



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – GIUGNO 2018

GIUSEPPE COLACINO

Fenomenologia dei *vestimenta* contrattuali: brevi note ricostruttive

ABSTRACT- The role of the negotiating forms in the reality of trafficking is a constantly in progress issue, marked in depth by the axiological and practical tensions that the legal system and the market are acting at any time. The analysis of the case studies highlights a consolidated tendency in the jurisprudential form to an increasingly extended application of the form precepts, also in relation to those cases that should be completed without formal charges. Therefore a renewed verification of the persistent vitality in the system is justified principle of freedom of forms and its effects on the concrete exercise of private autonomy.

KEYWORDS - Forms of negotiation, freedom of form, private autonomy, rule/exception.

**Fenomenologia dei *vestimenta* contrattuali:
brevi note ricostruttive****

SOMMARIO: 1. La forma del contratto: profili generali. - 2. Il c.d. principio di libertà delle forme. - 3. Il problema della forma nei contratti atipici e nei negozi misti. - 4. *Segue*. I c.d. negozi di secondo grado. - 5. I limiti di applicazione del precetto di forma. - 6. *Segue*. La c.d. *relatio* nei negozi formali: riflessi applicativi. - 7. Le forme volontarie: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza. - 8. *Segue*. L'art. 1352 c.c. e i negozi unilaterali. - 9. La 'ripetizione' del contratto. - 10. Qualche riflessione conclusiva (necessariamente interlocutoria).

1. La forma del contratto: profili generali.

La tradizionale polisemia del termine "forma" rende senz'altro arduo qualunque tentativo di elaborare una nozione di essa sufficientemente organica e condivisa¹.

* Ricercatore in Diritto Privato, Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Si tratta di un'affermazione abbastanza diffusa in dottrina. Le ragioni dell'ambiguità semantica del termine sono senza dubbio molteplici e si collocano su piani diversi. Al riguardo, si è anzitutto rilevato come il concetto (giuridico) di forma sia "in larga misura tributario di altre esperienze e di altri sistemi di concetti" (F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, 4) e come (lo stesso) appaia estremamente mutevole in relazione al divenire delle epoche storiche e dei contesti socio-culturali (cfr. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 11). Per altro verso, l'analisi del materiale normativo ha evidenziato come il legislatore faccia un uso del termine tutt'altro che univoco: ed invero, talvolta esso viene impiegato per indicare «l'aspetto esteriore che assume (in generale, un fenomeno rilevante per il diritto, ed in particolare) un atto giuridico»; altre volte viene utilizzato «come equivalente delle espressioni 'categoria', o 'modello', ovvero al posto del lemma 'tipo'» (si pensi, ad es.,

Le difficoltà ricostruttive sono viepiù accentuate dall'assenza di una definizione legislativa e, per altro verso, dal continuo proliferare nell'ordinamento di nuove prescrizioni di forma che non appaiono riducibili ad un quadro concettuale unitario.

Volendo circoscrivere l'oggetto dell'indagine al profilo della forma degli atti negoziali², può anzitutto rilevarsi come il problema del *vestmentum* formale, negli studi più risalenti, sia stato per lo più collocato nell'ambito della teoria del negozio. L'elaborazione del concetto di forma viene in tal modo a subire l'influenza delle diverse concezioni dell'atto negoziale.

Nella teoria volontaristica, in particolare, la forma viene considerata come il mezzo attraverso il quale si esteriorizza (ed acquista rilievo giuridico) la *voluntas* del soggetto, altrimenti destinata a restare confinata nel foro delle pulsioni psichiche interne³.

all'art. 1400 c.c., dove si prevedono "speciali forme di rappresentanza"); altre volte, ancora, viene impiegato come sinonimo di *procedimento*: è il caso, ad es., dell'art. 107 c.c. dove si fa riferimento alla "forma" di celebrazione del matrimonio (in questi termini, R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, 19 ss., ove ulteriori riferimenti). Va infine sottolineato come, nel linguaggio normativo, non sempre sia netta la distinzione tra il concetto "di forma" e quello di "formalità": v., sul punto, R. SACCO, *Il contratto*, I, in R. Sacco e G. De Nova, *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 570, il quale acutamente evidenzia come, nell'ordinamento attuale, sopravvivano incertezze ed 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)».

² Per qualche riferimento alla forma degli atti *non* negoziali, v. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 1001.

³ Cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1989, 135, ove si afferma 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. Non è da credere che già l'interno volere abbia questa attitudine e l'atto serve a farlo conoscere: è ciò che si è voluto escludere affermando il carattere costitutivo dell'atto come forma del negozio».

Nella teoria c.d. precettiva, invece, la forma tende ad essere identificata con il negozio stesso nella sua dimensione oggettiva e sociale, con ciò valorizzandosi il profilo sostanzialmente unitario della fattispecie negoziale⁴.

Entrambi gli orientamenti, a ben vedere, accolgono un concetto di forma che porta ad escludere la configurabilità nel sistema di negozi *aformali*⁵.

Più recentemente, in una prospettiva di analisi più attenta al dato di diritto positivo, un rilievo primario viene attribuito alla previsione di cui al n. 4 dell'art. 1325 c.c., dalla quale si evince come la forma possa considerarsi requisito essenziale del contratto soltanto quando prevista *ad substantiam*, ovvero (coordinandosi la predetta disposizione con il secondo comma dell'art. 1418 c.c.) quando la stessa appaia prevista a pena di nullità dell'atto⁶.

Viene così a delinearci la contrapposizione tra negozi a forma libera e negozi a forma vincolata: quest'ultima rappresentata per lo più dalla forma scritta, nel cui *genus*, com'è noto, si riconducono le *species* della scrittura privata e dell'atto pubblico.

⁴ Cfr., esemplarmente, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 400. Secondo l'A., il negozio (inteso come autoregolamento di privati interessi) non può esistere e "configurarsi adeguatamente sul piano della realtà sociale come di quella giuridica, se non 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».

⁵ È evidente come, in questa traiettoria concettuale, il difetto di forma conduca necessariamente (non all'invalidità, ma bensì) all'inesistenza dell'atto.

⁶ V., *ex multis*, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 996.

Giova peraltro rilevare come il tradizionale binomio forma libera/forma vincolata non esaurisca affatto, sotto il profilo funzionale, le possibili articolazioni dei *vestimenta* formali in seno all'ordinamento: a parte il caso in cui l'onere di forma sia prescritto (non per la validità ma) per la prova dell'atto (c.d. forma *ad probationem*), occorre evidenziare come il legislatore colleghi, in taluni casi, il requisito formale al perseguimento di specifiche finalità quali la pubblicità, l'efficacia e l'opponibilità (dell'atto)⁷.

Si comprende allora come il precetto di forma possa assolvere una molteplicità di funzioni⁸: anzitutto, il profilo della responsabilizzazione del consenso (che assume un particolare rilievo nella donazione, in ragione del più alto rischio di depauperamento del disponente, e che per questo si ammantava della speciale solennità dell'atto pubblico); in secondo luogo, la maggiore sicurezza del traffico giuridico e della circolazione dei beni (a beneficio dei terzi), e ancora, la maggiore trasparenza delle operazioni economiche in funzione di un più penetrante controllo (causale) da parte dell'ordinamento.

A ciò, peraltro, occorre aggiungere le inedite finalità che connotano il (moderno) formalismo della legislazione speciale e quello (oggi decisamente più rilevante) della legislazione di matrice comunitaria e consumeristica.

2. Il c.d. principio di libertà delle forme.

Secondo un diffuso orientamento⁹, dal disposto dell'art. 1325 n. 4 c.c. si evincerebbe la sussistenza nel sistema di un principio di *libertà delle*

⁷ Cfr., ad es., M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 997 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 577 ss.

⁸ Sul punto v., in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 278 ss.

⁹ Cfr., con varietà di accenti e sfumature, F. VENOSTA, *op. cit.*, 40; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 443; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Rass. dir. civ.*, II, 1986, 205; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, II,

forme in forza del quale le parti sarebbero libere di determinare (non soltanto il contenuto di un atto negoziale, ma anche) le modalità di esternazione di esso¹⁰.

Detto principio, di ascendenza giusnaturalistica¹¹, si riallaccerebbe al più generale principio di autonomia privata¹², ovvero, secondo taluno, al principio (costituzionalmente protetto) di libera iniziativa economica dei privati (art. 41 Cost.)¹³.

1986, 52; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 198; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 990; A. LISERRE, *Formalismo legale e testamento*, Milano, 1966, 17; M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 154; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17. Nell'ambito di trattazioni più generali, v. pure C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, *op. cit.*, 275 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo (e continuato da L. Mengoni), III, 1, Milano, 1988, 115; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo (e continuato da L. Mengoni), XXI, 1, Milano, 1987, 362; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 136; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IX, Torino, 191; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 88; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, 144.

¹⁰ È importante tenere presente come, in ottica comparatistica, il principio *de quo* trovi ampio riscontro anche in altri ordinamenti come, ad es., quello francese e tedesco: per un'esauriente panoramica sulle diverse realtà ordinamentali (di *civil* e *common law*), v. K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti* (trad. it. di Cigna), Milano, 1995. Deve poi sottolinearsi come il principio formi oggetto di specifica previsione nell'ambito dei *Principi Unidroit* (art. 1.2).

