

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

LA CODIFICAZIONE NELL'ITALIA
POSTUNITARIA
1865 – 2015

*Atti del workshop
Camerino, 29 ottobre 2015*

*a cura di
Rocco Favale e Carlotta Latini*



CAMERINO

2016

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Antonio Flamini

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

ISBN: 9788867680276

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino, febbraio 2016.

INDICE

Rocco Favale e Carlotta Latini

Introduzione.....3

Antonio Flamini

Dei delitti e dei quasi-delitti.....5

Carlotta Latini

Dei progressi del diritto civile in Italia. Una causa celebre sui versi di Giovanni Pascoli e l'emersione del diritto d'autore.....15

Rocco Favale

Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria.....33

Lucia Ruggeri

L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale.....55

Luca Petrelli

L'agricoltura quale esercizio diretto o indiretto del diritto di proprietà o di altri diritti reali nel codice civile del 1865.....63

Felice Mercogliano

Criterio della 'diligentia quam in suis' e codici moderni.....73

Serafina Larocca

L'azione surrogatoria.....89

Giovanni Varanese

*La recezione del modello della presupposizione.....*117

Andrea Barenghi

*La responsabilità contrattuale. Due considerazioni minime.....*133

Maria Pia Gasperini

*Processo e strumenti di giustizia alternativa nel codice di procedura civile del 1865.....*145

Fabrizio Lorenzotti

*L'indennità di espropriazione: il ritorno alla legge del 1865.....*157

Sara Spuntarelli

*I limiti esterni della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione nell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, n. 2248, All. E).....*181

Maria Lucia Di Bitonto

*Il codice di procedura penale del 1865: il modello e le ideologie.....*205

Francesco Casale

*Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila.....*223

Ugo Pioletti

*La dimensione penalistica dello ius mercatorum.....*237

ROCCO FAVALE E CARLOTTA LATINI

Introduzione

La storia delle codificazioni riveste da sempre un fascino particolare: a partire dal volume di Giovanni Tarello¹, innumerevoli sono stati gli interventi sulla codificazione e decodificazione o ancora sulla *resistenza* al codice: si pensi, solo per fare pochi esempi, a Pio Caroni² e al volume interamente dedicato ai Codici dal Centro per la *Storia del pensiero giuridico moderno*³, come anche all'*Assolutismo giuridico e diritto privato*⁴, per passare attraverso la storia del processo penale⁵, ma i riferimenti potrebbero essere ancora moltissimi⁶.

Il Dottorato di ricerca in area giuridica della Scuola di Giurisprudenza di Camerino, nella prospettiva di proporre ai giovani ricercatori un approccio allo studio del diritto in termini storici, ha voluto ricordare i Centocinquant'anni della codificazione unitaria del 1865 con un volume dedicato a tale tema. Nella consapevolezza della crisi della forma codice, ripercorrere le tappe della creazione dei codici per il Paese unito non deve apparire anacronistico, ma anzi, può rappresentare l'occasione per riflettere sulla direzione attuale in cui la politica del diritto, la scienza giuridica e la storia del pensiero giuridico stanno andando.

Il Prof. Paolo Grossi, Storico del diritto e Giudice Costituzionale, con la sua presenza nella giornata di presentazione dei risultati di questa ricerca, ha profondamente arricchito tale riflessione.

La prospettiva interessante è stata data dall'intreccio tra diritto e storia: i colleghi che insegnano diritto positivo hanno risposto con grande entusiasmo alla proposta di riflettere su alcuni istituti regolati nella vecchia codificazione post-unitaria. Si è così ragionato

¹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

² P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

³ *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002.

⁴ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁵ E. DEZZA, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, 2001.

⁶ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009.

sull'idea di codice come sistema completo e chiuso e quella di un codice "aperto", eterointegrabile, fino alla confusione semantica tra testi unici, leggi speciali e codici, per evidenziare come la questione della codificazione rivesta sin dai suoi esordi un ruolo centrale nella riflessione scientifica e nell'educazione del giurista. In molti casi si è tentato di cercare le radici dell'attuale diritto e ordinamento giuridico in un passato neanche tanto remoto. E nell'evidenziare le cesure e le continuità sono emerse tradizioni giuridiche italiane e talvolta europee. Il punto della riforma, specie del codice civile, è ancora tanto più moderno se si pensa all'intangibilità del codice civile ottocentesco in Italia e alla difficile emersione dei *diritti sociali*, dislocati in un "altrove giuridico" per non modificare un assetto consolidato. Lo stesso concetto di proprietà, declinato al plurale, diveniva, come il negozio giuridico, la cartina tornasole delle trasformazioni sociali difficili da includere e riassumere nel codice.

Il regime del tempo avvertiva la necessità di attuare una *Rechtserneuerung* (che, per esempio, in Germania non riuscì). L'*Abschied* dai codici del 1865 probabilmente è stato di molto anticipato per opera di spinte irresistibili del potere del tempo. Un secolo dopo Francesco Santoro Passarelli, alla commemorazione romana dei cento anni del codice civile del 1865, scrive: «questa ricorrenza centenaria è quasi un commiato da questo codice sul quale abbiamo imparato il diritto civile, attraverso l'insegnamento di maestri indimenticabili»⁷.

