendola idonea a produrre gli effetti che si propone, ad assumere rilevanza giuridica»; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, II, 1938, 160, che parla della forma quale «vaso» della volontà, nel senso che «propriamente la volontà di per sé stessa deve essere considerata l'unico elemento importante ed efficace». In questi termini, F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale, op. cit.*, 342.

²³ In tale prospettiva, la volontà «viene concepita come un principio creativo, una potenza non solo concettuale, ma con reali risvolti attuosi, capace con la sua forza di creare rapporti giuridici, regolarli e deciderne il destino. (...) Così, da quest'angolo prediletto, può vedersi come la volontà precede non solo il negozio, ma l'ordinamento tutto, ponendosi come "signoria", progenitrice e progenie di quella *weltanschauung* (...) che proclamava l'esistenza di un diritto naturale dell'uomo. In questo senso, pertanto, l'idea giusnaturalista prima, contrattualista e illuminista poi, di autonomia e libertà, si estrinseca proprio nella volontà, che assume il ruolo di essenza in grado di modificare la realtà, potere di autodeterminazione del singolo nella collettività. Può evidenziarsi come, rispetto alla problematica di fondo della difficile relazione tra individuo e ordinamento, questa teoria si colloca manifestamente verso quelle posizioni che fanno precedere, appunto, l'uomo alla società. E' l'individuo, infatti, che ha conferito il potere regolativo

Tra i più convinti sostenitori di tale teoria si ricorda senz'altro il pensiero di chi²⁵, sul presupposto della connessione tra libertà e autonomia²⁶, reputi che «(...) l'uomo è arbitro di stabilire come intenda obbligarsi e cioè di limitare o ampliare a suo parere il vincolo cui vuole dare origine, purché rispetti l'ordine pubblico e il buon costume (...)»²⁷. Più nel dettaglio, «Or tutti sanno che gl'interessati possono con la loro manifestazione di volontà disporre unicamente dei loro diritti subbiettivi, e nella realtà solo di questi dispongono (...). In realtà la funzione in parola è duplice: all'ordinamento, qualunque esso sia, bisogna sempre riferirsi per accertare se gli atti siano o non validi e in quali limiti lo siano; all'ordinamento statale si deve ricorrere in caso di inadempienza per imporre coattivamente il rispetto del vincolo sorto. La norma quindi costituisce il criterio di giudizio dell'azione e fornisce poi il mezzo di coazione. (...) Riconoscere a tutti gli uomini il diritto di legare *ex voluntate* sé agli altri e, se del caso, altri a sé, fa sorgere l'eventualità che tra loro si

all'ordinamento, ed è lo stesso individuo, secondo tale prospettiva, che può sottrarglielo, circoscrivendo i rispettivi campi d'azione». Lo segnala A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, in *Diritto&Scienza*, XI, 2012, 31.

²⁴ Così G. COLACINO, *Fenomenologia dei vestimenta contrattuali: brevi note ricostruttive*, op. cit., 152.

²⁵ Cfr. G. STOLFI, *Negozio giuridico*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, 787 ss.; ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, 372 ss.; ID., *Teoria del negozio giuridico*, op. cit., IX, secondo cui «se è vero che la realtà è diversità, non è men vero che il pensiero è unità. Pensare è lo stesso che ricollegare le varie norme ad alcuni principi o, meglio ancora, ad un principio solo che di quelle sia la giustificazione razionale». Tale principio «(è) quello che da secoli costituisce il segno di distinzione del diritto civile: il rispetto scrupoloso dell'autonomia della volontà individuale, intesa nel più ampio significato». Più nel dettaglio, «perché gli uomini possono vivere l'uno accanto all'altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, quali ne siano lo stimolo o l'occasione (...). Nell'esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell'uomo il quale può ed anzi dev'essere arbitro di assumere gli impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede (...)».

²⁶ *Ivi*, XIII, «La libertà individuale è il presupposto di ogni azione umana, nel senso che permette al singolo di decidere se intenda o non dare vita ad un rapporto qualsiasi obbedendo alle esigenze di cui egli solo è giudice, e nello stesso tempo costituisce il limite all'azione perché il singolo impegna e può impegnare unicamente se stesso e in conseguenza il suo patrimonio soltanto. Decidere quindi se rimanere liberi da vincoli o se invece porli in essere, è la prima ed essenziale caratteristica dell'autonomia della volontà».

²⁷ *Ivi*, XIV.

disputi sulla esistenza e sull'ambito dei reciproci diritti. Tali controversie non si possono dirimere senza rifarsi ad una volontà superiore a quella degli'interessati. A tal fine si fa capo all'ordinamento: dato il rapporto che la formazione di un atto qualsiasi fa nascere tra la volontà e la norma, intesa la prima come la causa e la seconda come il riconoscimento dell'effetto voluto, il termine di confronto necessario tra quello che è stato e quello che sarebbe dovuto essere è costituito dall'ordinamento»²⁸.

È, tuttavia, evidente che una simile impostazione, dove la «signoria»²⁹ della volontà fa da padrona, seppur formulata con magistrale raffinatezza, non sfugge da una serie di limiti e fragilità ben evidenziate da illuminata dottrina³⁰, cui va certamente riconosciuto il merito di avere sferrato il decisivo attacco al volontarismo più radicale³¹.

²⁸ *Ivi*, XVII-XVIII. In particolare, pag. 5-6: «La manifestazione (di volontà) mira a produrre un dato effetto. Ciò vuol dire che la volontà dev'essere intenzionalmente diretta a produrre l'effetto perseguito dal dichiarante (...). L'effetto dev'essere giuridico. L'intenzione dei singoli dev'essere infine diretta a dare vita non ad un rapporto purchessia ma ad un rapporto giuridico, tale cioè che sia tutelato dal diritto: nella specie, dal diritto statale (...). Parlo dunque di effetto giuridico, in antitesi ad effetto pratico o empirico, per indicare che il primo dev'essere protetto dalla norma e il secondo prescinde dalla norma (...). Ancora, «(...) Nessun negozio si potrebbe (...) compiere se si richiedesse la previsione di tutte le ipotesi possibili e la conoscenza della soluzione di tutte le future controversie, perché nemmeno un giurista provetto può immaginare le prime e formulare con sicurezza le seconde, poche essendo le questioni che si risolvono allo stesso modo. L'interessante non è che i singoli sappiano o vogliano tutte le conseguenze dell'atto. L'importante è che essi abbiano "voluto", e cioè che fra il rimanere liberi e l'obbligarsi abbiano optato per questa seconda eventualità; non possono accampare illusioni od errori circa l'ambito del vincolo per sottrarsi alle conseguenze proprie dell'aver voluto, le quali, sono, se del caso, determinate dalla legge, dagli usi e dall'equità». In seguito, a pag. 205, l'A. puntualizza che «(...) le persone o fisiche o giuridiche sono libere di compiere tutto ciò che dalla legge non sia vietato direttamente o indirettamente. Dire questo è però lo stesso che riconoscere la impossibilità di accingersi finanche al tentativo di delineare una teoria generale del contenuto (permesso) del negozio giuridico: del resto, siccome il diritto privato mira a tracciare i limiti entro cui deve esplicarsi la libera attività degli uomini, non tanto interessa descrivere ciò che si può fare quanto è necessario stabilire ciò che è vietato».

²⁹ Cfr. M.C. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto, op. cit.*, 25.

³⁰ Si allude chiaramente al pensiero di Emilio Betti, del quale è celebre la disputa con lo Stolfi. Per un approfondimento sul confronto teorico si veda G.B. FERRI, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 726 ss.; ID., *Le anamorfose del diritto civile. Saggi*, Padova, 1994, 125 ss.; ID., *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1995, 693 ss.; M. PENNALISTICO, *Idola negotii?*, in *Diritto&Cultura*, II, 1993, 175; P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1987, 324 ss.; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 41 ss.; M. GRONDONA, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la*

Spostando, infatti, i termini del discorso dal piano squisitamente spirituale e metafisico a quello più propriamente materiale e percepibile, si è smentita l'opinione di chi si sia «(...) mostrato disposto a bruciare incensi ad una nuova deità (che poi è un vecchissimo idolo): l'individuo con la I maiuscola. Orbene, a noi pare che un culto simile, quando sia preso sul serio, meni dritto dritto all'anarchia nel campo del diritto privato; e questo non ci sembra un risultato augurabile. Noi spiriti liberi possiamo bensì riconoscere che la tendenza anarchica afferma un'esigenza di giustizia che perennemente si rinnova di contro alle risorgenti svariate organizzazioni conservatrici del privilegio (...). Ma non possiamo francamente ravvisare nella sovranità dell'individuo l'ideale positivo di un ordine nuovo del diritto privato, né tanto meno un canone plausibile d'interpretazione di un codice civile destinato a una società moderna»³².

A una visione ovattata d'individualismo si è allora contrapposto il valore del solidarismo, precisando come «in realtà l'autonomia privata non si esaurisca in un fatto psicologico individuale come la volontà, ma attenga alla vita di relazione e configuri un fenomeno sociale»³³, sicché «è agevole intendere come anche il negozio giuridico debba soddisfare quell'esigenza di riconoscibilità che domina tutta la vita sociale, essere cioè un fatto socialmente riconoscibile»³⁴. Ciò che davvero rileva, dunque,

*polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2010, 12, che, tuttavia, puntualizza che «presentare la polemica unicamente come scontro tra due costruzioni tecnico-giuridiche opposte del negozio (volontà *versus* dichiarazione) è fuorviante e riduttivo. Certo, il ruolo della volontà, all'interno del negozio, ricopre un ruolo centrale nella polemica, ma non è fine a se stesso, non è cioè rilevante esclusivamente dal punto di vista tecnico – appunto, quale elemento essenziale del negozio –; piuttosto, esso va considerato quale veicolo di raccordo tra i valori espressi dall'ordinamento ed i valori espressi dai privati che agiscono negozialmente».*

³¹ Lo rileva R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, *op. cit.*, 9.