¹¹ Al riguardo, v. già R. POTHIER, *Oeuvres, Traité des obligations*, parte I, cap. I, nn. 3 e 15. Per un (sintetico) *excursus* sulle origini storiche del principio, v. R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 572 ss., ove più ampi riferimenti.

¹² Cfr., *ex plurimis*, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 1003; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, in *Diritto civile*, 1**, *Fatti e atti giudici*, Torino, 1987, 628.

¹³ Cfr. O. PROSPERI, *op. cit.*, p. 195 ss. Secondo l'A., in particolare, il formalismo negoziale, limitando di fatto la libera iniziativa economica (soprattutto) dei soggetti più deboli, sarebbe lesivo (anche) del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.



In tale orizzonte ermeneutico, le prescrizioni di forma (*ad substantiam actus*) dovrebbero reputarsi di natura eccezionale, come tali insuscettibili di applicazione analogica e finanche (nella visione rigorosa di qualche Autore)¹⁴ di interpretazione estensiva.

In tempi recenti, tuttavia, a causa del progressivo riespandersi del formalismo, si è da più parti avvertita l'esigenza di sottoporre a verifica il 'dogma' della libertà delle forme.

Un'autorevole dottrina, in particolare, muovendo da una prospettiva di analisi del dato normativo di tipo *strutturale*, ha evidenziato come nel sistema non sia dato rinvenire alcuna espressa previsione del principio di *aformalità*. L'impossibilità di configurare (fra le disposizioni normative) un rapporto *regola/eccezione* dovrebbe allora indurre l'interprete a negare il carattere eccezionale dei precetti di forma e ad ammetterne, conseguentemente, l'applicabilità analogica¹⁵.

La tesi proposta troverebbe poi ulteriore conferma nella previsione (in tema di forme convenzionali) dell'art. 1352 c.c. che, riconoscendo ai privati la facoltà di vincolarsi all'osservanza di forme negoziali *non* previste dal legislatore, condurrebbe ad una 'naturale' espansione del formalismo, in aperto contrasto con l'assunto tradizionale della libertà delle forme¹⁶.

Una diversa dottrina, pur muovendo da una prospettiva ermeneutica di tipo *funzionalistico*, perviene (apparentemente) a conclusioni simili,

¹⁴ V., ad es., M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 994; A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, op. cit., 17; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., 191;

¹⁵ È la nota proposta ricostruttiva di Natalino Irti. Secondo l'A., precisamente, dalla 'lettura' del n. 4 dell'art. 1325 c.c. sarebbe possibile enucleare due diverse 'strutture' contrattuali: l'una (c.d. *fattispecie debole*) «risultante dalla combinazione di tre requisiti (accordo, causa, oggetto)»; l'altra (c.d. *fattispecie forte*) «risultante dalla combinazione di quattro requisiti (accordo, causa, oggetto, forma)». In tale peculiare ottica, non vi sarebbero allora due (distinte) norme sulla forma (l'una *regolare* e l'altra *eccezionale*), ma una sola norma, la quale, non essendo in sé qualificabile come regolare o eccezionale, sarebbe senz'altro suscettibile di applicazione analogica (N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 20 ss.).

¹⁶ N. IRTI, op. ult. cit., 23.

ammettendo anch'essa l'applicabilità analogica delle disposizioni sulla forma¹⁷.

In realtà, nella visione di siffatta dottrina, le suddette disposizioni sarebbero passibili di analogia soltanto quando orientate a perseguire scopi/interessi conformi ai principi apicali dell'ordinamento e, *in primis*, ai principi costituzionali. In tale ordine di idee, quindi, la natura eccezionale del precetto di forma discenderebbe da un apprezzamento assiologico della norma, di talchè eccezionale (ed insuscettibile di estensione analogica) dovrebbe considerarsi (soltanto) la disposizione derogante ai predetti principi¹⁸.

Le critiche mosse dalla dottrina al principio di libertà delle forme si spiegano, essenzialmente, con la necessità di adeguare il quadro sistematico ad una evoluzione ordinamentale che pare ormai compiersi nel segno della 'riscoperta' dei *vestimenta* formali.

Al di là delle opzioni dogmatiche più 'estreme' (che pure hanno avuto il merito di riaccendere il dibattito sulla tematica in oggetto), sembra comunque ragionevole condividere l'indirizzo di pensiero incline, in sintonia con i dati di diritto positivo, (non già a negare, ma bensì) a ridimensionare l'operatività nel sistema del discusso principio.

Al riguardo, si è invero osservato come diversi 'settori' dell'ordinamento (come, ad es., quello dei titoli esecutivi, quello delle prove e degli atti a causa liberale) siano soggetti a rigide prescrizioni formali che paiono smentire con decisione l'esistenza nel sistema (quanto meno in termini ampi e generali) del principio di *aformalità*¹⁹.

¹⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 126 ss.

¹⁸ Così P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 57, il quale richiama, sul punto, il magistero di Emilio Betti.

¹⁹ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 575 ss. L'A. rileva, altresì, come nel nostro Paese la tendenza formalista appaia più pronunciata che altrove, in quanto «l'abbondanza delle disposizioni sulle forme non risulta controbilanciata dalla compresenza di un sistema organico di sanatorie degli atti invalidi perché informi».



Deve poi rilevarsi come nel diritto vivente appaia ormai ampiamente consolidata la tendenza all'accentuazione del formalismo. In particolare, va sottolineato come da tempo la giurisprudenza propenda per un'interpretazione estensiva delle previsioni di forma di cui all'art. 1350 c.c., al fine di ovviare al(l'altrimenti inevitabile) problema delle lacune dell'ordinamento, determinato dall'elencazione casistica ivi contenuta²⁰.

3. *Il problema della forma nei contratti atipici e nei negozi misti.*

La disputa sulla concreta portata del principio di libertà delle forme nell'ordinamento influenza la soluzione di diverse questioni pratiche, tra le quali spicca, anzitutto, il problema della forma dei contratti *atipici* e dei c.d. negozi *misti*.

E' evidente come nella prospettiva più fortemente legata al principio di libertà delle forme (ovvero di tassatività delle prescrizioni formali), i

²⁰ Ed invero, la giurisprudenza (ancorché apparentemente ossequiosa del principio di libertà delle forme) ha via via esteso il requisito della forma scritta a tutta una serie di fattispecie (non rientranti nell'elenco di cui all'art. 1350 c.c.) quali, ad es., il contratto di società di fatto con conferimento, da parte del socio, della proprietà di beni immobili in vista della realizzazione dello scopo sociale (cfr., ad es., Cass. 2 aprile 1999, n. 3166, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 741; Cass. 11 aprile 1995, n. 4169, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 806; Cass. 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1688); l'accordo concluso tra proprietari di fondi finitimi al fine di derogare alle norme sulle distanze legali (Cass. 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1979, 111); il consenso dei condomini in ordine all'esecuzione dell'innovazione della cosa comune (Cass. 4 luglio 1966, n. 17, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1966, 136); la deliberazione dell'assemblea condominiale incidente su diritti reali immobiliari (Cass., Sez. un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2652; Cass. 30 maggio 1978, n. 2747, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1978, 124); l'alienazione di una quota di comunione immobiliare (Cass. 14 gennaio 1946, n. 20, in *Foro it.*, 1947, I, 485); la vendita immobiliare ad effetti obbligatori (Cass. 2 gennaio 1950, n. 5, in *Foro it.*, 1951, I, 142; ma v. anche, in tempi (relativamente) più recenti, Cass. 29 maggio 1980, n. 3538, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1980, 123).

negozi innominati dovrebbero sottrarsi a qualunque vincolo formale e, quindi, soggiacere alla regola dell'informalità.

L'orientamento (attualmente prevalente) favorevole ad un ridimensionamento del principio, tende invece ad affrontare il problema in chiave essenzialmente funzionale: in sostanza, riscontrata (sotto il profilo funzionale/effettuale) una similitudine tra l'operazione innominata ed altra tipizzata dall'ordinamento, si ritiene possibile estendere la disciplina di quest'ultima al negozio atipico anche per quel che riguarda le prescrizioni di forma (ad es., se il negozio atipico voluto dalle parti realizzerà una funzione traslativa di diritti reali immobiliari, si estenderà ad esso il requisito di forma dettato dal legislatore per tutti i negozi che realizzano analoghe funzioni)²¹.