Si coglie l'occasione per ringraziare la Scuola di Giurisprudenza e il suo Direttore, per aver incoraggiato la ricerca, spingendo verso la redazione di questo volume. Un ringraziamento anche ai Dottori Marvin Messinetti, e Marta Cerioni, per l'aiuto generosamente dato.

Camerino, Palazzo Ducale, 23 febbraio 2016

⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1043.

ROCCO FAVALE

Le forme negoziali nella codificazione civile post-unitaria

Sommario: 1. La mappatura delle forme nella codificazione civile unitaria del 1865. – 2. Il grado di resistenza delle forme negoziali prescritte dall'art. 1314 c.c. L'opposta visione fra la Cassazione di Torino e la Cassazione di Firenze. La dottrina mite – 3. L'avvento della dottrina formalistica. Il riordino del sistema delle forme negoziali. – 4. Il silenzio del codice civile del 1865 sulle forme convenzionali. – 5. Il modello vigente dell'art. 1352 c.c. – 6. La rinascita del formalismo a fonte legale nel sistema del codice vigente.

1. *La mappatura delle forme nella codificazione civile unitaria del 1865*

Il sistema delle forme dei negozi giuridici esistente al tempo della codificazione civile unitaria del 1865¹ è governato dal principio di libertà². Le parti sono libere di adoperare la veste che ritengono più adatta per avvolgere l'operazione negoziale posta in essere per regolare i propri interessi³.

¹ Nell'editoriale, P.S. MANCINI, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, p. VII s., sottolinea come «la pubblicazione [...] de' Codici non è l'abolizione della Scienza del Diritto, ma un passo innanzi nella via delle sue manifestazioni progressive». Tuttavia mette in rilievo che «mentre in Francia non trascorre alcun anno, senza che il suo Codice Civile, ormai tanto commentato ed interpretato, trovi alcun novello interprete; mentre basta che in qualunque piccolo Stato della Germania si pubblichi un nuovo Codice, od anche un semplice Progetto, perché sorgano a un tratto in copia intorno al medesimo libri di discussione o di critica; è un fatto di dolorosa significazione, che ormai corre il secondo anno dalla promulgazione di una quasi intera codificazione novella in Italia, senza che la medesima finora abbia servito di occasione e d'incitamento ad importanti lavori giuridici. Si direbbe caduto il genio italiano, rispetto a questa classe di studi, che tanto conferiscono al benessere della Nazione, in un inesplicabile languore, e nella più completa indifferenza». Nella stessa scia, G. BANDI, *Il Codice civile e la Tradizione*, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, III, p. 16 ss.

² Molto istruttivo sul formalismo della prima codificazione unitaria è il lavoro di A.M. SINISCALCHI, *Solemni-tates e probationes all'alba della prima codificazione italiana*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1931 ss.

³ In proposito la manualistica e la trattatistica è monolitica: E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933, p. 164, scrive che «di regola la legge lascia liberi i contraenti di scegliere la forma di espressione e che credono più conveniente»; P.E. BENZA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1897, p. 153 ss. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, *Fonti delle obbligazioni. Contratti*, Firenze, 1925, p. 172 s.; F. RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, p. 208 s.

Il principio di libertà di forma subisce alcune eccezioni nei casi in cui la legge esige una determinata forma⁴ oppure il *vestimentum* è determinato dalle stesse parti contraenti⁵.

Le forme richieste dalla legge sono di varia tipologia e producono diversi effetti.

Le forme *ad substantiam* si caratterizzano perché sono imposte a pena di nullità del negozio; costituiscono perciò un elemento essenziale dell'operazione negoziale⁶.

Le forme *ad probationem*, invece, incidono sul regime probatorio dell'atto negoziale, nel senso che l'atto difforme è valido e non può essere provato per testimoni o per presunzioni, ma soltanto per confessione e giuramento⁷.

Per alcuni negozi, il legislatore ha previsto esclusivamente l'atto pubblico, come per il contratto di matrimonio (art. 1382 c.c.), le sue modificazioni (art. 1383 c.c.), la donazione (art. 1056 c.c.), la rendita fondiaria o semplice a titolo gratuito (art. 1781 c.c.), la divisione fatta dagli ascendenti in favore dei discendenti per atto tra vivi (art. 1045 c.c.)⁸.

Per altri negozi la legge richiama la forma scritta pubblica o privata indicati per la maggior parte nella disposizione dell'art. 1314 c.c. La norma appena citata richiama i contratti che trasferiscono la proprietà di immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali o i diritti d'uso o di abitazione, gli atti di rinuncia alla proprietà e ai diritti reali appena enunciati, i contratti di locazione immobiliare ultranovennale, i contratti di società aventi per oggetto il godimento di beni immobili quando la durata della società sia ultranovennale o a tempo indeterminato, la costituzione di rendita perpetua e vitalizia, le transazioni e gli altri atti indicati dalla legge⁹.