³² Così E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, *op. cit.*, 144. Sul punto si veda anche l'opinione di A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, *op. cit.*, 39, secondo cui in questo modo «Viene sconfessato proprio il liquido amniotico in cui il negozio è stato cullato e nutrito dalle origini, l'Individuo e la sua autonomia, letti come nuovi ed antichissimi culti pagani che distorcono lo sguardo dell'intelletto dai reali processi fenomenici e giuridici in cui si muove il negozio stesso. Viene respinto il culto dell'individuo, (...), e viene altresì respinta ogni forma di atomismo sociale».

³³ Cfr. E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, *op. cit.*, 138-139.

³⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*, 51. Dello stesso autore si veda anche *Negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 618, in cui egli dichiara «Chi volontariamente compie un atto di autonomia privata rendendosi conto del significato che esso ha secondo le vedute sociali, riconosce, per ciò stesso, di regola, come l'esperienza insegna il valore

non è tanto la volontà che alberga nell'intimo dell'animo umano quanto piuttosto l'atto regolamentare, il precetto, la dichiarazione normativa che la racchiude e la rende visibile al mondo esterno³⁵.

In questo rinnovato ordine d'idee, la forma si mescola con il contenuto e, in un'ottica di unità del negozio, diviene manifestazione necessariamente esteriore della volontà che è trasposta nell'autoregolamento d'interessi e che quindi impegna sulla base di quanto espresso a prescindere da ciò che realmente si è voluto³⁶.

Enfatizzando l'aspetto oggettivistico si scorge, difatti, l'inutilità di cercare spasmodicamente un'eventuale asimmetria tra voluto e dichiarato, giacché la mancata corrispondenza tra volontà psichica e fenomenica, dove a risaltare è la pura e semplice dichiarazione, non priva l'atto della sua capacità negoziale³⁷.

impegnativo di quanto fa o dichiara. Tale valutazione è immanente alla coscienza del significato; e questo basta per la riferibilità del contenuto dell'atto al suo autore».

³⁵ Illuminanti, a questo proposito, le pagine di E. BETTI, *Negozio giuridico*, *op. cit.*, 214, ove si dichiara che «Il fondamento che rende ragione del vincolo, non è psicologico (se non si vuole ricorrere a una funzione), ma normativo»; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*, 53, dove l'A. afferma che «(...) dichiarazione e comportamento sono statuizione ordinativa di una linea di condotta in confronto di altri, disposizione con cui il singolo detta regola ai propri rapporti con altri, e che ha pertanto una rilevanza essenzialmente sociale e un'efficacia operativa propria, non valevole in altra forma: efficacia che prima logicamente si esplica sul piano sociale e poi, mercé la sanzione del diritto, è destinata a prodursi anche sul piano giuridico».

³⁶ Cfr. R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, *op. cit.*, 400, in cui si afferma che il negozio non può «configurarsi adeguatamente sul piano della realtà sociale come di quella giuridica, se non si raggiunge un sufficiente grado d'oggettiva riconoscibilità nel mondo esterno. A quest'ultima stregua, poi, la forma non può considerarsi come un veicolo della volontà o un involucro del suo contenuto, e dunque un elemento a sé stante (del negozio), bensì ad esprimere la stessa nozione di negozio, riguardata sotto il profilo e nel momento, del resto ineliminabile, della sua esternazione: in piena coerenza con l'indirizzo fondamentale ed ineccepibile della logica, secondo cui forma e contenuto di un fenomeno costituiscono, piuttosto che elementi o parti, gli aspetti inseparabili della sua realtà unitaria». In senso conforme, G. OSTI, *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, Milano, III, 1923, 200-201, che, nel solco tracciato da Betti, nota che la volontà «non ha carattere di energia giuridicamente fattiva se non quando, traducendosi in attività fisica tale da poter essere per le vie dei sensi percepita, divenga idonea a costituire il termine di un rapporto tra il soggetto volente ed altri».

³⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, *op. cit.*, 19 ss., ove si afferma che «Secondo questa teoria ciò che costituisce il contratto non è la volontà ma la dichiarazione. E' la dichiarazione, così come essa può essere intesa secondo le circostanze, che rileva per il diritto, non la volontà psichica del dichiarante»; A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, *op. cit.*, 37, ad avviso del quale un simile argomentare evidenzia «il ruolo ordinatore del diritto, con il quale vengono debellati i risvolti negativi del tempo sui

La teorica del precetto, che comunque condivide con quella volontaristica la base concettuale della volontà come perno centrale del negozio³⁸, ha trovato, come del resto prevedibile, più difensori che da lungo tempo ormai aderiscono a tale opzione ermeneutica, considerandola, in chiave negoziale, quella che, oltre a essere in maggior misura aderente ai tempi moderni, assicura, da un punto di vista pratico, migliore certezza al traffico giuridico e alla circolazione dei beni in rispetto dei non sacrificabili principi di autoresponsabilità del dichiarante e ragionevole affidamento del destinatario³⁹.

3. Eccezionalità e regolarità delle norme statuenti forme vincolate: ricostruzione di un dibattito.

proponenti umani, contingenti per natura. Dunque il soggetto è libero di regolare i propri interessi nella maniera per esso più soddisfacente, ma, una volta incastonato l'interesse nel vincolo dichiarativo, l'interesse perde la sua rilevanza, dovendosi rispettare il *dictat* della dichiarazione. Tra volontà e dichiarazione, dunque, non c'è sopraffazione, bensì collaborazione, e condivisione di spazi d'azione: nella genetica strutturale dell'atto negoziale, l'una, nella regolamentazione degli esiti, l'altra»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., 54, secondo cui «il singolo deve non limitarsi a desiderare, a volere nella sfera interna della coscienza, ma piuttosto disporre, ossia attuare oggettivamente».

³⁸ Parla di una sorta di continuità tra le due dottrine P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, ed. a cura di G.P. CIRILLO, Milano, 2000, 235 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 91 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, op. cit., 41 ss., il quale ritiene che in entrambe le concezioni «si attribuisce all'autonomia privata (e al negozio che di essa è espressione) un valore di diversa originarietà e rilevanza, ma, in qualche modo, autonomo e originario rispetto all'ordinamento giuridico».

³⁹ Cfr., tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., 36 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 320 ss., che, sulla scia di tali cadenze argomentative, reputa che «Considerare il negozio come precetto, dichiarazione normativa, autoregolamento significa (...) riconoscere all'autonomia negoziale il ruolo di fonte di diritto, la quale, pur se concorrente con altre, è la più diretta e spontanea e, quindi, maggiormente vincolante anche sotto il profilo morale. La teoria precettiva, in questa chiave, è lo strumento migliore per salvaguardare il principio dell'autonomia negoziale che, nella sua formulazione, diventa valore». Sulla stessa lunghezza d'onda E. BETTI, *Negozio giuridico*, op. cit., 213, secondo cui «Al contenuto, cioè al precetto dell'autonomia privata, deve corrispondere nell'agente la coscienza del suo significato e valore impegnativo, cioè del significato e valore che a una dichiarazione o a un comportamento siffatti attribuiscono le vedute sociali nell'ambiente storicamente determinato in cui sono posti in essere. Qui sta anche il fondamento dell'autoresponsabilità che ne consegue».

Per un dibattito che si è chiuso con il benessere della maggioranza delle dottrine⁴⁰, se n'è aperto, negli ultimi decenni, uno tutto nuovo che ancora oggi, con diversità di accenti e sfumature, solleva non lievi dubbi esegetici dalla cui risoluzione discendono precisi sbocchi applicativi pieni di risvolti pratici. A innescare la disputa interpretativa è, in particolare, un celebre scritto degli anni Ottanta, il cui titolo è già di per sé abbastanza evocativo, in cui l'Autore si mostra intenzionato a disvelare il dogma, un «*idolum*» appunto, della libertà delle forme, operazione fino allora impensabile se considerati gli sforzi con cui si era inteso diroccare il formalismo più intransigente del diritto romano⁴¹.

Nel tentativo di ricostruire, senza pretese di esaustività, i tratti essenziali della questione, occorre prendere le mosse dal diffuso orientamento⁴² secondo cui il nostro sistema, analogamente a quanto

⁴⁰ È ormai pacificamente indiscusso in dottrina che la forma negoziale indichi «l'aspetto dell'atto», «lo speciale mezzo semantico; o speciale frasario», «il mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso». Rispettivamente cfr. F. DI GIOVANNI, *La forma*, op. cit., 767; R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, II, 2004, 289; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, op. cit., 279.

⁴¹ Cfr. G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto romano*, Milano, 1952, 19, il quale osserva come, in realtà, «il formalismo moderno è diverso da quello di altri tempi, ma non diminuito, anzi in un certo senso aumentato». Nondimeno, come si avrà modo di osservare nelle pagine che seguono, «"il ritorno" al formalismo negoziale non deve (...) apparire come un singolare ritorno al passato, allo "spondeo" del diritto romano classico; e ciò non soltanto perché la forma espositiva non è ridotta alla sua espressione minimale, né perché si tratta di forma scritta invece che meramente orale. Ciò che allontana il formalismo "moderno" da quello "antico" è che il legislatore contemporaneo non ignora la teoria dei vizi della volontà o gli obblighi di informazione della controparte, ma al contrario li "sublima" nella forma, dando ad essi la massima protezione possibile. L'obiettivo della tutela dell'integrità della formazione della volontà contrattuale è perseguito attraverso la predeterminazione di *forma e contenuto* (...) del contratto. E ciò di fatto impedisce miscomprensioni, asimmetrie informative, vizi della volontà». Così R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996, 14-15,

⁴² Cfr., in questo senso, M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, I, 1962, 154; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, III ed., Utet, Torino, IV, 1980, 191; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1972, 125; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO (e continuato da L. MENGONI), Milano, III, 1988, 115; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, IX, 1961, 839 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO (e continuato da L. MENGONI), Milano, XXI, 1987, 362; L.