Quanto all'ipotesi del negozio *misto*, la giurisprudenza, muovendosi in ottica non dissimile, tende ad individuare la disciplina applicabile (anche

²¹ V., al riguardo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, *op. cit.*, 282. Secondo l'A., in particolare, il divieto di applicazione analogica delle prescrizioni di forma non precluderebbe comunque un'interpretazione estensiva delle stesse quando si tratti «sostanzialmente della medesima operazione economica o della medesima vicenda giuridica». V. pure F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, 75 ss., ad avviso del quale le norme sulla forma sarebbero estensibili a fattispecie diverse da quelle previste soltanto quando riferite (non al tipo negoziale astrattamente inteso, ma bensì) al contenuto dell'atto, ovvero «a quei caratteri che connotano il tipo legale quale esso appare nell'esperienza empirica, come particolare modello di operazione economica». Per la giurisprudenza, v. ad es., Cass. 29 maggio 2001, n. 7300, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1083, in cui i giudici, in relazione ad un contratto (atipico) costitutivo di un diritto di superficie (concessione c.d. *ad aedificandum*) avente contenuto (non *reale*, ma bensì) *personale* (effetti obbligatori), ha escluso la soggezione dello stesso ad oneri di forma o di pubblicità; in senso analogo la S.C. sembra orientata in tema di convenzioni (atipiche) tra coniugi separati, soggette in punto forma alla *comune disciplina* e, quindi, se relative al trasferimento di beni immobili, validamente stipulabili soltanto in forma scritta (scrittura privata): cfr. Cass. 12 settembre 1997, n. 9034, in *Studium iuris*, 1998, 680 (si tratta, in realtà, di un *obiter dictum* ma comunque significativo dell'indirizzo seguito dai giudici di legittimità sulla questione in esame).



n. 2/2018

in punto di forma) sulla base del tipo causale c.d. *prevalente e/o assorbente*. Ad es., nell'ipotesi (classica) di un'elargizione effettuata in ragione di servizi precedentemente resi dal beneficiario, occorrerà accertare se la prestazione sia in concreto sorretta (in modo prevalente) dall'*animus donandi*, ovvero dall'intento remunerativo (causa onerosa): soltanto nel primo caso, ricorrendo una fattispecie donativa, sarà indispensabile osservare la forma solenne dell'atto pubblico²².

4. *Segue. I c.d. negozi di secondo grado.*

Altra rilevante questione (di forma) si è posta, poi, con riguardo alla categoria, ampia e variegata, dei negozi c.d. di secondo grado.

Con tale locuzione si allude ai negozi che hanno una funzione, in senso lato, strumentale rispetto ad un negozio principale che definisce (in via primaria) l'assetto degli interessi delle parti.

Si distinguono così, con evidente margine di approssimazione, negozi autorizzativi (come, ad es., la procura e la ratifica) preparatori (opzione, prelazione e contratto preliminare), modificativi, rinunziativi e risolutivi (recesso, mutuo dissenso, etc.).

Anche in questo caso, la posizione assunta in ordine alla rilevanza o meno del principio di libertà delle forme tende ad influenzare la soluzione della questione *de qua*. Va rilevato, tuttavia, come il formante dottrinale e (soprattutto) giurisprudenziale appaia, sul punto, decisamente incline all'estensione del formalismo, anche se poi non vi è univocità di vedute sul fondamento di detta estensione.

In effetti, dall'esame delle norme relative alla forma dei negozi di secondo grado (procura, ratifica, contratto preliminare, *electio amici*),

²² Cfr. Cass. 21 luglio 1971, n. 2391, in *Rep. foro it.*, voce *Donazione*, 14. Sul punto v. pure, più in generale, Cass. 17 ottobre 1961, n. 2179, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1102, ove si statuisce che «ai fini dei requisiti di forma dei negozi a causa mista, partecipanti cioè dell'elemento dell'onerosità e di quello della gratuità, come quelli rientranti nella categoria lata delle donazioni remuneratorie, di cui all'art. 770 c.c., devesi aver riguardo alla causa prevalente».

sembrerebbe potersi trarre l'esistenza nel sistema di un principio di *simmetria formale*²³ in forza del quale assoggettare i negozi afferenti alla stessa operazione e/o sequenza procedimentale alla medesima regola di forma. A ben vedere, però, il riferimento a detto principio (di simmetria formale) non sembra risolutivo in quanto meramente descrittivo.

Più persuasivo e condivisibile appare allora il tentativo ermeneutico di fondare l'estensione del precetto di forma (ai negozi di secondo grado) sull'apprezzamento del profilo funzionale/effettuale della fattispecie²⁴.

Si è sostenuto in special modo che, ove quest'ultima dovesse incidere sui medesimi effetti per i quali si richiede, nel negozio di primo grado, l'osservanza della forma scritta, questa non potrà che estendersi al negozio c.d. strumentale²⁵.

²³ Cfr., ad es., R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temì nap.*, 1961, 433.

²⁴ Esplicitamente, sul punto, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *op. cit.*, 637, ove si puntualizza che «il problema della forma dei cosiddetti negozi “strumentali” non può essere risolto *a priori* in base alla (pretesa) regola della libertà di forma, ovvero in base alla regola dell' “attrazione” della forma prevista per il negozio connesso. Decisivo sarà, per esempio, il criterio relativo alla natura dell'effetto e alla natura dell'oggetto: così, lo scioglimento consensuale di una compravendita immobiliare produce, sia pure in senso inverso, lo stesso effetto traslativo (con riguardo all'identico bene) che contraddistingue il contratto collegato. E identica dovrebbe pertanto essere anche la forma».

²⁵ «I c.d. negozi di secondo grado o gli accordi c.d. esecutivi» osserva al riguardo Nicolò «anche se incidono su situazioni derivanti da negozi formali, che importano il sorgere di vicende modificative, estintive, risolutive, esecutive o anche accertative o interpretative, non sono di per sé soggetti alla stessa forma richiesta per il negozio cui si riferiscono, a meno che da essi non derivi uno di quegli effetti tipici in relazione ai quali l'esigenza formale è legislativamente realizzata (es. il trasferimento della proprietà di un bene immobile). Il carattere eccezionale delle norme formali si definisce così in modo adeguato alla *ratio* che giustifica la necessità del requisito formale». (R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 125). In analogia prospettiva, v. anche P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in AA.VV., *La*

Emblematico, al riguardo, può considerarsi il caso (assai discusso) della risoluzione (per mutuo dissenso) del contratto preliminare di compravendita immobiliare: qui, in realtà, la natura obbligatoria degli effetti del preliminare ha talvolta indotto dottrina e giurisprudenza ad accogliere la tesi dell'*aformalità*²⁶.

Il contrasto di opinioni sul punto è stato comunque superato con una pronuncia (a Sezioni Unite) della Suprema Corte nella quale, i giudici di legittimità, hanno affermato la necessità della forma scritta per la (valida) risoluzione del preliminare, ravvisando nell'incidenza che il preliminare spiega, sia pure in via mediata, sui diritti reali immobiliari, la *ratio* giustificativa della regola di diritto all'uopo formulata²⁷.

Tale *ratio decidendi* e, più in generale, la necessità di correlare la forma alla natura dell'effetto, sembra peraltro potersi rinvenire anche in altre fattispecie (quali, ad es., il recesso²⁸, il mandato all'acquisto o alla

forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni, Napoli, 1988, 820 ss.

²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Foro it.*, 1988, I, 2919; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7551, in *Rep. gen. giur. it.*, voce *Obbligazioni e contratti*, 1986, 256. Per la dottrina v., per tutti, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, IV, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 19 ss., il quale, in ottica più generale, esclude che i negozi risolutori possano essere rivestiti della stessa forma dei negozi di primo grado in quanto il c.d. *contrarius consensus* non parteciperebbe della medesima causa del contratto da sciogliere.

²⁷ Cfr. Cass. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, I, 946. Successivamente, la S.C. si è più volte espressa nello stesso senso: cfr., ad es., Cass. 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1787; Cass. 19 ottobre 1998, n. 10328, in *Riv. Notariato*, 1999, 723; Cass. 27 novembre 1997, n. 11939, in *Giust. civ.*, 1997, 2283; Cass. 18 febbraio 1995, n. 1790, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 378; Cass. 29 gennaio 1994, n. 928, in *Foro it.*, 1994, I, 709.

²⁸ Cfr., ad es., Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2317; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro it.*, 1991, 172; Cass. 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giur. it.*, 1986.

vendita di beni immobili²⁹, l'opzione³⁰, etc.) nelle quali pure la giurisprudenza ha, negli ultimi anni, esteso la "garanzia" della forma scritta al negozio di secondo grado³¹.

5. *I limiti di applicazione del precetto di forma.*

Da tempo si dibatte sulla effettiva latitudine applicativa del precetto di forma. Ci si chiede, cioè, se la forma (scritta) debba necessariamente rivestire (o meno) l'intera dichiarazione negoziale. Al riguardo esistono diverse opinioni.

Secondo una parte della dottrina³² il regolamento negoziale dovrebbe sottostare integralmente alla forma prescritta dalla legge e ciò anche al fine di rendere più agevole, in sede interpretativa, la ricostruzione del concreto assetto degli interessi delle parti.

Secondo un diverso orientamento occorrerebbe invece distinguere, in seno all'atto di autonomia, il contenuto minimo necessario (rappresentato dagli elementi essenziali del contratto) dall'insieme delle clausole e delle pattuizioni accessorie³³. Soltanto il primo (cioè il contenuto essenziale dell'atto) dovrebbe essere rivestito della forma prescritta mentre i secondi (cioè gli elementi accessori come, ad es., le modalità esecutive delle prestazioni) potrebbero anche essere previsti dalle parti in via informale

²⁹ Cfr. Cass. 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1812; Cass. 3 maggio 1993, n. 5113, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1993, 206; Cass. 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 903.

³⁰ Cfr. Cass. 7 aprile 1987, n. 3339, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1987, 112 (in relazione alla forma dell'accettazione dell'oblato); Cass. 9 marzo 1981, n. 1307, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1981, 134;

³¹ Per una più completa panoramica degli orientamenti del diritto vivente in tema di forma dei negozi di secondo grado, v. F. VENOSTA, *op. cit.*, *passim*, e (in chiave più agile) F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2001, 404 ss.