2. Il grado di resistenza delle forme negoziali prescritte dall'art. 1314 c.c. L'opposta visione fra la Cassazione di Torino e la Cassazione di Firenze. La dottrina mite

⁴ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, cit., p. 233 ss.

⁵ Avverte G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, cit., p. 230, che «è pienamente conforme a quel libero arbitrio, di cui godono le parti nel contrattare, che sia loro permesso di sottoporre la perfezione del contratto alla formalità della scrittura. Intorno a questo diritto delle parti nessuna difficoltà»; F. RICCI, *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 209.

⁶ Secondo E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, cit., p. 165, in mancanza dello scritto «il contratto non esiste agli occhi dell'ordinamento giuridico»; E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, ed. coordinata da C. Lessona, Firenze, 1919, p. 142.

⁷ «Il contratto esiste anche se concluso a parole, tanto è vero che può sempre risultare al giudice da confessione e giuramento. E allora ha tutti i suoi effetti. È solo quel particolare mezzo di prova per mezzo di testimoni, che viene limitato. Praticamente però ciò vuol dire che è più difficile farlo risultare. E quando non risulti (e la parte non lo rispetti volontariamente), in pratica è come se non ci fosse» (così, E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Parte prima, *Dei contratti in generale*, cit., p. 177).

⁸ In generale: E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, Firenze, 1914, p. 457; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 795 ss.

⁹ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, cit., p. 457; D. GALDI, *Commentario del codice civile*, XIV, 1, Napoli, 1887, p. 28 ss.

La disposizione dell'art. 1314 c.c. 1865 rappresenta il precedente codicistico dell'attuale art. 1350 c.c., in cui sono elencate le operazioni negoziali che devono rivestire la veste pubblica o privata a pena di nullità.

La vecchia regola dell'art. 1314 c.c. nel suo tenore iniziale non lasciava dubbi sulla portata essenziale della forma scritta, tuttavia la sua ubicazione in seno al reparto del codice dedicato alla prova delle obbligazioni, nella specie alla prova per iscritto, persuadeva alcuni studiosi a sostenere una tesi, come minimo contraria alla *littera legis*, che negava l'operatività della nullità del negozio difforme¹⁰.

All'alba del nuovo codice civile unitario, la Corte di Cassazione di Torino interviene su una questione di nullità formale, seguendo la linea rigorosa in sede di modificazione di un contratto solenne¹¹. La particolarità della vicenda sta nel fatto che alla stessa trovava applicazione la disciplina del codice albertino, i cui artt. 1412 e 1413 non lasciavano dubbi.

Da qui giustificate perplessità allorquando questo giudicato fu assunto come *leading case* per il nuovo codice civile italiano, come testimoniato dalla relativa nota redazionale¹². Non mancava, tuttavia, chi sottolineava che il codice civile unitario non potesse essere ridotto ad «una ristampa pura e semplice del Codice civile albertino»¹³.

Un anno dopo reinterviene, sempre nel solco del regime albertino, la Cassazione torinese, nel caso dei Duchi Varano di Camerino¹⁴, a confermare la nullità di un atto di alienazione immobiliare avente veste privata, in quanto «codesto documento non potè dunque essere cagione operativa, né titolo neppure apparente o colorato di traslazione di dominio,

¹⁰ Tesi sostenuta per primo da Tito ROSSI, *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile italiano*, Pisa, 1869, p. 3 ss.; al quale fanno seguito B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Arch. giur.*, VII, 1871, p. 445 ss.; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili, e sopra interessanti questioni legali in materia ipotecaria secondo il codice civile italiano con appendice puramente teoretica sul sistema ipotecario*, Portoferraio, 1876, p. 1 ss.; G.P. CHIRONI, *Vendita di immobili. Scrittura firmata dal solo venditore. Validità*, in *Foro it.*, 1886, I, c. 518 ss.; F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, 1873, p. 93 (solo nella prima edizione).

¹¹ Cass. Torino, 11 gennaio 1866, in *Mon trib.*, 1866, p. 138 ss.

¹² «A questo art. 1412 del cod. alb. corrisponde, tranne alcune modificazioni, l'art. 1314 del cod. civ. italico; ma da quest'ultimo fu tolto l'ultimo capoverso dell'art. 1412 predetto, in forza del quale dovevano farsi per atto pubblico anche le scritture contenenti spiegazioni, variazioni, ecc., di convenzioni per le quali l'atto pubblico fosse prescritto. Noi riteniamo che l'abolizione di quel capoverso non voglia già dire che il legislatore patrio abbia inteso di derogare al principio in esso contenuto; ma soltanto che ritenni inutile di enunciare esplicitamente un canone che si risolve in una conseguenza logicamente necessaria delle premesse contenute nell'articolo stesso. Egli è infatti ovvio, che se una convenzione dev'essere fatta per atto pubblico, deve pur essere fatta per atto pubblico ogni altra stipulazione chiamata ad influire, o per spiegazioni o per variazioni, su di quella» (in *Mon. Trib.*, 1866, p. 139).