2/2020

accade in altri ordinamenti⁴³, sarebbe incardinato sul principio in forza del quale le parti, nell'esteriorizzazione di attività negoziali, sono libere di scegliere la forma che più le aggrada, opzione che parrebbe confermata, oltre che dal più ampio principio di autonomia privata *ex art. 1322 c.c.*, dal combinato disposto degli artt. 1325, che annovera tra i requisiti essenziali del negozio l'obbligo di rispettare la forma (c.d. «*ad substantiam*») soltanto quando questa è prescritta dalle legge sotto pena di nullità, e 1350 c.c., che enumera specificatamente gli atti che devono farsi per iscritto.

Più nel dettaglio, dalla lettura incrociata delle citate norme, ne deriverebbe il logico corollario di dover considerare l'imposizione di determinati oneri formali come del tutto eccezionale e tassativa⁴⁴, giacché, al netto della libertà della forma quale regola per la generalità dei negozi, condizionante la manifestazione di autonomia delle parti, e, come tale, insuscettibile non solo di applicazione analogica ma, a giudizio di accreditata dottrina⁴⁵ e di autorevole filone giurisprudenziale⁴⁶, anche

BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, in *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, I, 1987, 628; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1976, 195 ss.; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, *op. cit.*, 20 ss., A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, *op. cit.*, 443; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, *op. cit.*, 17; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, *op. cit.*, 275 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. cit.*, 135 ss.; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, *op. cit.*, 52; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 988 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, *op. cit.*, 204 ss., a parere del quale «in ordine alla forma, (l'ordinamento) ne ha imposto l'onere, ma alleviandolo con la norma implicitamente ammissiva della libertà della stessa forma».

⁴³ Per un'indagine comparatistica in punto di libertà delle forme si vedano le opere di K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti* (trad. it. di Cigna), Milano, 1995 e G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁴⁴ Significativo è da questo angolo visuale il pensiero di B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, *op. cit.*, 52 ss., il quale sostiene che l'art. 1325 c.c., letto congiuntamente con l'art. 1350 c.c., esprimerebbe due norme: «1) quella che prevede quale 'requisito' del contratto la forma, quando questa è prevista sotto pena di nullità; 2) quella che, non prevedendo il 'requisito' della forma, (implicitamente) lo 'esclude' in tutti gli altri casi», sicché la norma *sub 2*), riferendosi «alla "generalità" dei contratti (mentre invece l'altra riguarda soltanto quelli in cui la forma è disciplinata sotto pena di nullità e perciò contiene certamente una previsione più limitata rispetto alla prima), rappresenta la regola»; mentre la norma *sub 1*) rappresenta «l'eccezione, risultando altresì la sua natura "derogatoria" dalla circostanza che essa comprende un ulteriore e "specificativo" elemento rispetto a quelli che ha in comune con la fattispecie dell'altra norma più ampia e generale, alla quale è perciò subordinata».

⁴⁵ Si veda, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, *op. cit.*, 191; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, *op. cit.*, 17; M. GIORGIANNI, *Forma*

d'interpretazione estensiva, «che costituisce – qui come, purtroppo, in altri casi – un comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel.»⁴⁷.

Dello stesso avviso è anche chi, pur approvando in buona sostanza la validità del principio di libertà delle forme, fa un passo avanti affermando che un siffatto assioma troverebbe superiore giustificazione nel testo della Costituzione e, segnatamente, negli artt. 41 e 3, comma 2, che, esaminati congiuntamente, esprimerebbero «il fulcro del propugnato sistema della forma»⁴⁸. Tale proposta ricostruttiva, quindi, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata, pone l'accento sulla necessità di slegare gli atti giuridici privati dalle stringenti corde formalistiche che, riducendo, di fatto, la libera iniziativa economica (specie a discapito dei soggetti più deboli), si risolverebbero in un «vietto rigorismo»⁴⁹.

degli atti, op. cit., 994, secondo il quale «la disciplina della forma *ad substantiam* costituisce una deroga penetrante – non solo al principio della libertà di forma, che nell'ordinamento è certo presente – ma alla stessa autonomia privata, posto che la forma non solo condiziona il sorgere dell'atto, ma viene altresì ad impedire che le parti possano eseguirlo, confermarlo ovvero accertarlo. Il sistema dovrebbe essere perciò inteso come veramente eccezionale, cosicché non dovrebbe indulgersi alla tendenza di estenderlo al di là dei casi effettivamente disciplinati».

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 22 marzo 1995, n. 3318, in *Foro it.*, 1995, I, 1138, ove si è statuito che «le norme che prevedono che determinati contratti o atti debbano essere realizzati con determinate forme sono di stretta interpretazione, insuscettibili, cioè, di applicazione analogica».

⁴⁷ A tale conclusione perviene M. GIORGIANNI, *Forma degli atti, op. cit.*, 1003.

⁴⁸ A sostenerlo è O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio, op. cit.*, 198 ss. L'A, in particolare, ritiene che la «forma degli atti giuridici privati deve essere, normalmente, libera sia per favorire l'iniziativa economica privata sia per non creare ostacoli di ordine economico, che limitino di fatto la libertà e l'uguaglianza», sicché le prescrizioni legali sulla forma vincolata sarebbero da ammettersi soltanto «quando gli atti di autonomia contrastano con l'utilità sociale (art. 41, 3° comma, cost.)» e da individuarsi esclusivamente come mezzi di tutela di «interessi generali» o «fini sociali». Cfr., a questo proposito, anche V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 420 ss.

⁴⁹ Cfr. O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio, op. cit.*, 230. Scetticismo, al riguardo, manifesta P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, op. cit.*, 34 ss.; ID., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia, op. cit.*, 93 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, op. cit.*, 420 ss., il quale, pur apprezzando gli sforzi che sono stati compiuti nella prospettiva di un accorto riferimento al quadro costituzionale, avanza tre osservazioni critiche. La prima obiezione muove da un presupposto di fondo: la predetta teoria sopravvaluta oltremisura la matrice liberistica della Costituzione focalizzando l'interesse solo sui traffici economici e sui principi a essi sottesi, con conseguente disseminazione dei principi personalistici e solidaristici che costituiscono i fondamentali valori ordinatori dell'attuale realtà sociale e giuridica. A ciò si aggiunge che l'autonomia negoziale non

2/2020

A scalfire l'intangibilità della pretesa natura eccezionale delle prescrizioni sulle forme legali è, come detto, la posizione assunta da nota dottrina⁵⁰, la quale, distaccandosi dalla crociata antiformalistica e osservando il fenomeno dei *vestimenta* negoziali sotto il profilo strutturale, rovescia l'argomentazione tradizionale ritenendo che proprio dall'analisi dell'art. 1325 c.c. (unica norma in materia di forma presente nello *ius positum*) si estrarrebbe non una regola dalla quale desumere il generale principio di libertà delle forme, ma soltanto l'individuazione della sanzione invalidante gli atti che non rispettino la forma prevista *ad substantiam*, sicché, mancando nel nostro ordinamento una norma regolare che espliciti l'autonomia delle parti nella scelta delle forme negoziali, non potrebbe valutarsi come eccezionale la norma che richiede forme peculiari

trova fondamento esclusivamente nell'art. 41 Cost., ma «ha fondamenti diversificati in funzione dei valori e degli interessi da realizzare». Cfr. P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, 395. La seconda obiezione, invece, riguarda il fatto che l'autonomia negoziale non può essere considerata come valore in sé, in quanto si evidenzia che l'atto d'iniziativa può essere positivamente valutato dal legislatore soltanto se finalizzato a realizzare concretamente un interesse socialmente apprezzabile e giuridicamente meritevole di tutela. Ciò vuol dire che la forma legale dell'atto giuridico non rappresenterebbe un limite esterno eccezionalmente tassativo, quanto piuttosto un limite interno che va valutato nel caso concreto nell'ambito dell'operazione svolta. Sul punto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 35. La terza obiezione, infine, si fa forte della considerazione per cui le prescrizioni sulle forme legali possono assolvere anche una diversa funzione di garanzia, di tutela e promozione di interessi e valori rilevanti tanto quanto la generica libertà. In particolare, si è detto che «la tutela riguarda non tanto il cittadino quale consumatore (come pure è giusto sotto certi profili) ma il cittadino in quanto tale, a prescindere dal suo ruolo di produttore o di consumatore: è la prospettiva produttivistica, in quanto senso negativa, che deve essere superata, in modo da dare prevalenza alla prospettiva esistenziale dell'uomo e dei suoi diritti. Chi si sforza in ogni modo di tutelare il consumatore nei confronti del produttore, che a sua volta è consumatore nei confronti di altro produttore, entra in un circolo vizioso, e finisce con lo sposare una concezione meramente economicistica del fenomeno che si deve invece prospettare in ben altre dimensioni». Cfr. P. PERLINGIERI, *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi?*, in *Dir. impr.*, 1982, 231.

⁵⁰ Il rinvio è a N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 19 ss. Tra i sostenitori di questa linea di pensiero, F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, op. cit., 307 ss.; D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contr.*, 1996, 420; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 73, secondo cui «se le norme che prescrivono il requisito di forma fossero di carattere eccezionale, non si spiegherebbe perché l'art. 1325 abbia elencato la forma tra i requisiti del contratto».

per la stipulazione di specificati atti⁵¹. In base a tale prospettiva, «non si danno dunque due norme sulla forma – l’una regolare, l’altra eccezionale –; ma una sola norma, la quale, in sé considerata, non è né regolare né eccezionale. Mancando il termine di raffronto, la norma non può assumere alcuna qualifica di relazione: non si paragona alle altre, e così rimane una tra le norme dell’ordinamento»⁵².