³² V., ad es., D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 277.

³³ Cfr., tra gli altri, R. NICOLÒ, *op. cit.*, 124.



(salvi, tuttavia, i limiti di prova imposti dall'art. 2722 c.c. per i patti aggiunti al contenuto di un documento scritto).

In detta prospettiva, per la valida conclusione (ad es.) della compravendita di un immobile, le parti dovrebbero formalizzare (per iscritto) l'intento traslativo³⁴, la causa³⁵ e l'oggetto (diretto o mediato) dell'operazione, potendo invece accordarsi oralmente sul luogo e sul tempo di consegna del bene acquistato.

La giurisprudenza, in apparente contrasto con le tendenze formaliste manifestate con riguardo alla *quaestio* (più sopra evocata) dei negozi atipici e di secondo grado³⁶, sembra aderire a quest'ultimo indirizzo³⁷

³⁴ Non basterebbe, all'uopo, il semplice rilascio di una quietanza, che presuppone la conclusione del contratto senza esprimere direttamente la volontà di trasferire (ed acquistare) il bene: in tal senso, v. Cass. 5 marzo 1976, n. 743, in *Foro it.*, 1978, I, 1257; tanto meno, potrebbe bastare una dichiarazione confessoria della controparte: Cass. 18 giugno 2003, n. 9687, in *Dir. e Giust.*, 2003, f. 28, 106.

³⁵ Al riguardo, si veda però la diversa opinione di M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 1005, il quale, argomentando dal fatto che la causa può essere simulata (e quindi diversa da quella effettiva) senza che ciò si ponga in contrasto con il precetto di forma, ritiene che l'indicazione formale della stessa, nel contesto dell'atto di alienazione, possa anche essere omessa. Analoga considerazione l'A. esprime a proposito dell'oggetto (corrispettivo).

³⁶ In effetti, la tendenza della giurisprudenza ad accentuare il formalismo non può considerarsi un dato costante ed univoco. Vi sono senza dubbio 'settori' nei quali l'orientamento espresso sembra essere, per certi versi, opposto. Si pensi, ad es. (in tema di conclusione del contratto soggetto a forma scritta *ad substantiam*), al problema delle c.d. *forme equipollenti* alla sottoscrizione. La complessità della questione non consente, in questa sede, di andare oltre una breve digressione. Nella pratica, com'è noto, può accadere che una delle parti ometta (per una svista, per negligenza, etc.) di sottoscrivere il documento contrattuale. In questo caso, i giudici, al fine di evitare la nullità dell'atto (per difetto di forma), ritengono che l'atto di citazione ritualmente notificato alla controparte o la produzione in giudizio della scrittura non firmata, costituiscano validi equipollenti della sottoscrizione mancante e siano idonei a perfezionare il contratto con efficacia *ex tunc*, ovvero dal tempo della proposta contrattuale (cfr., ad es., Cass. 23 dicembre 2004, n. 23966, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 1; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 6; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826, in *Studium iuris*, 2001, 82; Cass. 7 maggio 1997, n. 3970, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 689; Cass. 17 giugno 1994, n. 5868, in

accedendo, talvolta, a soluzioni ancor più liberali come, ad es., in tema di indicazione del prezzo. Recentemente, invero, i giudici hanno ritenuto pienamente surrogabile (ai fini del rispetto del requisito di forma) la (precisa) indicazione del prezzo nel contesto dell'atto di compravendita, con la (generica) dichiarazione del venditore di avere già percepito la somma pattuita³⁸.

Rep. foro it., voce *Contratto in genere*, 1994, 308; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, f. 4). Siffatto indirizzo, che muove evidentemente da un intento di conservazione dell'atto di autonomia, va però incontro (in dottrina) a due fondamentali obiezioni: a) la valenza esclusivamente processuale dell'atto di citazione, non equiparabile, per questa via, ad una dichiarazione (sostanziale) di accettazione del contratto; b) il rischio che si possa addivenire alla conclusione del contratto anche a distanza di molti anni dalla formulazione della proposta e, finanche, successivamente allo spirare dei termini di prescrizione dei diritti contrattuali (cfr. V. COLESANTI, *Sulla formazione giudiziale del contratto solenne*, in *Rass. dir. pubblico*, 633; R. SACCO, *Il contratto*, op. cit., 601). Con riguardo a quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha tuttavia rilevato come, in assenza di contratto, non si possa porre il problema della prescrizione di diritti non ancora venuti ad esistenza: sussisterebbe, piuttosto, una mera proposta (atto prenegoziale) dalla quale discenderebbe la facoltà dell'oblato (non soggetta a prescrizione: Cass. 17 gennaio 1975, n. 193, in *Foro it.*, 1975, I, 1762) di accettare e con ciò concludere il contratto (salvo che nel frattempo la proposta non sia venuta meno per revoca, morte o incapacità). Il formante giurisprudenziale, sul punto, è abbastanza compatto: resta però il dubbio su una soluzione che introduce nel sistema una forzatura irragionevole a danno del contraente diligente il quale potrebbe vedersi costretto a subire, dopo svariati anni, un regolamento di interessi non più condiviso.

³⁷ Cfr. Cass. 4 settembre 1990, n. 9114, in *Rep. foro it.*, 1990, 5; Cass. 24 giugno 1982, n. 2839, in *Giust. civ.*, 1983, I, 553; Cass. 13 novembre 1970, n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1244. In relazione al profilo specifico della (necessaria) indicazione della causa del negozio formale, v. Cass. 23 ottobre 1968, n. 3421, in *Giust. civ.*, 1969, I, 907; in relazione all'oggetto, v. Cass. 30 dicembre 1997, n. 13098, in *Rep. foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, 471.

³⁸ Cfr., ad es., Cass. 26 agosto 1996, n. 7848, in *Notariato*, 1997, 139. Secondo la S.C., in particolare, deve escludersi la nullità dell'atto «per mancanza del requisito essenziale del prezzo, nel caso in cui il venditore, in sede di stipulazione del negozio, dichiara che il prezzo è stato pagato, perché l'esigenza della determinatezza o determinabilità del prezzo è soddisfatta da tale dichiarazione, essendo in essa necessariamente implicito che



6. *Segue. La c.d. relatio nei negozi formali: riflessi applicativi.*

Strettamente connesso a quanto sin qui rilevato è il problema dell'ammissibilità della c.d. *relatio* nei negozi formali, vale a dire il problema della determinazione del contenuto di essi attraverso il rinvio a fonti esterne (all'atto di autonomia) individuabili tanto in elementi materiali (ad es., i segni di confine di un fondo), quanto in (ulteriori) documenti scritti provenienti dalle parti stesse o anche da terzi (eventualmente nel ruolo di *arbitratori*).

La dottrina tradizionale esclude decisamente la possibilità di una determinazione *per relationem* del contenuto dei contratti formali in quanto ciò determinerebbe un'evidente elusione del precetto di forma e delle finalità ad esso sottese³⁹.

Secondo un più recente indirizzo⁴⁰, invece, una volta riconosciuta la distinzione tra contenuto essenziale e contenuto accessorio del contratto (e la necessaria soggezione al *vestmentum* formale soltanto del primo), non dovrebbe esservi alcuna difficoltà ad ammettere una (eventuale) determinazione *per relationem* di quegli elementi e di quelle clausole (accessorie) che si sottraggono, come detto, all'onere di forma.

Non manca poi chi, nell'ambito di tale più permissivo indirizzo, ritiene ammissibile la determinazione mediante rinvio a fonti esterne anche degli elementi essenziali del negozio purchè le parti abbiano previamente individuato i criteri (legali o convenzionali) di operatività del rinvio e di integrazione *ab extra* del contenuto (essenziale) del contratto.

A tale ultima opinione sembra conformarsi la giurisprudenza quando (ad es.) con riferimento alla (fattispecie della) pattuizione di interessi ultra legali (soggetta, com'è noto, a forma scritta *ad validitatem*), ammette che,

l'oggetto dell'obbligazione assunta dal compratore è stato, per accordi intercorsi tra le parti, determinato, non potendosi concepire il pagamento di un prezzo che non sia stato, in concreto, esattamente definito».

³⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 208.

⁴⁰ Cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 125.

una volta fissati in seno alla convenzione i criteri e le modalità operative del rinvio, la determinazione in concreto degli stessi possa avvenire *per relationem* ad una fonte esterna: il caso classico è quello del rinvio, nell'ambito dei contratti bancari e di finanziamento, al tasso d'interesse usualmente praticato dall'istituto di credito, nel ramo di attività, su una certa piazza⁴¹. A tale riguardo va detto, tuttavia, come proprio la clausola di rinvio agli usi bancari, quale meccanismo ampiamente consolidato nella prassi (e codificato dalle norme bancarie uniformi) di determinazione degli interessi a debito del cliente, sia stato colpito da nullità dalla più recente normativa in materia bancaria⁴²: ciò sul presupposto che la *relatio*, in questo campo (ove ammessa), condurrebbe inevitabilmente ad eludere il formalismo contrattuale voluto dal legislatore per la più efficace tutela del contraente debole.