¹³ D.A. AZZI, *Degli atti nulli in modo assoluto e il relativo per difetto di formalità, a termini degli articoli dal 1300 al 1310, 1314, 1932 e 2135 Codice civile italiano*, in *Legge*, 1869, I, p. 750.

¹⁴ Cass. Torino, 7 giugno 1867, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, I, p. 280 s. Nella relativa nota redazionale si precisa correttamente che «la decisione presente non sarebbe oggi certamente applicabile nel preciso tema in cui fu pronunciata, vale a dire nel tema di compra e vendita stipulata per atto privato, dacchè, a differenza dell'Albertino, il nuovo Codice civile Italiano (art. 1314, n. 1), permette che anche per scrittura privata si pongano in essere le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili».

né titolo capace d'infondere nel supposto acquirente il carattere di buona fede». Di conseguenza, «la consegna degli stabili, ed anche il pagamento di tutto o di parte del prezzo, come atti di loro natura pedissequi, esecutori, non ponno aversi per abili a convalidare un contratto che non esiste, né in attualità né in potenza»¹⁵.

Le decisioni, pur se fondate sul codice albertino, costituiscono per la dottrina arresti leader da seguire e perseguire per le medesime questioni regolate dal codice civile unitario. Il doppio regime codicistico non solleva dubbi sulla bontà di un orientamento unitario¹⁶.

Questo orientamento giurisprudenziale, caratterizzato dalla sua peculiarità di avere come punto di riferimento un regime giuridico sorpassato, viene interrotto da un giudicato della Cassazione di Firenze, il quale faceva finalmente applicazione del regime vigente codicistico dichiarando la nullità del contratto difforme (art. 1314 c.c.), che non travolgeva la vendita verbale di un immobile eseguita dalle parti e trascrivibile ai sensi dell'art. 1932, n. 8, c.c.¹⁷.

La decisione – quale manifesto di un formalismo “temperato” – trova accoglimento nella giurisprudenza successiva, la quale reputava valide le vendite verbali, addirittura non ancora eseguite, dove la disputa fra le parti non fosse sulla sostanza del contratto, ma su qualche elemento accessorio, tale da non sopprimere la volontà di eseguire l'operazione negoziale.

Così incontriamo decisioni che, pur affermando l'essenzialità della forma per gli atti di trasferimento di proprietà immobiliari, avvertono che la legge «rispetta tra le parti il fatto compiuto quando nessuna di esse lo contraddice»¹⁸; oppure sostengono che «una verbale alienazione d'immobili, quantunque minacciata di nullità per la disposizione dell'art. 1314,

¹⁵ La causa terminò con il giudizio di rinvio di App. Modena, 17 marzo 1868, in *Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 659, con una motivazione aderente a quella della Cassazione torinese. Sulla base della normativa del codice civile albertino la compravendita nella forma della scrittura privata non può operare la traslazione della proprietà dell'immobile. I giudici statuirono che «la tradizione degli stabili, il pagamento di tutto, o di parte del prezzo, come atti di loro natura esecutori e pedissequi, non furono abili a convalidare un contratto legalmente inesistente, a seconda dell'assoluto precetto scritto nel successivo art. 1413; e posta l'inesistenza del contratto, derivante dal difetto dell'elemento sostanziale dell'atto pubblico, tutto si ridusse a' termini di un mero progetto, di una nuda trattativa, da cui ciascuna delle parti era in libertà di recedere» (p. 660).

¹⁶ Nelle note redazionali degli *Annali di giurisprudenza italiana*, si sottolinea che «tutti questi principi [...] sono pienamente applicabili sotto il nuovo Codice civile Italiano alle alienazioni di beni immobili fatte senza scrittura» (*Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 659); anche T. ROSSI, *Osservazioni su Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Mon. Trib.*, 1869, p. 483, sostiene che «sebbene queste decisioni siano state proferite in base al codice civile albertino, si possono invocare anche pel codice civile italiano, perché l'unica diversità che passa tra i due codici sta in ciò, che il primo esige l'atto pubblico, mentre l'altro si accontenta anche dell'atto privato».

¹⁷ Secondo Cass. Firenze, 29 luglio 1867, in *Ann. giur. it.*, 1866-67, I, p. 359 s., la norma dell'art. 1932, in materia di trascrizione, non limita la disposizione sulla forma dell'art. 1314, «ma altro non fa che alludere a quei casi in cui l'alienazione di immobili può essere efficace anche senza la scrittura» (p. 360).

¹⁸ App. Firenze, 23 giugno 1869, in *Ann. giur. it.*, 1869, II, p. 487.

pure non è nulla *ipso iure*. È quella una nullità *probationis causa* tutt'affatto di diritto ed interesse privato, e non d'ordine pubblico, essa debbe essere domandata dall'interessato e pronunziata dal Magistrato competente»¹⁹.