In altre parole, non esistendo due norme che intrattengono tra di loro un rapporto di regola ed eccezione, la disposizione normativa sulla forma di cui all’art. 1325 c.c. sarebbe «unica ed esclusiva»⁵³ e, «al pari di ogni

⁵¹ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20 ss. In particolare, secondo tale impostazione concettuale, dalla lettura dell’art. 1325 c.c. si ricaverebbero due norme: «L’una descrive una fattispecie debole, risultante dalla combinazione di tre requisiti (accordo, causa, oggetto); l’altra una fattispecie forte, risultante dalla combinazione di quattro requisiti (accordo, causa, oggetto, forma)», quando la forma «è prescritta dalla legge a pena di nullità». Secondo l’A., quindi, l’interprete dovrebbe «limitarsi a verificare se vi sia stato l’accordo tra le parti, mentre la modalità attraverso cui si sia realizzata la reciproca manifestazione del consenso è irrilevante, cioè non è un problema che tocca il tema della forma». Ancora, l’«energia causale e produttiva (della fattispecie debole) non altro esige che i requisiti, elencati nell’art. 1325, nn. 1), 2), 3), cod. civ. L’accordo è bensì unità di forma e contenuto; ma la forma è tutta risolta ed implicita nel requisito dell’accordo, e, dal punto di vista normativo, non assume alcuna rilevanza», sicché «né libertà né illibertà: piuttosto irrilevanza del problema di forma». La norma in esame, tuttavia, pone non pochi dubbi esegetici. Sul punto si rinvia a L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 4, a parere della quale «(...) né lo scarno enunciato nell’articolo 1325 c.c. è in grado di reggere, da solo, qualsivoglia discorso che avvalori o smentisca la persistenza (o, meglio sarebbe, l’esistenza) di un principio di libertà di forma nel nostro ordinamento; né il requisito di forma del contratto può essere compiutamente inteso con esclusivo rimando a quella centralità del modello della fattispecie e conseguente rilevanza strutturale del *vestmentum* che pure parrebbe decisivo scorrendo l’elenco di cui all’art. 1350 c.c.». Pertanto, «E’ plausibile l’opinione che vuole una sola norma sulla forma consistente in ciò che è testualmente previsto al n. 4 dell’art. 1325 c.c.; ma altrettanto plausibile è l’opinione opposta secondo cui l’art. 1325 c.c. espliciterebbe l’eccezione mentre la regola è assunta per implicita». *Ivi*, 17.

⁵² Così N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20. Egli, in definitiva, a pag. 22, osserva che «Nella descrizione legislativa della fattispecie debole (accordo-causa-oggetto), non c’è una norma sulla libertà di forma, ma pura assenza di una norma sulla forma (*tabula absentiae*)». Analoga percezione si coglie in R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, op. cit., 541, che concorda con Irti circa la non formulazione del principio da parte del legislatore, evidenziando che «altro è constatare l’assenza di norme che richiedano una determinata forma per ogni tipo di contratto, altro è inferire da ciò la presenza di una norma che qualifichi come libera la forma del contratto in generale. Il *non sequitur* è evidente».

⁵³ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20.

altra, suscettibile di applicazione analogica»⁵⁴, derivandone sotto tale angolo visuale che «il formalismo si viene mostrando, non limitato ed eccezionale, ma dilatato ed espansivo»⁵⁵.

L'impostazione testé illustrata, per quanto suggestiva e interessante possa apparire⁵⁶, non è, tuttavia, andata esente da critiche metodologiche: si allude, cioè, al pensiero di quella ermeneutica⁵⁷, che, sul postulato della

⁵⁴ Condivide tale assunto G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, op. cit., 323, ad avviso del quale «Le forme legalmente vincolate nei confronti del caso concreto per il quale sono previste, costituiscono la regola di quello specifico contratto. Così, ad esempio, la forma scritta per i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili (art. 1350, n. 1., c.c.) è la regola di quei contratti. Se questo è vero, nulla sembra vietare la possibilità, in linea di principio, di far ricorso all'applicazione analogica di forme legali».

⁵⁵ Ivi, p. 23; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, op. cit., XX, ove si sostiene che «Sciolto da ombre giusnaturalistiche e ricondotto sul terreno del diritto positivo, il requisito della forma ci appare come una semplice scelta del legislatore che, in singoli casi, aggiunge un elemento alla struttura del contratto. Non antitesi con la libertà naturale (...) né eccezioni a regole formali; ma soltanto norma di struttura e di combinazione degli elementi della fattispecie. I contratti, per i quali il legislatore non prescrive requisiti di forma, non sono né più liberi né meno solenni, ma soltanto contratti con struttura semplice e a un numero inferiore di addendi». Per una visione opposta si veda A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, op. cit., 206-207, secondo cui l'adesione alla soluzione analogica «colpirebbe al cuore la certezza del diritto», giacché, «la somiglianza di un contratto atipico con un contratto tipico per cui è richiesta una forma determinata, non può giustificare l'analogia, data la prevalenza del principio di libertà delle forme rispetto alle norme che esigono forme determinate». Similmente, G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 362, il quale rileva che «la regola della libertà di forma è ormai un cardine del moderno diritto e non fa bisogno di enunciarla in modo espresso perché implicitamente, ma certamente, risulta dalle moltissime applicazioni che di essa si hanno nei codici. I codici, quindi, debbono limitarsi alle eccezioni, prescrivendo le formalità per i casi in cui si ritenga che i negozi debbano essere formali».

⁵⁶ Sotto questo profilo, R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Giuffrè, Milano, 2011, 8, evidenzia come «lo studio di Irti ha avuto il merito fondamentale di avere aperto il dibattito e (...) di aver provocato, come reazione, il ritorno di una tendenza (di origini risalenti) ad analizzare la forma sotto l'aspetto teleologico piuttosto che strutturale. E, soprattutto, ha avuto il merito di aver posto in dubbio l'assunto secondo cui le norme che prescrivono forme legali abbiano natura eccezionale».

⁵⁷ Altra, infatti, la chiave di lettura che emerge dalle parole di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 39 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 427, per il quale «Per interpretare (...) la norma sulla forma è necessario individuarne la storia e la funzione. La forma è inseparabile dal contenuto e lo stesso negozio non è relegabile al piano della struttura, della fattispecie e dei suoi requisiti meccanicisticamente descritti, ma è da considerare quale ordinamento del caso concreto, valore da integrare e confrontare con il sistema dell'ordinamento, come una parte al tutto in stretta indissolubilità logica e storica». Come nota A. PALAZZO, *Forma negoziale tra polemiche e realtà*, op. cit., 799, il Perlingieri focalizza

«ragion sufficiente»⁵⁸ delle prescrizioni di forma, ritiene che la questione debba essere trattata non in termini strutturali quanto piuttosto con un approccio di tipo funzionale.

In particolare, secondo tale modello argomentativo, per comprendere quali norme statuenti forme negoziali debbano essere valutate come eccezionali (e, quindi, non passibili di estensione analogica) e quali, invece, debbano prevedersi di generale attuazione (e, perciò, suscettibili di analogia), sarebbe indispensabile esaminare la singola prescrizione di forma non in modo isolato rapportandola unicamente a un dato principio (quello di libertà delle forme), ma in relazione ai principi generali dell'ordinamento, specie quelli di rango costituzionale⁵⁹, nell'ottica di un più ampio contesto unitario, ovverosia nell'ambito di un sistema globalmente e storicamente considerato, nel quale ad assumere natura eccezionale sarebbero soltanto le previsioni normative derogatorie di tali regole generali⁶⁰.

l'attenzione sulle «interrelazioni tra gli interessi in gioco e gli elementi del negozio, e osserva come la forma legale affonda le sue radici sulla qualità dei soggetti o dell'oggetto del negozio o addirittura sulla funzione di essa». Parallelamente, l'A. esamina anche il pensiero del Ferri, evidenziando come lo stesso, pur accogliendo la tesi di Irti, analizza il problema sotto un altro profilo e «svolge il suo discorso ancorando l'indiscutibilità del principio della libertà della forma alla stessa fisiologia dell'autonomia privata. Se i privati hanno la libertà di scegliere il contenuto, devono pur avere la possibilità di scegliere il contenente più idoneo a realizzare gli interessi calati nella norma. Pertanto possono le stesse parti vincolare volontariamente un contenuto a una forma che la legge non richiede per quel contenuto». *Ivi*, p. 800.

⁵⁸ La nota espressione è tratta da P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, *op. cit.*, 43.

⁵⁹ Sulla costituzionalizzazione del diritto civile, oltre ai già citati studi perlingieriani, si veda anche N. LIPARI, *Una chiave di lettura*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato*, Roma, 2017, 19 ss.

⁶⁰ Fondamentali, al riguardo, le considerazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *op. cit.*, 423 ss., ove si asserisce che «Eccezionale è la norma che si presenta tale nel contesto delle *regole generali* e delle *altre leggi*, cioè dell'intero ordinamento storicamente condizionato: non semplicemente una rigida contrapposizione tra una fattispecie normativa e un'altra, ma un confronto tra la singola previsione e l'ordinamento»; *ID.*, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, *op. cit.*, 42. A pag. 152, egli, poi, sottolinea l'insufficienza delle argomentazioni addotte a sostegno del rigido binomio regola-eccezione, in quanto entrambe paiono finalizzate a perseguire interessi meritevoli di tutela «secondo un giudizio costante di prevalenza e di soccombenza; nessuna delle due può dirsi rappresentare sempre e aprioristicamente come quella preferibile e privilegiata. (...) Sotto questo profilo, la rinascita del formalismo rappresenta un fenomeno non isolatamente comprensibile e valutabile di per sé positivamente o negativamente; esso va concepito



2/2020

In questa prospettiva, il disposto di cui all'art. 1325 c.c. rappresenterebbe soltanto «un frantume di norma che si integra e si colora di volta in volta dalla disciplina del singolo atto»⁶¹, vale a dire in riferimento al negozio concreto considerato nella sua unità e, quindi, in correlazione alle qualità dei soggetti contraenti, all'oggetto, al tipo di effetti e alle specifiche finalità che il negozio si propone di raggiungere⁶².