Sul piano casistico, la determinazione mediante *relatio* del contenuto negoziale trova speciale riscontro nel settore delle compravendite immobiliari dove è prassi diffusa, per la più esatta individuazione e/o delimitazione dell'oggetto, rinviare ad altri documenti (esterni alla convenzione) quali, ad es., la c.d. *planimetria*⁴³ e/o i dati di frazionamento catastale⁴⁴. Particolarmente diffuso, inoltre, è il richiamo, nei singoli atti di vendita, del regolamento di condominio (predisposto anteriormente dall'unico proprietario costruttore dello stabile) che diviene in tal modo parte integrante di essi *per relationem*.

⁴¹ La giurisprudenza ha comunque (da tempo) escluso che la clausola di rinvio puro e semplice «alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza» possa considerarsi valida in quanto, data l'esistenza di diverse tipologie di interessi, non consentirebbe, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi: cfr., tra le altre, Cass. 10 novembre 1997, n. 11042, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 10.

⁴² Cfr. art. 117, 6° co., d.lgs. n. 385/1993 (c.d. T.U. Bancario).

⁴³ Cfr., ad es., Cass. 24 novembre 1983, n. 7047, in *Foro it.*, 1984, I, 70.

⁴⁴ V., al riguardo, Cass. 7 maggio 1991, n. 5016, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1991, 73.

Il meccanismo della *relatio* trova poi riscontro anche in materia (di costituzione) di società di capitali, dove è usuale rinviare allo statuto per la determinazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo.

Di recente, nondimeno, la giurisprudenza sembra avere assunto sul punto un orientamento più restrittivo escludendo l'ammissibilità del rinvio allo statuto quando quest'ultimo non sia rivestito della medesima forma richiesta per il perfezionamento dell'atto costitutivo (*atto pubblico*). Tale indirizzo, per vero, muove dall'idea che l'indicazione nello statuto degli elementi essenziali della società dovrebbe necessariamente condurre ad un'assimilazione strutturale dello stesso all'atto costitutivo anche sotto il profilo del regime formale⁴⁵.

Infine, una distinzione dai riflessi pratici non trascurabili, in materia sempre di *relatio*, è quella concernente la natura, unilaterale o meno, del rinvio alla fonte esterna.

Al riguardo, è bene puntualizzare come tradizionalmente si distinguono due diverse forme di *relatio*:

a) la *relatio c.d. perfecta*, che viene in rilievo quando il rinvio alla fonte esterna sia opera (dell'accordo) di entrambi i contraenti;

⁴⁵ Cfr. App. Roma, 18 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 572; Trib. Roma 12 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1242. In qualche caso, peraltro, i giudici manifestano un orientamento meno rigoroso, ammettendo che il requisito della forma solenne possa essere validamente surrogato dalla semplice lettura (alle parti) dello statuto da parte del notaio (art. 5, nn. 7 e 8, l. not.): v., ad es., App. Roma 11 febbraio 1997, in *Giur. it.*, I, 2, 494, in cui si statuisce, precisamente, che «è omologabile l'atto costitutivo di una società cooperativa a responsabilità limitata, qualora taluno degli "elementi essenziali" tipici dell'atto costitutivo sia indicato esclusivamente nello statuto, a condizione che del medesimo statuto, allegato all'atto costitutivo, il notaio rogante abbia dato lettura alle parti - ciò che consente al pubblico ufficiale l'indagine della volontà delle parti, la direzione personale della compilazione dell'atto, nonché il controllo della legittimità delle clausole statutarie». Per un approfondimento sul punto, v. S.T. MASUCCI, *La forma del contratto in generale*, in *I contratti in generale*, VII, *Il dir. priv. della giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 38, ove riferimenti.

b) la *relatio c.d. imperfecta*, che sussiste invece quando il richiamo ad altra fonte sia opera del singolo contraente.

Orbene, la giurisprudenza ha da tempo affermato come, in presenza di un documento *de relato* contenente clausole vessatorie, il meccanismo della *relatio perfecta*, neutralizzando il profilo della predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale, sia tale da rendere superfluo (ai fini dell'efficacia di dette clausole nei confronti dell'aderente) il requisito formale della specifica approvazione per iscritto richiesto dall'art. 1341 c.c.⁴⁶

7. *Le forme volontarie: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.*

⁴⁶ Cfr., tra le molte, Cass. 19 marzo 2004, n. 5549, in *Dir. e Giust.*, f. 17, 43; Cass. 22 ottobre 2003, n. 15783, in *Giur. it.*, 2004, 860; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17646, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2170; Cass. 21 aprile 1999, n. 3929, in *Giust. civ.*, 1999, 2987. V. pure (a titolo esemplificativo) Cass. 22 aprile 1997, n. 3479, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1997, 337, nella quale si statuisce che «il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento, che sia effettuato dalle parti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento e al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina per il tramite di *relatio perfecta*, il valore di clausole concordate e quindi le sottrae all'esigenza della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., mentre non rileva l'eventuale unilateralità della predisposizione del suddetto documento, la quale resta superata dalla circostanza che entrambi i contraenti si siano accordati per farne proprio il contenuto (nella specie l'assicurato aveva dichiarato nella polizza di aver preso visione delle condizioni generali di contratto espressamente richiamate fra cui era compresa la clausola di deroga alla competenza territoriale)».

Con l'art. 1352 c.c., il legislatore ha ampliato notevolmente i confini dell'autonomia privata, attribuendo alle parti il potere di determinare le forme in cui perfezionare l'operazione contrattuale⁴⁷.

La norma in questione (ha posto e) pone diversi problemi di ordine teorico e pratico sui quali è tutt'ora vivo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale⁴⁸. Ci si chiede, anzitutto, in che modo si configuri il rapporto tra le forme legali e quelle convenzionali.

L'orientamento più risalente, argomentando dalla collocazione sistematica dell'art. 1352 e dal tenore letterale della disposizione, ritiene esservi una sostanziale omogeneità tra le due *species* di forma da cui discenderebbe, *de plano*, l'assoggettamento di esse alla medesima disciplina⁴⁹. A sostegno di questa tesi, in tempi più recenti, si è anche attribuito alla suddetta disposizione il significato di una *delega* che, in materia di requisiti di forma negoziale, l'ordinamento conferirebbe ai

⁴⁷ Al riguardo va subito precisato, però, che le parti possono avvalersi del suddetto potere soltanto per rendere più rigorosi gli oneri di forma previsti dal legislatore e non anche, invece, per attenuarli o addirittura escluderli (in tal senso, ad es., le parti non potrebbero validamente accordarsi per concludere una compravendita immobiliare in forma orale). La dottrina, sul punto, è sostanzialmente pacifica: cfr., *ex multis*, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, in *Diritto civile*, 1**, *Fatti e atti giuridici*, *op. cit.*, 641, ove si sottolinea che «i patti relativi alla forma dei futuri contratti non possono trasformare un negozio formale o solenne in un negozio a forma libera (infatti le norme relative alla forma rispondono a finalità di “ordine pubblico” e sono inderogabili)».

⁴⁸ Minore attenzione ha invece suscitato in dottrina la disposizione di cui al 4° comma dell'art. 1326 c.c. che pure, com'è noto, si colloca nel quadro delle forme convenzionali: in particolare, la norma *de qua* prevede che «qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa». Al riguardo, è agevole però rilevare sostenuto che, essendo la norma dettata nell'esclusivo interesse del proponente, quest'ultimo potrebbe senz'altro rinunciare alla forma richiesta e, in tal modo, considerare (validamente ed efficacemente) concluso il contratto. Sul punto v., più diffusamente, R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 585 ss.

⁴⁹ In tale prospettiva, la forma volontaria diviene (al pari di quella legale) un requisito essenziale dell'atto, ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c.; il difetto di essa, pertanto, condurrebbe inevitabilmente alla nullità (dell'atto).

privati al fine di dar loro la possibilità di individuare le forme più idonee di conclusione degli affari⁵⁰.

In realtà, proprio la specifica previsione normativa del suddetto potere convenzionale dovrebbe indurre a reputare le c.d. forme volontarie come un fenomeno in qualche misura *irriducibile* al formalismo legale: ciò in quanto le parti non potrebbero mai disporre dei requisiti di struttura della fattispecie né, tanto meno, fissare forme di invalidità negoziale⁵¹. Di qui la radicale eterogeneità delle due tipologie di forma e la necessità di individuare le regole di disciplina (delle forme volontarie) attraverso una più complessa ermeneutica del sistema.

Sotto l'impero del codice abrogato era accesa la disputa sul significato da riconoscere al c.d. patto sulla forma: si discuteva, in particolare, se, in mancanza di una inequivoca volontà delle parti, la forma concordata (in ordine alla conclusione di un futuro contratto) dovesse intendersi quale forma *ad substantiam* ovvero quale forma *ad probationem*. Il legislatore del 1942 ha posto fine all'annosa *querelle* con la previsione dell'art. 1352 c.c., ove testualmente si afferma che "se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo".

La dottrina recente è pressoché pacifica nell'affermare che la presunzione richiamata nella norma non vada intesa alla stregua di un

⁵⁰ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis*, *op. cit.*, 23. Nella visione di questo A., in particolare, il legislatore, con l'art. 1352, conferirebbe alle parti un potere di conformazione della fattispecie negoziale. Nello stesso senso, v. pure D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *I Contratti*, 1996, 420 e F. VENOSTA, *op. cit.*, 307 ss.