Sulla base dello *speculum* giurisprudenziale su richiamato, era compito della dottrina chiarire i problemi e guidare i giudici verso soluzioni coerenti e conformi al sistema²⁰. A tal proposito, il senatore Vigliani, primo Presidente della Corte di Cassazione di Firenze, aveva bandito un premio sulla migliore soluzione del quesito avente il seguente tenore: «i contratti che per disposizione della legge civile o commerciale debbono farsi per atto scritto o pubblico o privato sotto pena di nullità, qualora siano stati fatti senza scrittura, possono essi venire impugnati come nulli dalle parti che gli abbiano volontariamente eseguiti?»²¹.

In realtà, la questione più generale concerneva la forma scritta a pena di nullità e il regime giuridico dell'operazione negoziale aformale.

Lontani dai dettami della scuola dell'esegesi, gli studiosi fondano la soluzione della forma a fini probatori su una rilettura sistematica del codice civile. Le basi normative poggiano sul principio consensualistico (artt. 1448 e 1550 c.c. 1865) e su una disposizione in materia di trascrizione (art. 1932, n. 8, c.c. 1865). Queste norme ostacolavano un'interpretazione rigorosa dell'art. 1314 c.c., alla cui luce il contratto verbale sarebbe affetto da nullità insanabile.

Siffatta dottrina misura la distanza reale che corre fra codice unitario e codice albertino, onde la norma sulla forma contenuta nell'art. 1314 c.c. 1865 riguarda esclusivamente il profilo probatorio²². La tesi trova applicazione in un caso di permuta immobiliare verbale²³, dove una parte chiede la sua esecuzione, mentre la controparte riteneva che, con la conclusione di quella convenzione, essa non fosse vincolata. La Corte toscana declama che la

¹⁹ App. Palermo, 13 dicembre 1869, in *Giur. it.*, 1869, II, c. 921.

²⁰ In maniera incisiva, F. SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge*, Roma, 1874, p. 9, individuata le coordinate del problema: «o le forme prescritte sono necessarie ed utili, che debbono essere rispettate sempre e da tutti; o sono inutili e gravose, e il legislatore non avrebbe dovuto vessare le parti con prescrizioni superflue. Ammettere dall'un canto di inutilità delle forme e stabilirne un gran numero, e dall'altro riconoscere la validità dell'atto compiuto senza di esse, è togliere con una mano quello che si è dato con l'altra, e nessuno che si eriga a legislatore può immaginare un sistema così assurdo di».

²¹ In *Giorn. leggi*, 1871, p. 56.

²² B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 27 s. La collocazione topografica della disposizione assume importanza decisiva per G.P. CHIRONI, *Vendita di immobili. Scrittura firmata dal solo venditore. Validità*, cit., c. 152 s., secondo il quale «se il Codice avesse voluto la scrittura privata o l'atto pubblico qual condizione essenziale della vendita, l'avrebbe accennato nelle disposizioni relative a questo contratto: gli estremi della vendita si debbono dedurre da quanto la legge ha stabilito nel titolo relativo, non da quanto ha ordinato nella parte dove regola le prove».

²³ App. Lucca, 13 luglio 1871, in *Giur. it.*, 1871, II, c. 554 ss.

forma *ad probationem* va intesa «quale unico ed esclusivo mezzo di certificare, in caso di impugnativa, l'esistenza di un atto, o convenzione della natura sopraespressa, per inferirne, che allorquando, come nel caso, non occorra bisogno di prova perché la convenzione sia confessata o ammessa per vera e sussistente, essa è intrinsecamente valida, e deve eseguirsi nonostante la mancanza della scrittura»²⁴.

Per dovere di completezza va poi aggiunto che alcuni studiosi raggiungono il medesimo risultato attraverso l'argomento che l'essenza dell'atto è pur sempre nella volontà delle parti (base del principio consensuale) e la mancanza di forma non incide sull'esistenza dell'operazione negoziale, ma sul suo profilo di efficacia, per cui l'atto difforme è fonte di un'obbligazione naturale²⁵.

Il difetto di forma, quale condizione legale d'efficacia dell'atto, può essere sanato – e quindi l'obbligazione naturale trasformarsi in obbligazione civile – o mediante la confessione giudiziale della parte contro cui si fa valere il contratto verbale oppure attraverso una formalizzazione successiva dell'atto mediante ratifica scritta, o infine mediante ratifica tacita intesa quale adempimento dell'obbligazione naturale, insuscettibile di ripetizione²⁶, e possibile oggetto di accertamento giudiziale, come previsto nell'art. 1932, n. 8, c.c.

3. L'avvento della dottrina formalistica. Il riordino del sistema delle forme negoziali

La battaglia sul ruolo assunto dalla forma degli atti negoziali concerneva essenzialmente la questione del recupero dell'atto difforme attraverso l'esecuzione volontaria ad opera delle parti. In più, il contrasto tra i giudicati della Cassazione di Torino e di Firenze si rivelava fittizio, perché i corredi normativi erano diversi, il codice albertino, da una parte, e il nuovo codice civile unitario, dall'altra.