In tale orizzonte, in cui gioca un ruolo decisivo l'attività dell'interprete, chiamato a indagare «non tanto il come della previsione formale quanto il perché»⁶³, la forma andrebbe a combaciare perfettamente con il contenuto dell'atto, iscrivendosi in una «dimensione moderna, di tipo funzionale, attenta alla molteplicità di scopi che la stessa, di volta in volta, è preordinata a realizzare»⁶⁴.

quale una delle tecniche di cui si avvale il legislatore moderno pur se con finalità e modalità adeguate al mutare dei tempi». In questa prospettiva, particolarmente efficace è il pensiero di R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, op. cit., 7, secondo cui il principio di libertà delle forme «pur esistente, non può essere sopravvalutato. Esso può ben essere "degradato" a rango di una semplice regola, soggetta a una gran quantità di eccezioni (le quali, dunque, non vanno più considerate tali, ma mere deroghe), sempre più numerose e rilevanti, tanto da poter essere interpretate estensivamente o applicate analogicamente. Se non esiste più un principio che sancisce la libertà delle forme, bensì solo una regola, non esisteranno più nemmeno delle eccezioni, ma soltanto (numerose) deroghe». In questi termini anche F. DI GIOVANNI, *La forma*, op. cit., 786.

⁶¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 45.

⁶² Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 425, secondo cui «La forma può essere collegata ad uno o più di tali profili, cumulativamente o alternativamente, secondo la *ratio* della norma che la statuisce». Conforme, sul punto, C. SANTAGATA, *Del mandato*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 269, il quale osserva che «il criterio sottostante la previsione normativa di forme solenni non è dotato di uniformità: accanto a norme che fondano l'onere formale in correlazione agli effetti che il negozio è idoneo a produrre (artt. 1350, 2556), si riscontra la concorrenza di altri criteri aventi fondamento diverso; infatti, oltre a norme che impongono una *ratio* formale (artt. 1351, 1392), vi sono ipotesi in cui la previsione di forma solenne non è correlata al tipo di effetti, bensì alla peculiare causa o tipo di contratto, senza che, nell'ambito di tali previsioni, possa individuarsi una *ratio* costante (diverso è, infatti, il fondamento sottostante alla previsione della forma solenne per la donazione, rispetto a quello che motiva l'esigenza della costituzione per atto pubblico della società per azioni)».

⁶³ Sono parole di G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, op. cit., 324.

⁶⁴ Lo afferma S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, op. cit., 112. Analogamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 427, per il quale «La libertà della forma assume un carattere non soltanto negativo, ma di interesse positivo da concretare in negozi o clausole negoziali tendenti a regolamentare la forma. Questa diventa funzione negoziale

Per ragioni di completezza, va, infine, segnalato l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza che, sebbene in più occasioni si sia affannata nel ribadire la valenza di regola generale per il principio di libertà delle forme, ha, poi, gradualmente ammesso in numerose pronunce⁶⁵ l'interpretazione estensiva delle prescrizioni formali, con evidente arretramento di un principio ormai relativizzato se non addirittura «disapplicato attraverso l'interpretazione razionale e teleologica della norma che introduce il requisito formale»⁶⁶.

4. *Opzione di metodo e ricadute applicative: l'orientamento delle Sezioni Unite sul contratto monofirma.*

Il dibattito appena descritto, lungi dal configurarsi come una mera pratica concettuale, è oggi più che mai vivo e fonte di ulteriori sviluppi se considerato non tanto in riferimento all'operatività di un principio pressoché mitigato nella prassi, quanto invece con riguardo al metodo di

e come tale sottoposta al controllo di meritevolezza (art. 1322 c.c.). L'accordo sulla forma non è dunque un nudo patto, arbitrario e neutrale».

⁶⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, a Cass., 30 maggio 1978, n. 2747, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1978, 124; Cass., 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Rep. foro it.*, voce *Contratti in genere*, 1979, 111; Cass., 29 maggio 1980, n. 3538, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1980, 123; Cass. 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, 1688; Cass., 6 novembre 1991, n. 11840, in *Mass. giur. it.*, 1991; Cass., 11 aprile 1995, n. 4169, in *Giur. it.*, 1996, I, 806. In tempi (relativamente) più recenti si veda Cass., 2 aprile 1999, n. 3166, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 741; Cass., 22 maggio 1999, n. 5014, in *Giust. civ.*, 1999, I; Cass., Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2652; Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4806, in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2902.

⁶⁶ Secondo l'espressione utilizzata da A. LISERRE – A. JARACH, *Forma*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, tomo III, Torino, XIII, 1999, 399, n. 13, i quali, sul punto, riportano il pensiero di P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, *op. cit.*, 817, a giudizio del quale il principio di libertà delle forme «non comporta affatto la necessità di un'applicazione strettamente letterale delle singole prescrizioni di legge (...). Non vieterebbe quindi neppure un'interpretazione estensiva, impregiudicate le note difficoltà del regolamento di confini. Non vieta l'interpretazione razionale e finalistica, che consente di affermare soggetto al requisito formale anche il negozio, come il consenso contrario, non menzionato in modo esplicito nella disposizione che prescrive il requisito». In questi termini si era, in verità, già espresso A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, *op. cit.*, 565, per il quale «chi si affacci ad esaminare con la mente sgombra da pregiudizi di sorta la pratica delle prescrizioni normative, è portato a concludere che il principio della libertà delle forme è piuttosto un'affermazione teorica – allo stesso modo del principio del nudo consenso, del quale è filiazione diretta (...) – che non un criterio vivo ed operante negli ordinamenti positivi».

indagine (strutturale o funzionale) da adottare nell'approccio alla problematica della forma. Ne è conferma il rinnovato interesse della giurisprudenza che con un pronunciamento a Sezioni Unite⁶⁷, in cui la Suprema Corte è stata chiamata, nella sua più autorevole composizione, a dirimere la vicenda relativa al contratto d'intermediazione finanziaria c.d. monofirma, mostra di prediligere una lettura funzionale e assiologica della forma contrattuale.

Al fine di meglio comprendere la portata innovativa della sentenza, vale la pena rilevare la specificità della situazione da essa considerata: le Sezioni Unite si curano, infatti, di guardare a un fenomeno di crescente rilievo che, a causa dell'influsso del diritto comunitario⁶⁸, sta prendendo sempre più piede nella sfera dell'autonomia negoziale, specie nella contrattazione asimmetrica⁶⁹, e che va sotto il nome di «forma informativa», «forma *ad informationem*» o «forma di protezione»⁷⁰.

⁶⁷ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, 928, che si è pronunciata in merito all'ordinanza di rimessione disposta dalla I Sez. civile della Suprema Corte il 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contr.*, 2017, 4, 393. Si schierano, in linea con la decisione assunta dalle Sezioni Unite, a favore di un'analisi teleologica della forma, inaugurata, come visto, dal magistero perlingieriano, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 129 ss.; R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, op. cit., 107 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, op. cit., 122; R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, op. cit., 410; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, op. cit., 425; E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, I, 2019, 197 ss. In senso critico, invece, D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 2017, 393 ss.; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, V, 2017, 554 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 686; U. VIOLANTE, *L'art. 23 T.U.F., tra formalismo ed efficienza allocativa*, in *Contr.*, VI, 2018, 703 ss.

⁶⁸ In argomento si veda M. MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2002, 113, che segnala «la tendenza comunitaria a riscrivere buona parte del diritto privato, specie per quanto riguarda la materia dei contratti, in modo che, attraverso le direttive oggetto di recepimento, i vari paesi membri addivengano ad una disciplina che si configuri il più possibile omogenea, almeno quanto ai segmenti normativi presi in considerazione ed alle materie selezionate».

⁶⁹ La nota teoria del «contratto asimmetrico» trova la sua genesi nel saggio di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 769 ss. e, più in generale, nel volume *Il contratto del duemila*, di cui si veda la III ed., Giappichelli, Torino,

Trattasi, nello specifico, di una tendenza di settore che, collocandosi nella più ampia categoria del c.d. neoformalismo di matrice sovranazionale⁷¹, ha come obiettivo principale quello di garantire

2011, 91 ss. Da ultimo anche U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 5 ss. e G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, 143, il quale osserva che «Ormai non si può più pretendere di ricondurre tutto a sistema, anche se non è necessario abbandonarsi a tentazioni nichilistiche. I codici di un tempo hanno vissuto in gloria, oggi si propone una nuova codificazione concepita come un nuovo modo di aggregare regole di autonomia privata. (...) La tripartizione classificatoria di contratti tra contraenti formalmente eguali, contratti tra imprese e contratti con i consumatori si arricchisce di una nuova categoria, il contratto asimmetrico, in cui l'asimmetria (informativa, di potere negoziale, di potere impositivo) non riguarda solo il consumatore ma anche la piccola impresa, e più in generale la parte esposta all'abuso di potere economico della controparte».

⁷⁰ In proposito G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 612, mette in evidenza come, in questo contesto, la forma «non è più fine a se stessa, come elemento costitutivo del contratto, ma rappresenta la chiave di volta utilizzata dal legislatore per rendere trasparente il rapporto sottostante. Sicché diviene indispensabile perché consente al giudice di valutare il contenuto del rapporto contrattuale, per cui può dirsi che nei contratti in cui si tutela lo *status* del contraente debole, la forma assume un ruolo rappresentativo di un contenuto (...) in grado di eliminare le asimmetrie informative tra i contraenti già nella fase di formazione del contratto, attraverso una predisposizione dettagliata del regolamento contrattuale e, quindi, di conseguenza assicurare una libera concorrenza attraverso il pieno dispiegarsi delle forze economiche sul mercato».