⁵¹ In proposito v., fra gli altri, A. GENOVESE, *op. cit.*, 9, secondo il quale la sicura afferenza dei requisiti di struttura dell'atto ad interessi superiori o generali impone senz'altro, quanto alla loro determinazione, l'esclusiva competenza del legislatore. Analogamente, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed. (rist.), Napoli, 1994, 287.

mezzo di prova⁵² ma, piuttosto, come una regola di interpretazione obiettiva del patto sulla forma cui fare ricorso allor quando non vi sia possibilità di ricostruire altrimenti la effettiva volontà delle parti⁵³. Tale regola presuntiva, peraltro, può concretamente operare soltanto a condizione che la convenzione sia stata conclusa per iscritto⁵⁴ ed afferisca alla stipula di un futuro contratto.

Si pone allora il problema di stabilire quale sia il valore di un patto di forma concluso oralmente.

Sebbene anche in questo caso non manchino proposte ricostruttive di segno diverso, sembra ragionevole ritenere che l'aformalità del patto, stante la sua validità in ossequio al principio di autonomia privata, possa condurre soltanto alla inapplicabilità del canone ermeneutico di cui all'art. 1352 c.c., in guisa che il significato del patto dovrà essere accertato

⁵² Come invece ritenuto da F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, *op. cit.*, 152 ss.: si tratterebbe, precisamente, nella ricostruzione dell'A., di una presunzione *iuris tantum*. La tesi, tuttavia, non può essere condivisa in quanto la presunzione (intesa quale mezzo di prova) implica, com'è noto, un rapporto di consequenzialità logica tra due fatti (l'uno dei quali prova l'altro) e non, invece, il rapporto tra un atto ed il suo significato, vale a dire un rapporto di significazione che è compito dell'interpretazione disvelare. In tal senso v., per tutti, N. IRTI, *op. cit.*, 63.

⁵³ Tale 'lettura' della norma, del resto, trova autorevole conferma in un passo della *Relazione al Codice* (n. 617), ove si afferma che «il patto di adottare una forma determinata per la conclusione di un futuro contratto deve essere interpretato in relazione all'effettiva volontà delle parti circa la funzione costitutiva o soltanto probatoria della forma convenuta. Nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo». In senso analogo è orientata la giurisprudenza: cfr., ad es., Cass. 28 novembre 1994, n. 10121, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11; Cass. 22 marzo 1967, n. 639, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 722.

⁵⁴ In tale ordine di idee, la forma scritta richiesta dall'art. 1352 costituirebbe una forma c.d. *integrativa*, ovvero una forma richiesta (non per la validità del patto concluso dalle parti, ma bensì) per la produzione di determinati effetti (rappresentati, nella specie, dalla operatività del suddetto canone ermeneutico). Cfr., sul punto, A. GENOVESE, *op. cit.*, 6 ss. e 46; per una diversa opinione v. E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed., Roma, 1948, 221.

attraverso le ordinarie regole (soggettive e oggettive) di interpretazione degli atti negoziali (artt. 1362 ss. c.c.)⁵⁵.

Questione dalle implicazioni assai spinose (e ancora distante da approdi dogmatici sufficientemente univoci e condivisi) è poi quella relativa alla sorte del negozio concluso senza osservare il precetto di forma convenzionale.

Una parte della dottrina, muovendo dal tradizionale parallelismo tra forma legale e forma convenzionale, ritiene che il difetto di forma volontaria, privando l'atto negoziale di un requisito strutturale, dovrebbe cagionarne l'invalidità *sub specie* di nullità⁵⁶. La natura tendenzialmente *privata* (e non *pubblica*) degli interessi in giuoco induce tuttavia alcuni Autori (nell'ambito, sempre, di questo stesso indirizzo ricostruttivo) a conformare diversamente lo "statuto" normativo della nullità, elidendone i profili tradizionalmente più caratterizzanti, quali, la legittimazione assoluta all'azione e la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice: verrebbe così in rilievo (nelle fattispecie considerate) un'ipotesi di nullità relativa⁵⁷ o, più in generale, di invalidità *sui generis* e/o convenzionale⁵⁸.

Secondo un altro orientamento, la forma pattuita dalle parti costituirebbe un requisito (non di validità⁵⁹, ma bensì) di *efficacia* del negozio, nel senso, precisamente, che l'osservanza di essa formerebbe oggetto di una *condizione sospensiva*⁶⁰. Tale ricostruzione, ancorché

⁵⁵ Cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *op. cit.*, 454.

⁵⁶ Cfr., sia pure con varietà di sfumature, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, *op. cit.*, 154; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, 280; F. VENOSTA, *op. cit.*, 310.

⁵⁷ Cfr. M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, I, 1980, 2241 ss.

⁵⁸ Cfr. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 1003; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 147.

⁵⁹ Così R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 457, il quale rileva, altresì, come solo la legge possa sancire l'invalidità dell'atto.

⁶⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, *op. cit.*, 299. Secondo l'A., in particolare, «il riferimento della formula legislativa alla "validità" del contratto esclude la presunzione nel senso della finalità meramente probatoria della forma volontaria ma non



autorevolmente sostenuta, sembra però urtare contro il decisivo rilievo che la condizione (sospensiva) presuppone un negozio già perfezionato che nella specie non sembra potersi rinvenire: il requisito di forma voluto dalle parti, invero, inerisce ad un contratto (ancora) da concludere.

Le aporie riscontrate nelle opinioni fin qui richiamate, inducono allora a reputare senz'altro più plausibile l'idea secondo la quale il difetto di forma (convenzionale) inciderebbe sul procedimento di formazione del negozio, impedendo il completamento della fattispecie: l'atto sarebbe pertanto *inesistente* in ragione del suo mancato perfezionarsi⁶¹. Siffatta tesi, a ben vedere, costituisce il logico corollario dell'orientamento propenso a collocare il patto di forma *ex art. 1352 c.c.*, nella più ampia categoria dogmatica dei c.d. *negozi configurativi*⁶².

La casistica giurisprudenziale, sul punto, non è particolarmente ampia. Si segnala un precedente in cui i giudici di legittimità, affermando (sorprendentemente) la valenza (in ogni caso) *ad probationem* della forma convenzionale, hanno escluso, nel difetto di essa, la conseguenza della nullità⁶³. Più in generale, va detto però come la giurisprudenza appaia nettamente propensa ad "aggirare" il problema del difetto di forma

esclude che la mancanza della forma volontaria debba spiegarsi in termini di inefficacia. La distinzione terminologica tra invalidità e inefficacia non è infatti rigorosa nel linguaggio legislativo».

⁶¹ Cfr. F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla documentazione del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 98 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, op. cit., 622; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, 220.

⁶² In tal senso G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 149, cui si rinvia per un adeguato approfondimento della suddetta categoria anche in rapporto alle (contigue) figure del contratto normativo e del contratto preliminare.

⁶³ Cfr. Cass. 6 maggio 1996, n. 4167, in *Corr. giur.*, 1997, 446 ss. Si tratta, peraltro, di una sentenza in aperto contrasto con il tenore letterale dell'art. 1352 c.c. e per questo fortemente criticata in dottrina: cfr., ad es., R. FAVALE, *La Corte di Cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 917 ss.

ravvisando nella (successiva) conclusione del negozio una “revoca” tacita (ovvero per *facta concludentia*) del precedente patto sulla forma.

Detta “revoca” (più propriamente qualificabile come risoluzione per mutuo dissenso)⁶⁴ è ampiamente ammessa dai giudici anche quando il patto sia rivestito della forma scritta⁶⁵. In particolare, da talune pronunce della Suprema Corte si evince come, ai fini della validità della revoca (tacita) non occorra provare il requisito (soggettivo) della consapevolezza delle parti in ordine agli effetti (di essa), ma sia sufficiente accertare la sussistenza in concreto di “comportamenti concludenti incompatibili con la volontà di mantenere in vita il vincolo di forma convenzionale precedentemente pattuito”⁶⁶. Deve però sottolinearsi come secondo una parte della dottrina, tali *facta concludentia* potrebbero considerarsi effettivamente univoci soltanto quando identificabili con (l’avvenuta) esecuzione delle prestazioni contrattuali⁶⁷.

8. *Segue. L’art. 1352 c.c. ed i negozi unilaterali.*

Altra questione dibattuta è quella relativa all’applicabilità dell’art. 1352 c.c ai patti di forma aventi per oggetto (il compimento di) negozi unilaterali. Si discute, cioè, se la regola presuntiva ivi contemplata possa trovare applicazione anche in dette ipotesi.

⁶⁴ La revoca, infatti, ha struttura negoziale unilaterale (e non bilaterale): v., al riguardo, M. COSTANZA, *Revoca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 443.

⁶⁵ Naturalmente, si ripropongono qui le questioni relative alla forma dei negozi di secondo grado (tra le quali si colloca, appunto, la revoca), su cui v., più ampiamente, *supra*.