Il codice sardo lasciava pochi margini per giustificare una sanatoria del contratto nullo per difetto di forma; il codice del 1865 offriva, al contrario, alla dottrina spazi interpretativi per stabilizzare una tesi diretta a recuperare l'atto difforme nullo. In primo luogo, era necessario fare i conti con la norma dell'art. 1310 – tra l'altro posta in non cale in seno al corredo argomentativo della giurisprudenza – dove alcuni studiosi propendono per una sua lettura minimale caratterizzata dalla sottrazione della regola dell'insanabilità alla conferma

²⁴ App. Lucca, 13 luglio 1871, cit., c. 555.

²⁵ B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 449 ss.

²⁶ B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 447; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 454 s., ove aggiunge che «la morale impone, che l'uomo, qualunque sia la forma colla quale si è obbligato, adempia quanto promise».

mediante esecuzione²⁷. Inoltre, v'è chi ha proposto, sulla base della lettera della disposizione appena citata, di restringere l'operatività del principio di insanabilità ai soli casi di nullità assoluta, lasciando un varco per le ipotesi di nullità relativa, fra le quali quelle enunciate dall'art. 1314 c.c.²⁸.

L'operazione interpretativa della dottrina di conciliare il carattere rigoroso della forma con ampie finestre di recupero di atti difformi si scontra successivamente con un orientamento più rigido assunto dalla giurisprudenza che persegue il principio della forma dell'atto come elemento essenziale²⁹.

Ciò spinge gli studiosi a seguire la ricostruzione rigorosa mediante uno sforzo diretto a conformare il sacro principio consensualistico e soprattutto a riscrivere la regola stonata (inconciliabile) dell'art. 1932, n. 8, della trascrivibilità di sentenze che dichiarano l'esistenza di convenzioni verbali.

Quanto al principio del consenso traslativo, espressione immediata della forza creatrice della volontà delle parti, le regole contenute negli artt. 1448 e 1550 c.c. risultano perfettamente aderenti e la norma sulla forma dell'art. 1314 c.c. non smonta il congegno sistematico che impone un *vestimentum* pubblico o privato quando le operazioni negoziali investono i beni immobili³⁰. Le regole del consenso e delle forme sui negozi si intrecciano in

²⁷ Ciò è sottolineato dalla Redazione della rivista *Monitore dei tribunali*, *Osservazioni su Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Mon. trib.*, 1869, p. 482.

²⁸ Così, B. NATOLI, *Saggio d'interpretazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 455; A. SCHIAVI, *Discorsi teorico-pratici sulla vendita verbale di beni immobili*, cit., p. 41 s., secondo cui «il precedente art. 1309 ammette in genere la conferma degli atti nulli per ratifica espressa o tacita; l'art. 1310 induce una eccezione a questa regola, ed è quella di escludere gli atti nulli in modo assoluto per difetto di formalità, lasciando così sotto il dominio della regola prescritta dal precedente art. 1309, gli atti nulli non in modo assoluto, ma relativo per omissione delle estrinseche forme»; anche G. SEMERARO, *L'esecuzione volontaria di una vendita verbale d'immobili*, in *Foro it.*, 1877, I, c. 732, ove la precisazione che «se nell'art. 1310 il legislatore italiano ha parlato di atti nulli in modo assoluto per difetto di forme, ciò vuol dire, lo ripetiamo, che possono esservi anche atti nulli bensì, ma non in modo assoluto. Ed a noi pare che di quest'ultima categoria appartengano le vendite di immobili eseguite per convenzione verbale».

²⁹ Indicative: App. Bologna, 1° febbraio 1870, in *Giur. it.*, 1870, II, c. 51 ss.; App. Modena, 3 luglio 1874, in *Giur. it.*, 1874, I, 2, c. 580 ss.: «quanto agli atti e alle convenzioni, che per mancanza di un elemento essenziale si hanno come inesistenti, sta sempre la regola generale ed assoluta, stabilita nell'art. 1310, secondo la quale la nullità, risultando dall'inosservanza dell'art. 1314, non è sanabile per verun atto confermativo, vale a dire, né per ratifica espressa, né per ratifica tacita, cioè per esecuzione volontaria»; App. Brescia, 30 gennaio 1876, in *Ann. giur. it.*, 1876, III, p. 142: «da vendita di un immobile, la quale si sia fatta verbalmente, si considera come non avvenuta quando pure abbia avuto luogo la consegna dello stabile e il pagamento del prezzo; imperoché la legge rigorosamente esige che le vendite d'immobili sieno effettuate per atto pubblico o per scrittura privata, e non fa distinzione alcuna fra le vendite semplicemente concluse e quelle già eseguite. Sì le une che le altre sono colpite di nullità assoluta, radicale, pronunciata da leggi di ordine pubblico alle quali non può essere derogato dalle parti né espressamente né tacitamente»; App. Firenze, 22 aprile 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 2, c. 714 s.; App. Bologna, 27 aprile 1877, in *Foro it.*, 1877, I, c. 724 ss.