⁷¹ Per una panoramica complessiva del fenomeno si rinvia, oltre ai già menzionati contributi, agli studi di R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, op. cit., 32 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 57, la quale evidenzia come il formalismo comunitario «non mira a correggere il contenuto del contratto, ma soltanto ad assicurare che il confronto tra le diverse concrete opportunità di negoziazione sia trasparente», sicché esso è finalizzato «ad assicurare che la singola manifestazione di autonomia privata da un lato si collochi in un mercato trasparente, dall'altro contribuisca alla progressiva strutturazione di quest'ultimo»; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2012, 80, che constata come la normativa europea «rivela un formalismo inedito, oscillando tra moduli espressivi e contenutistici, funzionali ora alla tutela del contraente debole, ora alla sicurezza dei rapporti ed alla prevenzione del contenzioso, ora al rispetto di un *iter* procedimentale, che è metro di diligenza, a scanso di responsabilità (forma c.d. *ad regularitatem*)»; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto: art. 1350*, in *Comm. cod. civ.*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003, 29, scrive che «in un caso la prescrizione di una determinata forma corrisponde alla finalità di tutela del contraente debole, in un altro assicura certezza dei rapporti contrattuali, in un altro ancora ha un compito certificativo dell'assolvimento di uno specifico iter procedimentale al quale la legge annette un'apposita rilevanza in relazione agli interessi privilegiati. In altre parole,

2/2020

maggior tutela al contraente non professionale, in guisa che, come acutamente affermato da taluna esegesi, «forma e formalismo (...) assolv(a)no per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura»⁷², ovverosia un sufficiente grado di trasparenza del suo contenuto.

Ecco allora che il nuovo paradigma formale, staccandosi dalla classica visione codicistica della forma quale elemento architettonico del contratto previsto ai fini della validità, diviene, per un verso, «veicolo necessario di informazioni necessarie»⁷³, terreno elettivo per la somministrazione di dati utili e rilevanti che assicurino chiarezza e comprensibilità alla parte del rapporto ritenuta debole, e, per altro verso, meccanismo deputato a garantire un certo indice di trasparenza nell'operazione negoziale⁷⁴, con conseguente speciale nullità (relativa

il requisito formale, da "uno" (...) si scompone nelle "forme" dei diversi settori dell'intervento legislativo».

⁷² Così A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. dir. priv. europeo*, Padova, III, 2003, 50 ss., ove si considera perciò che «il formalismo negoziale costituisce lo strumento attraverso il quale si mira a dare trasparenza alla qualità del contratto (e) permette di realizzare il confezionamento del singolo contratto, assicurando che il testo stesso dell'atto di autonomia privata contenga un'uniforme griglia di clausole (che rappresenta) lo strumento strutturale attraverso il quale si assicura il corretto svolgimento dell'autonomia privata nella prospettiva del mercato, più in particolare, il corretto funzionamento della concorrenza tra i diversi assetti negoziali» e ciò per il convincimento in base al quale sussiste «una significativa imperfezione del mercato sotto forma di rilevante gap informativo tra le parti del contratto». *Ivi*, 53.

⁷³ La suggestiva formula si legge in G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1993, 710. In modo pienamente adesivo all'idea della forma quale "veicolo" dell'informazione dovuta alla categoria di soggetti deboli A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1993, 296; P. PERLINGIERI, *Considerazioni conclusive*, in G. FUCCILLO (a cura di), *Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, ESI, Napoli, 2000, 155 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *op. cit.*, 427-428; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1997, 101; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 395 ss.

⁷⁴ In questo senso si esprime E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, *op. cit.*, 86-87, il quale nota come «Un mercato protetto è un mercato in funzione dell'uomo e della sua libertà dal bisogno; su questo terreno la rivalutazione della forma (...) può esercitare un ruolo perequativo e dunque di riequilibrio di posizioni contrapposte». Inoltre, «Tale politica di salvaguardia non avvantaggia peraltro solo i soggetti delle relazioni commerciali, che dal mercato traggono mezzi di sostentamento e occasioni di affermazioni della propria personalità, bensì il mercato stesso, che, ricondotto nei limiti di una corretta competizione, viene stimolato e

protettiva) del contratto che eluda gli anzidetti canoni. Sicché, a pena d'invalidità, la necessaria cristallizzazione per iscritto di quel contenuto informativo minimo (c.d. «forma-modulo») che consenta al soggetto di autodeterminarsi in modo completo e consapevole nella vicenda contrattuale di cui è parte inferiore ed è proprio all'interno di questa cornice che si annida la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite: chiarire, cioè, se la mancata sottoscrizione della banca al contratto-quadro d'intermediazione finanziaria pregiudichi in qualche modo il cliente⁷⁵ nella conoscenza delle condizioni contrattuali e renda perciò nullo il relativo negozio.

Ebbene i supremi giudici, rispondendo negativamente al quesito posto in scrutinio per mezzo di un procedimento d'interpretazione teleologica e assiologica dell'art. 23 T.U.F.⁷⁶, hanno statuito l'innovativo

si sviluppa in direzione solidale. Così il formalismo rappresenta, (...), la matrice ideologica di una legislazione che valorizza l'elemento formale del sinallagma contrattuale, elevandolo a momento di garanzia non solo delle istanze personalistiche ma anche del mercato». Analogamente, G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., XXVI, Torino, 2006, 798, secondo cui forma e contenuto, nel diritto europeo, «vengono accomunate nell'unitario disegno di tutela che le forgia (...). La forma assolve a funzioni di certezza, trasparenza, pubblicità delle condizioni contrattuali; il contenuto eterodiretto garantisce un controllo *a priori* di tali condizioni, assicurando equità e giustizia nelle transazioni». Sui rapporti tra mercato e autonomia si rinvia alle riflessioni contenute in C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 417, ove si sottolinea che «il mercato però non è eteronomo rispetto al contratto: di questo è l'habitat, del quale l'equilibrio raggiunto dalle parti nel singolo contratto è l'espressione naturale quando il mercato sia concorrenziale. Esso è piuttosto presupposto e conseguenza dell'autonomia privata che si esercita con i contratti».

⁷⁵ A questo proposito, è bene porre l'accento sul fatto che, nella legislazione settoriale e, specialmente, nell'ambito dei contratti d'investimento, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 687, segnala l'esigenza di impiegare, da un punto di vista definitorio, il termine "cliente" in luogo della frantumata nozione di "consumatore" che porta a «specificarsi e, contemporaneamente, dilatarsi, nella figura ora dell'assicurato, ora del cliente, ora dell'investitore, e così via». Così anche E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma; la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzione delle Sezioni Unite della Cassazione*, *op. cit.*, 200 e *ivi* ulteriore bibliografia.

⁷⁶ L'art. 23 T.U.F., il cui antecedente storico è da rinvenirsi nell'art. 6, n. 1, lett. c), L. n. 1/1991, prevede che «1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, è un esemplare è consegnato ai clienti. (...) Nei casi di inosservanza della forma scritta, il contratto è nullo. 2. E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del

2/2020

principio di diritto in base al quale «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

In particolare, si legge in motivazione, il vincolo di forma di cui alla riferita disposizione di legge va inteso «non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa». Più nel dettaglio, esso va interpretato «secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro»⁷⁷.

corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente. 4. Le disposizioni del titolo VI, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento; al collocamento di prodotti finanziari; alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina degli articoli 25-bis e 25-ter ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito nonché ai servizi e conti di pagamento disciplinati dai capi I-bis, II, II-bis e II-ter del T.U. bancario si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario. (...) 5. Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. 6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta». In materia è, altresì, rilevante il disposto *ex art.* 37, comma 1, Regolamento intermediari-Consob (adottato con delibera n. 30207 del 15 febbraio 2018), secondo cui «Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente».

⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, *cit.*, che, nella valorizzazione di una lettura razionale e finalistica della norma in esame, reputa che «il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto

Secondo tale visione, pertanto, a rendere invalidante il negozio stipulato tra cliente e intermediario è non già la carenza di firma da parte di quest'ultimo, ben potendo il consenso della banca desumersi da una serie di condotte concludenti che non sciupano affatto l'adeguata informativa, ma solo ed esclusivamente, in ottica di *favor* e di protezione, la mancanza di sottoscrizione da parte del contraente debole, giacché in questo caso sintomo della scarsa conoscenza delle condizioni contrattuali. Anzi, come osservato da attenta dottrina, riflettendo in questi termini, «la sottoscrizione dell'intermediario bancario si collocherebbe, (...), al di là della ragion sufficiente di detta forma, in quanto è l'incompletezza

dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati. Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto. Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione. Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore. (...) L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato. Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art. 39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all'accordo di base "scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente"».

2/2020

informativa, non la carenza di una sottoscrizione in più, a pregiudicare il cliente “nella sua completa e consapevole autodeterminazione”⁷⁸.

Le Sezioni Unite, infine, non mancano di precisare che la ricostruzione offerta, razionalmente diretta in una prospettiva di sistema che ottimizza l’emersione e l’affermazione di nuovi archetipi formali più versatili e aperti alle concrete esigenze del caso, è, altresì, ossequiosa del principio di proporzionalità⁷⁹, che «vale non ad imporre una equivalenza, ma a evitare una sproporzione eccessiva e ingiustificata»⁸⁰.

⁷⁸ Lo si legge in S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, op. cit., 679 ss. Scrupolosa esegesi, poi, cfr. D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, op. cit., 393 ss., già nel commentare la citata ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, ha evidenziato come le considerazioni svolte in merito ai contratti di investimento ex art. 23 T.U.F. possano, in virtù dell’identità di *ratio*, essere estese anche ai contratti bancari disciplinati dall’art. 117 T.U.B., a tenore del quale «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. (...) 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. (abrogato). 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell’operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l’operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

⁷⁹ In argomento si veda diffusamente P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343, secondo il quale «Nel sistema dell’ordinamento vigente la proporzionalità diventa principio, componente dell’ordine pubblico costituzionale, in quanto compatibile, anzi attuativo di principi costituzionali»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 380 e ulteriore bibliografia *ivi* richiamata.