⁶⁶ Cfr. Cass. 22 gennaio 1988, n. 499, in *Rep. foro it.*, 1988, 4; in senso conforme, più recentemente, Cass. 22 agosto 2003, n. 12344, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, fasc. 7-8; Cass. 5 ottobre 2000, n. 13277, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 163; Cass. 24 giugno 1997, n. 5639, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 426. Per una decisione si segno opposto v., però, Cass. 14 aprile 2000, n. 4861, in *I contratti*, 10, 2000, 873 ss., con nota di A. NATALE, *La rinunzia alla forma convenzionale*, nella quale la Corte ha richiesto, per la validità della “revoca”, l’osservanza della forma scritta.

⁶⁷ Cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, 163.

Alcuni Autori, richiamandosi alla lettera della disposizione (che si riferisce esclusivamente al contratto), escludono che la presunzione *de qua* possa trovare applicazione⁶⁸. La giurisprudenza (traendo spunto essenzialmente dal dettato dell'art. 1324 c.c.) sembra invece orientata in senso contrario⁶⁹.

La questione trova un certo riscontro pratico (soprattutto) nell'ambito dei c.d. contratti di durata (locazione, lavoro subordinato, assicurazione, etc.) dove è prassi diffusa la previsione, nel regolamento pattizio, di una clausola che impone ad una o ad entrambe le parti l'osservanza di una determinata *modalità esternativa* (forma scritta) per il (valido) compimento di quegli atti negoziali (unilaterali) che incidono sullo svolgimento del rapporto (recesso, disdetta, proroga, etc.).

Al riguardo, si è posto il problema di stabilire se i suddetti negozi possano (validamente) compiersi in forme diverse da quelle convenzionalmente richieste. Emblematico è il caso della c.d. disdetta del contratto di locazione effettuata con la forma della raccomandata semplice anziché con la forma (convenzionalmente prevista) della raccomandata con ricevuta di ritorno.

Ora, ferma la distinzione tra forma della *comunicazione* e forma della *dichiarazione*, e rilevato come, talvolta, la prima possa essere imposta in funzione di una precisa determinazione della seconda (ad es., si impone la comunicazione a mezzo di raccomandata perché si vuole che la disdetta sia compiuta in forma scritta), si pone essenzialmente una *quaestio voluntatis*, cioè un problema di corretta interpretazione della volontà delle parti. Di talchè, se si accerta che la forma (dettata per la comunicazione) è in realtà voluta per la validità della dichiarazione negoziale (di disdetta)

⁶⁸ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, op. cit., p. 153 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 1002; v. pure R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, op. cit., 461. In senso contrario v., per tutti, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, op. cit., 218, nt. 12.

⁶⁹ Cfr. Cass. 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, 2174; Cass. 9 febbraio 1980, n. 909, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2237-2238.

non potranno ammettersi *equipollenti* della medesima⁷⁰; se invece si accerta che la forma è stata prevista (per un'esigenza di prova ovvero) per assicurare la certezza della ricezione dell'atto, potrà ammettersi un equipollente di essa (riprendendo l'esempio fatto, raccomandata semplice anziché con avviso di ricevimento) a condizione che sia adeguata al perseguimento dello scopo (effettiva ricezione da parte del destinatario)⁷¹.

In questa direzione sembra muoversi la giurisprudenza, soprattutto in materia di rapporti di locazione, dove si ammette, conformemente a quanto testè rilevato, la piena equipollenza sul piano formale della raccomandata semplice con quella provvista di ricevuta di ritorno (riguardo, sempre, la forma della disdetta)⁷².

9. La 'ripetizione' del contratto.

Con la c.d. ripetizione del contratto le parti riproducono una volontà negoziale (già manifestata) in una veste formale più solenne al fine di dotarsi di un più efficace mezzo di prova ovvero per procurarsi un titolo idoneo alla trascrizione.

⁷⁰ Salvo che, nel caso concreto, non siano ravvisabili gli estremi (*facta concludentia*) di una revoca tacita del patto di forma: in tal senso, esplicitamente, Cass. 9 febbraio 1982, n. 766, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 2, nella quale si statuisce che «la revoca della clausola originaria prescrivente la forma scritta per il consenso di uno dei contraenti relativo a possibili vicende future del rapporto negoziale (nella specie: consenso del locatore per le modifiche dell'immobile locato) può derivare anche da atti diversi dallo scritto, inconciliabili con la volontà di mantenere in vita il vincolo convenzionale di forma posto in essere precedentemente». È bene tuttavia rilevare come, sul punto, il formante giurisprudenziale non appaia compatto: in senso sfavorevole all'ammissibilità della revoca tacita v., infatti, Cass. 29 gennaio 1988, n. 833, *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 1.

⁷¹ Si osserva, al riguardo, che il contraente che si avvale di una forma di comunicazione diversa da quella prevista, ha l'onere di provare (in caso di contestazione da parte del destinatario) l'idoneità di essa allo scopo. In ogni caso, detto contraente, in applicazione del principio di autoresponsabilità, sopporterà il rischio della mancata ricezione dell'atto: cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, 150.

⁷² Cfr., in particolare, Cass. 13 maggio 1989, n. 2211, in *Arch. loc. cond.*, 1990, 54.

Il fenomeno, come noto, trova precipua applicazione nel settore delle compravendite immobiliari dove molto spesso le parti definiscono l'operazione traslativa con una scrittura privata, per poi procedere, in un momento successivo, alla consacrazione della stessa nella forma dell'atto pubblico.

Deve peraltro rilevarsi come la figura della ripetizione negoziale trovi riscontro anche in fattispecie normativamente previste quali, ad es., la vendita di eredità (art. 1543 c.c.) e la stipula dell'atto costitutivo di società per azioni (art. 2336 c.c.).

Assai problematico appare l'inquadramento teorico del negozio c.d. riproduttivo.

L'impossibilità, per quest'ultimo, di realizzare una funzione autonoma (rispetto al negozio c.d. riprodotto) ha indotto qualche Autore a prospettare la tesi della nullità per difetto di causa⁷³. Più frequentemente, però, la dottrina ha sottolineato la valenza autonoma del contratto ripetitivo attribuendo ad esso, secondo i diversi indirizzi, una funzione ora accertativa, ora ricognitiva, ora confessoria ora, ancora, rinnovativa⁷⁴. Si tratta, tuttavia, di ricostruzioni che smentiscono l'assunto di partenza della perfetta identità causale e contenutistica tra la dichiarazione riproduttiva e quella riprodotta.

In una diversa prospettiva si è allora affermato che, stante la predetta identità di funzione e contenuto, il contratto ripetitivo sarebbe in realtà un contratto *inutile* in quanto privo in concreto (per il fatto impediente del negozio preesistente) di effetti che pure in astratto sarebbe idoneo a

⁷³ Cfr. R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 407. Detta tesi, tuttavia, urta contro il decisivo rilievo che il fenomeno della ripetizione negoziale trova (come si è visto) un significativo riscontro nella normativa.

⁷⁴ Per un approfondimento dei diversi orientamenti, cfr. C. RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1993, 13 ss.

produrre⁷⁵. Ciò nondimeno, la reiterazione del contratto risponderebbe al fine delle parti (non di creare una nuova vicenda effettuale ma piuttosto) di rivestire l'operazione (già conclusa) di una forma idonea ad assicurare la certezza e l'opponibilità dei diritti acquisiti⁷⁶.

In una direzione non dissimile sembra muoversi la giurisprudenza la quale, di massima, tende ad escludere la natura negoziale (autonoma) del contratto ripetitivo: quest'ultimo costituirebbe soltanto un documento riproduttivo di un regolamento di interessi già esistente ed efficace in cui le dichiarazioni delle parti assumerebbero un valore meramente storico-rappresentativo⁷⁷.

La disputa sulla natura e sul ruolo del negozio riproduttivo non ha ovviamente un rilievo soltanto teorico ma influenza la soluzione di diverse questioni pratiche.

Ad es., accogliendosi la tesi dell'autonomia del contratto ripetitivo rispetto a quello ripetuto, le eventuali cause di invalidità dovrebbero essere accertate (separatamente) rispetto ad entrambi⁷⁸. D'altra parte, l'invalidità del contratto ripetuto dovrebbe comportare l'annullamento del (successivo) contratto ripetitivo per errore di diritto⁷⁹. Problematica, inoltre, diverrebbe la determinazione (ai fini dell'attuazione del rapporto) del tempo e del luogo di conclusione del contratto.

⁷⁵ Cfr. V. DI GRAVIO, *Dichiarazione riproduttiva*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile*, V, Torino, 1989, 366.

⁷⁶ Cfr. C. RIMINI, *op. cit.*, 53 ss., il quale rileva altresì che «ciò che caratterizza il contratto ripetitivo è l'intento, lo scopo delle parti al momento della conclusione del secondo contratto: non la causa; la causa del contratto ripetitivo è identica a quella del contratto ripetuto e dunque non vale a distinguere il primo dal secondo».

⁷⁷ V., ad es., Cass. 23 maggio 1972, n. 1597, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1151.

⁷⁸ Sul punto, più analiticamente, C. GRANELLI, *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1077 ss.

⁷⁹ Qualora, beninteso, si dimostrasse che il convincimento della parte di essere validamente impegnata alla stipula del negozio riproduttivo sia stata l'unica ragione che l'ha indotta alla ripetizione.



Dette questioni andrebbero invece incontro ad una soluzione tendenzialmente univoca qualora si accogliesse la tesi (preferita, come visto, dalla giurisprudenza) secondo la quale l'unico vero contratto è quello ripetuto.