³⁰ In siffatta prospettiva, A. LORU, *Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, in *Gazz. Trib. Genova*, 1869, p. 558, precisa che «in faccia al diritto civile non vi sarà consenso, perché questo non è dichiarato nella forma prescritta dall'art. 1314, e il contratto sarà nullo. Sarà efficace solamente quando il consenso risulti da atto pub-

una trama normativa che si incapsula bene nel sistema ordinamentale, come disposto correttamente dalla regola generale dell'art. 1125 c.c. che richiama il consenso traslativo «legittimamente manifestato», ossia nei modi e nelle forme volute dal *conditor iuris*. Questa la base – oltremodo solida anche sotto il profilo esegetico – della dottrina del rigido formalismo³¹.

Nel sistema purtroppo esisteva un *vulnus*, delineato dalla regola posta dall'art. 1932, n. 8, c.c.³². La *littera legis* non pareva conciliarsi con il tenore dell'art. 1314 c.c. Eppure alcuni intravedono uno spazio di operatività nelle ipotesi di contratti difformi eseguiti volontariamente dalle parti o di rinuncia delle parti a rilevare la nullità dell'atto durante il processo³³.

Ma lo spazio di apertura corrompe il sistema, apre una falla che indebolisce oltremodo il principio della nullità assoluta formale, insanabile e rilevabile d'ufficio dal giudice. Esigenze equitative e di giustizia paiono reggere alle regole codicistiche, perché con l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto difforme nullo «non si potrà dire che nulla avvenne tra loro»³⁴.

La dottrina prende atto che la norma dell'art. 1932, n. 8, c.c. produce effetti distorsivi dell'efficienza delle regole sulla forma e propugna una sua interpretazione ablativa, dove il suo ruolo anomalo è dimostrato dai lavori preparatori a causa di un atteggiamento a dir po-

blico, o da scrittura privata, senz'altro neppure in questo caso la vendita lasci di essere un contratto consensuale»; B. DELLA VALLE, *Se l'esecuzione volontaria sani la nullità dei contratti verbali che secondo la legge debbono essere fatti per scrittura*, in *Giorn. leggi*, 1872, p. 60, secondo cui «se è vero che il contratto di vendita è perfetto fra le parti quando esse abbiano manifestato il loro consenso sulla cosa e sul prezzo, è vero altresì che questo consenso non può produrre effetti giuridici ove non sia manifestato nei modi e nelle forme dalla legge richieste».

³¹ N. DE CRESCENZO, *Della ratifica e conferma degli atti nulli in modo assoluto per difetto di forma secondo il codice civile italiano*, in *Filangieri*, 1885, I, p. 495 ss.; L. FERRARINI, *La forma degli atti giuridici*, in *Rend. R. Ist. Lomb. sc. lett.*, 1892, p. 228 ss.; M. STERIO, *Dell'atto scritto necessario alla esistenza delle obbligazioni*, in *Filangieri*, 1894, I, pp. 149 ss., 210 ss., 281 ss.; G. CASIMO, *Saggio sulla forma degli atti giuridici in materia civile e commerciale*, in *Arch. giur.*, 1896, p. 423 ss.; U. PIPIA, *La compravendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile, agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, 1902, p. 161 s.; G.L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, I, Torino, 1914, p. 1028.

³² Per N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. Fiore, XIII, Napoli-Torino, 1914, p. 303, siffatta disposizione «è stato il tormento degli interpreti, e causa feconda di moltissimi errori nell'interpretazione della legge».

³³ Così, M. REGGIO, *Sull'intelligenza dell'art. 1314 del Codice Civile*, in *Gazz. Trib. Napoli*, 1869, p. 312, ove aggiunge: «ecco dunque il caso ove si rende applicabile l'art. 1932 n. 8 del Cod. civ. cioè che una sentenza potesse dichiarare l'esistenza giuridica di alienazione verbale immobiliare comunque la scrittura fosse dalla legge richiesta *solemnitatis* non *probationis* causa. Così io dall'art. 1932 deduco che la nullità prescritta dall'art. 1314 in rapporto alle alienazioni verbali di proprietà immobiliare è nullità capace d'essere sanata con atto di conferma sia espressamente, sia tacitamente, e così il magistrato ove le parti hanno rinunciato a dedurre tale nullità è obbligato a dichiarare l'esistenza giuridica di tale convenzione nel quale caso la sua sentenza debb'essere legalmente trascritta».

³⁴ T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. Fiore, XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, 1915, p. 100.

co disattento assunto dal legislatore. Insomma siffatta norma è rimasta lettera morta in sede applicativa³⁵.

L'ottica del formalismo rigido prende il sopravvento ed entra nel tessuto strutturale dell'atto negoziale, il cui difetto formale concerne la sua esistenza³⁶. L'atto informale non esiste e come tale è inservibile: *forma dat esse rei*³⁷.

4. Il silenzio del codice civile del 1865 sulle forme convenzionali

Con riferimento alle forme negoziali elette dalle parti contraenti, un affaccio a ritroso contribuisce a comprendere il presente³⁸, e la storia si pone come punto di partenza e punto di arrivo³⁹, soprattutto per quei fenomeni giuridici in cui la tradizione ha avuto una sicura influenza.