⁸⁰ *Ivi*, 386. L’A., poi, a pag. 388, si preoccupa di aggiungere che «Il principio di proporzionalità dovrebbe, inoltre, valere prescindendo sia dall’adempimento degli obblighi di informazione, trasparenza e parità di trattamento, sia da ogni considerazione relativa all’integrità del consenso e alla capacità di agire dei contraenti».

5. Riflessioni finali.

Avviandosi alle conclusioni, di fronte a un variegato e frammentato panorama giurisprudenziale nel quale si sono registrate diversità di vedute sulla validità del contratto monofirma⁸¹, la riferita sentenza delle Sezioni Unite spicca per il pregio, proprio per l'autorevolezza dell'organo emanante, di aver sedato fermenti e inquietudini ermeneutiche che per lungo tempo hanno animato gli impianti argomentativi posti a fondamento delle pronunce in materia. Non a caso, infatti, la carica innovativa dell'approdo cui è giunto il massimo organo nomofilattico ha ingenerato effetti calmieristici nella giurisprudenza successiva⁸² che ha nondimeno esteso, sul presupposto di una *aedem ratio*, i principi espressi in tema di contratti d'investimento alla disciplina dei rapporti bancari⁸³.

⁸¹ Un primo indirizzo riteneva sufficiente la sottoscrizione da parte del cliente, non esigendo quindi, ai fini della validità di un contratto disciplinante la prestazione di servizi d'investimento, la contestuale sottoscrizione da parte della banca. Si veda, in tal senso, Cass., Sez. VI, 7 settembre 2015, n. 17740, in *Rep. serv. inv.*, 3, 2015, 85 ss., per la quale «secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, ribadito anche di recente proprio con riguardo al disposto di cui all'art. 23 T.U.F. (cfr. Cass. n. 4564/12; cfr. anche, *ex multis*: n. 2256/07; n. 7075/04), la parte che non ha materialmente sottoscritto il contratto per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, sia producendolo in giudizio sia manifestando stragiudizialmente alla controparte per iscritto la volontà di avvalersi del contratto, sempreché tale conferma non sopraggiunga dopo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso, ciò rendendo impossibile la formazione dell'accordo contrattuale». A tale arresto giurisprudenziale sono, tuttavia, seguite svariate pronunce di segno opposto che sancivano la nullità del contratto-quadro portante la sola firma del cliente. Cfr., per tutti, Cass., Sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, 1114.

⁸² Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 27 agosto 2019, n. 21750, in *www.dirittobancario.it*.

⁸³ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 4 giugno 2018, n. 14243, in *Giust. civ. mass.*, 2018, ove si è affermato che il «principio, reso in materia di contratti d'intermediazione finanziaria, non può non operare nella materia dei contratti bancari soggetti al Decreto legislativo n. 385 del 1993 (t.u.b.)», in quanto, «avendo riguardo a(lla) corrispondenza degli elementi normativi è possibile cogliere anche nei contratti bancari una scelta legislativa che è chiaramente orientata a favorire, attraverso la previsione del requisito formale, la più estesa ed approfondita conoscenza, da parte del cliente, del contenuto del regolamento contrattuale predisposto dalla controparte e a cui lo stesso si accinge ad aderire. Sicché pure in tema di contratti bancari pare spendibile la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite allorché evidenziano come il dato della sottoscrizione dell'intermediario risulti "assorbito", quindi privo di rilievo, una volta che lo scopo perseguito dalla legge sia raggiunto attraverso la sottoscrizione del documento contrattuale da parte del cliente e la consegna, a quest'ultimo, di un esemplare del documento medesimo».

Tuttavia, anche il *decisum* in esame, a prudente avviso di chi scrive, ha i suoi limiti di spessore non trascurabile che non possono non far riflettere lo studioso e che prestano il fianco a più di un rilievo critico. Se, da un lato, infatti, all'importante voce giurisprudenziale va senz'altro riconosciuto il merito di avere spostato «l'attenzione dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica, come tale valutabile solo in concreto, ribaltando la prospettiva metodologica dal piano strutturale a quello del risultato»⁸⁴, dall'altro lato, però, la soluzione adottata dai supremi giudici di legittimità desta qualche perplessità almeno per tre ordini di ragioni:

a) In primo luogo, non convince l'idea di elevare la forma informativa a *tertium genus* di forma solenne⁸⁵ «che rompe col modello di *vestmentum* del codice vigente»⁸⁶. Una simile traiettoria di pensiero sembra, infatti, non considerare che la forma protettiva, benché finalizzata a fornire al cliente il necessario *set* di dati dalla cui lettura e comprensione egli possa coscientemente vincolarsi, conserva comunque il suo carattere di requisito costitutivo del *pactum* negoziale, giacché la *ratio* cui risponde il vincolo di forma è non solo quella, individuale, di realizzare una riduzione del *gap* informativo, che designa classicamente i rapporti tra intermediario finanziario e cliente, ma anche quella, collettiva, di garantire il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati, che verrebbe, quindi, certamente pregiudicata dalla carenza di firma da parte della banca⁸⁷.

⁸⁴ Così L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, op. cit., 703 ss.

⁸⁵ In questi termini si è espresso, per primo, in dottrina L.V. MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Dir. priv. ed interessi pubblici*, Milano, I, 2001, 353. Analogamente, discorre di un peculiare terzo tipo di forma c.d. *ad transparentiam* M. PENNALISTICO, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in P. PERLINGIERI – E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli-Rende, I, 2004, 158.

⁸⁶ Cfr., per una più ampia prospettiva, S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 776. In particolare, egli, a pag. 775, avverte, a scanso di inutili equivoci, «di non riservare l'appellativo di forma, cioè di *vestmentum*/requisito, a quel che forma negoziale *ad substantiam actus* non è».

⁸⁷ A sostegno di ciò, si veda D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, op. cit., 401. Sul versante giurisprudenziale, cfr. Trib. Catania, sentenza 13 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it.*, là dove si afferma che «il dovere di dare una compiuta ed esaustiva informazione relativo al prodotto finanziario oggetto di attenzione e quello, correlato e consequenziale, inerente la valutazione di adeguatezza del prodotto stesso rispetto al profilo di rischio ascrivibile al cliente rappresentano lo strumento esplicito diretto a garantire, tramite la protezione immediata dell'investitore su base individuale, il risultato riflesso della efficienza del mercato, diversamente compromessa in presenza di una

L'aspetto maggiormente discutibile sembra, dunque, la sovrapposizione tra due piani che occorrerebbe tenere separati. La speciale «forma-modulo», prevista dal nuovo diritto dei contratti di stampo europeo a protezione di una peculiare classe di soggetti ritenuti in stato di debolezza, non andrebbe, cioè, assimilata alla tradizionale «formatto», fissata dalla vigente codicistica quale veste del consenso per la validità del contratto, dovendosi piuttosto intendere, come osservato da parte autorevole della dottrina, nel senso di un «sovrappiù assiologico connotante, nei rapporti asimmetrici, la funzione dello scritto informativo»⁸⁸.

b) In secondo luogo, muovere dalle finalità della previsione di legge nel sistema degli interessi coinvolti e, quindi, pretendere per una concezione della forma finalisticamente orientata non sembra autorizzi ad abusive torsioni del dato codicistico che disattivano il fondamentale ruolo precettivo della norma. L'argomento per cui la prova dell'accordo *inter partes* e la *traditio* al cliente di una copia del testo contrattuale valga, quale contegno concludente, a ritenere rispettata la prescrizione di forma pare, invero, produrre un indebito effetto *abrogans* dell'art. 23 T.U.F., che, nel richiedere, invece, la forma *ad substantiam*, esige la necessaria sottoscrizione bilaterale⁸⁹, non lasciando, quindi, spazio alcuno a criteri di imputazione alternativi, quali, appunto, condotte per *facta concludentia*.

inalterata sussistenza dell'asimmetria informativa che, per forza di cose, connota i rapporti tra intermediario e cliente (...). Riflessioni analoghe sono state fatte anche dalla Corte di Giustizia, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812.

⁸⁸ Così S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, *op. cit.*, 776, il quale, altresì, aggiunge: «salvo (...) non si voglia riconoscere al lemma un valore meramente descrittivo, dovrà convenirsi sulla circostanza ch'esso rileva alla stregua di un appellativo pregnante se lo si riserva ai casi nei quali la documentalità è requisito, prescritto *ad substantiam* (...) o *ad probationem* (...) dell'intero contratto o di talune sue parti».

⁸⁹ Sul punto si veda U. VIOLANTE, *L'art. 23 T.U.F., tra formalismo ed efficienza allocativa*, *op. cit.*, 703 ss., che, prendendo in esame la disciplina della subfornitura, così come quella in materia di agenzia o di assicurazione, nota che «quando il legislatore ha inteso ritenere ugualmente soddisfatto il vincolo di forma scritto stabilito a pena di nullità, anche se manchi la sottoscrizione di un contraente, l'ha stabilito espressamente». In senso analogo, cfr. M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, *op. cit.*, 554 ss., la quale precisa che «Non si vuole negare che i contratti di protezione rispondano a dinamiche peculiari e nemmeno si intende disconoscere la vocazione precipuamente informativa che il formalismo verrebbe ad assumere in quel contesto. Quello che, tuttavia, non si comprende è come riesca anche solo a insinuarsi il dubbio che una disciplina volta a tutelare specificatamente e al massimo il contraente debole – nella specie il cliente – possa venire interpretata nel senso che le prescrizioni di

c) In terzo luogo, l'attribuzione di rilievo autonomo al precetto di forma *ad informationem* potrebbe creare non pochi problemi di disfunzione da «sovraccarico informativo»⁹⁰, dovuto a una ipertrofica erogazione di dati, generando, paradossalmente, l'effetto opposto di aumentare la distanza conoscitiva che separa il cliente dall'intermediario finanziario (e, quindi, abbassare lo *standard* protettivo) e ciò anche a causa dei *bias* cognitivi che moduli eccessivamente tecnici e settoriali potrebbero implicare⁹¹. D'altra parte, se è vero che la forma informativa «ben può

forma ivi contenute possano risultare di consistenza ridotta rispetto a quelle che il codice civile prevede per la contrattazione *inter partes*».