È poi importante rilevare come nella prassi le parti, di regola, assumano espressamente l'impegno alla futura reiterazione formale del contratto già concluso (mediante scrittura privata)⁸⁰. Sicchè, accogliendosi la tesi dell'autonomia del contratto riproduttivo, si potrebbe ipotizzare (come da taluno è stato fatto) la possibilità (nel caso di inadempimento dell'obbligo di ripetizione formale) di applicare, a beneficio della parte non inadempiente, il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.⁸¹. Possibilità che resta invece esclusa ove si affermi la natura meramente documentativa dell'atto concluso successivamente.

Deve per altro osservarsi come anche buona parte della dottrina che insiste per la valenza autonoma del negozio riproduttivo, escluda la possibilità di impiego del rimedio anzidetto: ciò in quanto la sentenza del giudice (*ex art. 2932*) è senz'altro indirizzata (in ragione della sua natura costitutiva) alla produzione di effetti (traslativi) che, nella fattispecie (e

⁸⁰ È noto come non sempre sia agevole per l'interprete distinguere il patto di rinnovazione formale del contratto dalla (diversa) figura del contratto preliminare. In effetti, la differenza tra le due fattispecie, netta sul piano concettuale, assume contorni decisamente più sfumati nella pratica a causa, il più delle volte, di una formulazione ambigua (o comunque tecnicamente scorretta) della dichiarazione contrattuale. Il problema si pone anche e soprattutto perché dall'esito di tale inquadramento dipende la possibilità, per il contraente leso, di avvalersi o meno (in sede processuale) del rimedio specifico di cui all'art. 2932 c.c.. Sarà quindi indispensabile, in detta ipotesi, procedere all'accertamento della effettiva volontà delle parti alla stregua dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362-1366 c.c.

⁸¹ Cfr. F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 194. Secondo l'A., in particolare, «data l'ampiezza della formula dell'art. 2932» il campo di applicazione del rimedio potrebbe ragionevolmente estendersi anche al «patto di tradurre il contratto, stipulato per scrittura privata, in atto pubblico [...]».

diversamente da quel che accade nella sequenza preliminare-definitivo), risultano già realizzati dal negozio riprodotto⁸².

Nell'impossibilità di avvalersi del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., la parte interessata, secondo una diffusa opinione, potrebbe comunque procurarsi un titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari mediante l'accertamento giudiziale della scrittura privata⁸³ ovvero, secondo una giurisprudenza minoritaria, mediante una sentenza accertativa (dell'avvenuto) trasferimento del diritto⁸⁴.

10. *Qualche riflessione conclusiva (necessariamente interlocutoria).*

Il ruolo delle forme negoziali nella realtà dei traffici è tema costantemente *in progress*, segnato in profondità dalle tensioni assiologiche e pratiche che agitano in qualsiasi tempo l'ordinamento e il mercato.

Si è visto, nel corso della trattazione, come le funzioni del precetto formale siano varie ed articolate e come tutte, in qualche misura, si

⁸² Al riguardo, osserva incisivamente Rimini che «ciò che caratterizza lo strumento previsto dall'art. 2932 cod. civ. è la possibilità che una sentenza produca gli effetti che si sarebbero dovuti produrre in forza del contratto non concluso. La sentenza a cui la norma si riferisce è quindi, per sua stessa natura, *costitutiva*. Nel caso di un contratto di vendita immobiliare concluso per scrittura privata, se una delle parti non presta la collaborazione necessaria per la redazione dell'atto pubblico ripetitivo necessario per la trascrizione, non vi è alcun nuovo effetto da costituire, essendo la proprietà già trasferita per effetto del primo contratto. Si coglie quindi immediatamente che l'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., è inadatta allo scopo perseguito dalla parte che pretende l'adempimento dell'impegno alla ripetizione assunto al momento della redazione del contratto ripetuto» (C. RIMINI, *op. cit.*, 168).

⁸³ Ciò, essenzialmente, in virtù del disposto dell'art. 2657, che include tra i titoli idonei alla trascrizione anche la scrittura privata accertata giudizialmente: cfr., sul punto, Cass. 24 gennaio 1980, n. 593, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 268. Per la dottrina v., per tutti, C. RIMINI, *op. cit.*, 170 ss., ove più ampi riferimenti.

⁸⁴ Cass. 8 luglio 1968, n. 2332, in *Foro pad.*, 1969, I, 736.

rivelino essenziali ai fini di una corretta esplicazione delle attività negoziali e, più in generale, dell'autonomia privata.

Si è visto, altresì, come proprio in ragione di ciò il problema della forma abbia storicamente formato oggetto di raffinate speculazioni dottrinali, strettamente intrecciate con le più significative ricostruzioni teoriche del fenomeno giuridico e negoziale; e come, per altro verso, abbia sempre, incessantemente sollecitato la giurisprudenza a dirimere una mole davvero cospicua di questioni pratiche, di cui è amplissima traccia nei repertori, e che giustificano, anche sotto questo profilo, l'interesse ad un costante monitoraggio delle sue coordinate evolutive.

Nelle pagine che precedono, si è attuata una veloce disamina dei nodi critici più classici del formalismo negoziale, omettendo volutamente ogni riferimento alla problematica (relativamente) più recente delle c.d. *forme di protezione* in materia di consumatori e di soggetti deboli, meritevole di un approfondimento non realizzabile in questa sede, perché non coerente con l'economia di questo studio.

Da tale disamina è emerso, in special modo, come le molteplici questioni trattate tendano sempre in qualche modo a ruotare e ad ordinarsi intorno al problema *topico* (e, al tempo stesso, più risalente) del formalismo negoziale, vale a dire quello della effettiva persistenza nel sistema del c.d. principio della libertà delle forme e degli attuali limiti (teorici e pratici) della sua operatività.

Si è già avuto modo di rappresentare i diversi orientamenti dottrinali sul punto, alcuni dei quali, muovendo dal dato incontestabile di una crescente espansione del formalismo in diversi (e rilevanti) settori dell'ordinamento, si sono mostrati - sia pure nel solco di tracce ricostruttive non assimilabili - decisamente propensi ad un *ridimensionamento* del principio, se non addirittura ad suo definitivo misconoscimento.

Si tratta peraltro di profili già ampiamente focalizzati in altra parte del lavoro e su cui quindi non occorre indugiare oltre.

Preme invece soffermarsi, in una visione del fenomeno giuridico attenta a coniugare l'analisi dogmatica con il concreto atteggiarsi dei problemi, sugli indirizzi ad oggi sedimentati nel diritto vivente, ammesso - beninteso - che sia possibile individuare ed enucleare dalle pronunce esaminate delle *rationes decidendi* sufficientemente nitide ed omogenee.

Da questo angolo visuale, sembra allora di poter rilevare come i nostri giudici, nelle varie *quaestiones* affrontate, pur muovendo da un puntuale (e, per certi versi, *tralaticio*) riconoscimento del principio delle libertà delle forme, si dimostrino anch'essi fondamentalmente inclini a dare una lettura (per quanto possibile) *estensiva* dei precetti di forma operanti nell'ordinamento, confermando in tal guisa quella *vis expansiva* del formalismo che pare essere un tratto fisionomico ormai acquisito degli ordinamenti attuali.

Ed invero, benché non manchino decisioni di segno apparentemente *opposto* (con conseguente oscillazione del formante), si è pure visto come la giurisprudenza sia ben propensa a ricercare nelle controversie sottoposte al suo giudizio quei fattori di similitudine funzionale tra le fattispecie (sotto il profilo della causa, dell'oggetto e/o degli effetti dell'atto) che possano giustificare un'applicazione del precetto di forma (per analogia o interpretazione estensiva) anche a quelle di esse che ne sarebbero di per sé affrancate, e come tali consegnate al libero *vestmentum* prescelto dalle parti.

Se del *trend* ermeneutico appena evocato (quale cifra tipica dell'odierno orientamento giurisprudenziale) conviene senza dubbio prendere atto, sembra nondimeno opportuno chiudere queste note ricostruttive con una riflessione sui possibili riflessi che un siffatto indirizzo possa avere sul principio di libertà delle forme e sulla (in qualche modo connessa) conformazione sistemica del valore dell'autonomia privata.

E, lungo questa traiettoria, pare allora possibile rilevare come il crescente radicamento del formalismo nel diritto vivente, ancorché limitativo del summenzionato principio di libertà delle forme, non debba tuttavia essere inteso come un fenomeno che conduca necessariamente ad una correlativa *dequotazione* dell'autonomia privata.

Ed infatti, da un attento esame delle pronunce giurisprudenziali, è agevole rendersi conto di come la maggiore incidenza degli oneri formali non sia motivata tanto dalla volontà (più o meno consapevole) di porre limiti sempre più invasivi all'autonomia privata, quanto piuttosto dall'esigenza di assicurare alle parti coinvolte un esercizio il più possibile corretto, trasparente ed efficiente del potere di autoregolamentazione dei propri interessi.

Sicché, in definitiva, in un percorso argomentativo così conformato il formalismo diviene uno strumento non già di *compressione* del valore dell'autonomia (come pure inizialmente potrebbe sembrare) ma, semmai, di più sicuro ed autentico *inveramento* dello stesso.