⁹⁰ Il contraente debole eccessivamente informato non riuscirebbe, difatti, a comprendere appieno la portata degli atti che sta ponendo in essere (soprattutto in settori come quello bancario e finanziario), venendosi, quindi, a creare il problema legato al c.d. *information overload*, poiché troppa informazione genera non informazione/disinformazione. Invero, come lucidamente sostenuto da A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, in G. MOLLO (a cura di), *Quaderni giuridici. Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, Roma, 2015, 257, «Uno dei profili più rischiosi che il mercato finanziario conosca attiene al pericolo che la compiutezza informativa, da onere e “dogma” comportamentale, traligni in eccesso ed esuberano di informazioni. (...) L'eccesso informativo, pertanto, risulterebbe avere una funzione di disturbo poiché l'abbondanza di dati, nozioni e controindicazioni può allontanare l'investitore dal cogliere gli elementi essenziali dei prodotti finanziari, con eventuali ripercussioni negative sul piano economico. (...) La condotta sinora indicata conduce a una alterazione della percezione della realtà e, come tale, alimenta un tipico caso di disinformazione indotta». Perciò, conclude l'A., «L'eccesso porta con sé un momento di disordine: una vasta gamma di informazioni rapsodiche e disorganiche tende a favorire l'occultamento dei dati veramente essenziali e significativi». Dello stesso parere sono, tra i tanti, V. LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, 259 ss., secondo cui un simile scenario condurrebbe a «una realtà che allontana il momento cognitivo (che è alla base delle determinazioni relative alle scelte di investimento) dalla fase delle trattative commerciali e da quella contrattuale (e, quindi, dal singolo rapporto economico-giuridico di riferimento)» e M. MENICUCCI, *Finanza comportamentale e scenari probabilistici: brevi riflessioni sul KID*, in *Riv. dir. banc.*, III, 2018, 199, il quale rammenta che «Kruschke e Johansen (1999) mostrano, in particolare, che le informazioni entrano in competizione (*cue competition*) e quelle più evidenti (*salient*) dominano e distraggono l'attenzione da quelle rilevanti ai fini della decisione, (...)».

⁹¹ Una soluzione al problema del sovraccarico informativo potrebbe arrivare, almeno a giudizio di chi scrive, dall'utilizzo delle nuove tecnologie (algoritmo e intelligenza artificiale), il cui impiego potrebbe ridurre, in maniera decisiva, attraverso uno specifico procedimento di filtraggio e classificazione del flusso d'informazioni in ordine di rilevanza, il senso di confusione generato dal grande quantitativo di dati che supera la capacità del contraente inesperto di comprenderli e assorbirli in modo corretto, causandogli, ai fini di un processo decisionale consapevole, un rallentamento anziché un'accelerazione. In particolare, applicando appositi algoritmi di *machine learning* basati

consistere in un *quid aliud* rispetto alle prescrizioni di forma tradizionalmente poste *ad substantiam actus*», è altrettanto vero che essa «mai potrà divenire un *quid minus* e, paradossalmente, proprio in nome delle finalità tuzioristiche della disciplina che lo prevede»⁹².

Prendendo, pertanto, a prestito, sia pure con riferimento ad altro contesto, le parole di attenta dottrina secondo cui è il sistema «a somigliare sempre più ad un *puzzle* (...) le cui tessere, per farle combaciare, obbligano ad autentiche acrobazie interpretative»⁹³, si potrebbe, allora, dire che, in tale caos ermeneutico, la forma, quella *ad substantiam actus*, «appare l'estrema via di salvazione»⁹⁴, unico «salvagente» in grado di far rispettare

su tipici meccanismi di deduzione, inferenza, ragionamento logico e apprendimento esperienziale, si potrebbe stabilire se l'elaboratore elettronico sia in grado di riconoscere, semplificare e selezionare l'eccessiva mole di comunicazioni disponibili, arginando, così, le distorsioni conoscitive derivanti dall'incontinenza informativa e munendo l'individuo di un valido e concreto supporto nella valutazione delle *performance* decisionali. D'altro canto, le intersezioni emergenti tra *artificial intelligence and law* e, quindi, l'incursione delle nuove scienze tecnologiche nel mondo del diritto sono al centro del dibattito giuridico degli ultimi anni e la creazione di agenti razionali capaci di risolvere problemi e fornire delle prestazioni che, a prima vista, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelletto umano, oltre alla dimensione giuridica, sta investendo trasversalmente e in maniera esponenziale – aprendo a scenari finora inediti e soddisfacendo anche le attese degli esperti – i più disparati settori disciplinari che vanno dalla medicina ai trasporti, dall'informatica alla genomica, dalla robotica alle neuroscienze. Sarà, quindi, compito del giurista moderno, chiamato a confrontarsi con nuovi e suggestivi strumenti di ricerca, cogliere la sfida e sfruttare l'opportunità offerta dalle progredite tecnologie digitali.

⁹² In questi termini si esprime M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, op. cit., 554 ss.

⁹³ Ad affermarlo è S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 211/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in S. PAGLIANTINI – G. D'AMICO (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto: saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, 200.

⁹⁴ Secondo la celebre espressione coniata da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, V ss., il quale, muovendo da una visione nichilistica del diritto, reputa che il formalismo «non indica un repertorio di concetti (...), un metodo a-storico (...) che scende sulle norme e tutte rischiera nella razionalità del sistema. E neppure designa un carattere o disposizione mentale del giurista», bensì si «delinea come corrispettivo dell'indifferenza contenutistica. Se nessuna norma è interdotta, se tutte giacciono nella stessa possibilità di essere o non essere, se le norme vigenti sono rose dal tarlo del nulla e ciascuna altra è in grado di tenerne il luogo, allora rimane soltanto la stabilità della forma». Ciò in quanto se «il diritto non ha punti di appoggio esterni, che siano al di fuori o al di sopra di esso (...) la forma (...) si offre come indispensabile e necessaria». La forma, allora, assume oggi «altro e diverso rilievo, poiché esprime l'essenza propria del diritto, il suo stare e definirsi nel nostro tempo. Ove la «forma» non prende significato dal contenuto, ma ha solo ed esclusivo significato nel suo funzionare (...) essa è l'equivalente

la *regula iuris* e di far prevedere con sufficiente grado di probabilità, in termini, cioè, di «calcolabilità giuridica», l'esito di una controversia, riducendo, quindi, al minimo ogni margine di operatività a principi e valori che non dovrebbero in alcun modo influenzare il lavoro dell'esegeta, chiamato a certificare in via esclusiva la forza centrale della legge. Tuttavia, alla luce del sopraggiunto e irrinunciabile quadro di legalità costituzionale in cui proprio quei valori e quei principi particolarmente meritevoli per l'ordinamento assumono un ruolo tutt'altro che neutro e indifferente per la complessa attività del giurista⁹⁵, un assunto di tal fatta appare quanto mai ancorato a una logica anacronistica.

La strada da percorrere per la ricerca della soluzione più congrua sembra, perciò, quella sì di preferire il momento assiologico quale tecnica centrale sulla quale fondarsi, ma, nel contempo, con il freno di impedire estese e disordinate attuazioni che generano dannosa incertezza. Sicché appare logico, in questo senso, domandare all'interprete lo sforzo, ferma restando la validità di un procedimento razionalmente conforme e pur sempre nell'orbita di una ricostruzione tendenzialmente unitaria della disciplina della forma contrattuale, di intercettare la giusta flessibilità da adeguare alla fattualità del caso concretamente considerato, un punto di equilibrio tra la necessità di assicurare la certezza del diritto oggettivo e l'esigenza di salvaguardare lo scopo pratico perseguito, si dà sottrarsi, nell'elasticità del rigore metodologico, a generalizzate e aprioristiche

del Nulla intorno al quale gira» e il «Nulla giuridico è insensatezza di contenuti che non muovono ad un unico scopo né si raccolgono verso un unico centro», sicché «il terribile e angoscioso nulla sospinge nel rifugio della forma, che ci trae fuori dal caos e ci protegge dalla stretta dei voleri. Il diritto, consegnatosi alla decisione degli uomini e smarrito nel tumulto delle volontà, trova un punto di appoggio nel funzionalismo della forma». Pertanto, scrive l'A., «nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma».

⁹⁵ Illuminanti, sul punto, i rilievi formulati da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 555, secondo cui «Ampie e approfondite analisi (...) confermano la fecondità di questa prospettiva, della quale tuttavia occorre avere maggiore consapevolezza, superando resistenze concettuali e atavici pregiudizi riconducibili più ad un tipo di cultura e formazione giuridica di stampo codicistico – tendente ad esaurire la legalità nel rispetto dei codici, ad attribuire a questi natura e funzione costituzionale, ad esaltare il meccanismo logico della sussunzione del fatto concreto in una ben precisa fattispecie astratta – che ad argomenti logico-normativi dedotti dal sistema vigente. Il rapporto diretto tra interprete e norma costituzionale tenta di evitare l'isolamento di quest'ultima dal restante sistema normativo, ribadendo l'unitarietà dell'ordinamento (...)».

operazioni ermeneutiche che sconfinano nel primato di un approccio marcatamente finalistico e al pericolo di abuso, come pare sia accaduto nell'attenzionata pronuncia, e, quindi, di esercizio controfunzionale⁹⁶, di un siffatto *modus interpretandi*.

⁹⁶ Cfr. P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., ESI, Napoli, 2004, 143.