Nel modello romano arcaico, il documento scritto costituiva un'eccezione in una società fondata sulla oralità⁴⁰ e la *scriptura* diventa protagonista soltanto nel periodo successivo fino all'elezione del *vestimentum* a forma solenne⁴¹.

Nel periodo classico – sotto l'influenza delle consuetudini delle province orientali – dominava la pratica di confezionare documenti scritti per provare il contratto concluso attraverso la registrazione dei *certa verba* e dell'osservanza dei gesti rituali imposti dallo *ius civi-*

³⁵ Redazione della rivista *Monitore dei tribunali*, *Osservazioni su Illustrazione dell'art. 1314 del codice civile*, cit., p. 485, ove si parla di prescrizione mal redatta; M. STERIO, *Dell'atto scritto necessario alla esistenza delle obbligazioni*, cit., p. 167 s.

³⁶ Chiarificatrice Cass. Firenze, 29 dicembre 1870, in *Ann. giur. it.*, 1870, I, p. 401 s., con riferimento alla promessa di vendita equiparata alla vendita e che soggiace alla regola sulla forma dell'art. 1314 c.c.; interessante, App. Parma, 18 febbraio 1870, in *Ann. giur. it.*, 1870, II, p. 288 s., secondo cui la nullità di cui alla disposizione dell'art. 1314 c.c. è prescritta «tanto nell'interesse dei contraenti, come nell'interesse dei terzi».

³⁷ In questo senso, G. CESANO, *Trattato della trascrizione secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1866, p. 29, secondo il quale «quando si tratta di forma sostanziale, ed è sostanziale la forma sempre quando il prescritta sotto pena di nullità, se manca, l'atto è considerato in diritto come se non esistesse (*forma dat esse rei*)»; B. DELLA VALLE, *Se l'esecuzione volontaria sani la nullità dei contratti verbali che secondo la legge debbono essere fatti per scrittura*, cit., 59 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, Torino, 1903, p. 200; E. CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Torino, 1887, p. 68, ove declama: «se la forma prescritta è richiesta *ad solemnitatem*, e costituisce perciò un elemento essenziale del contratto giusta il vieto aforisma *forma dat esse rei*; emerge chiara ed inevitabile la conseguenza che, mancando essa, il contratto sia nullo *ipso iure*, e debba ritenersi come non avvenuto».

³⁸ G. FERRI, *Del codice, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, 1946, IV, c. 39, ove precisa che «nella vita di un popolo il presente è strettamente legato al passato e l'avvenire al presente»; P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 124 ss., secondo cui «se è vero che il passato si spiega a partire dal presente vero è anche il contrario».

³⁹ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 15.

⁴⁰ A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., p. 52, mette in evidenza come la società romana antica era governata da «un'oralità primaria quasi totale».

⁴¹ Sul fenomeno della documentazione del contenuto contrattuale nel mondo romano v. G. LUZZATTO, *Documento (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 84 s.; M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 548 ss.; L. BOVE, *Documento (storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 13 ss.

le⁴². Gli effetti erano sempre la conseguenza immediata delle forme richieste dal diritto, mentre il documento scritto garantiva la memoria dell'atto negoziale⁴³.

Nel periodo post-classico la forma scritta diviene l'unica modalità imposta dal diritto e in fattispecie sempre più numerose requisito di validità del negozio⁴⁴.

In siffatto contesto si colloca il frammento della Costituzione imperiale giustiniana (C. 4, 21, 17) emanata nel 528⁴⁵, il quale rappresenta la fonte più importante in materia di formalismo convenzionale nel diritto romano. L'orientamento dominante ha ricostruito la disciplina della l. 17 nel senso che la solennità dello scritto riguardava i contratti sottoposti *ad insinuatō*; per tutti gli altri le parti avevano il potere di contrarre *in scriptis* ovvero *sine scriptis*; infine il contratto redatto per iscritto era sottoposto alle medesime regole di forma sia nell'ipotesi di imposizione autoritativa sia nell'altra di libera scelta delle parti. Di conseguenza «le forme volontarie finiscono per apparire [...] come forme legali liberamente scelte»⁴⁶, anche se la regola giustiniana non trovò applicazione fedele nella pratica in un modello giuridico – quale quello romano – in cui la disciplina della forma solenne costituiva il parametro esclusivo pur nei casi di documentazione a fini probatori⁴⁷.

Nel diritto comune il problema principale della forma convenuta si stagliava nell'ipotesi di patto dubbio, di fronte al quale il giudice doveva «indagare la effettiva intenzione delle parti, per determinare a seconda di essa il significato del patto relativo alla redazione per iscritto»⁴⁸. L'eventuale persistenza del dubbio interpretativo ha spinto i giuristi

⁴² E. BETTI, *Diritto romano, Parte generale*, I, Padova, 1935, p. 227 s.; G. SEGRÈ, *Note sulla forma del documento greco-romano*, in *BIDR*, 35, 1927, p. 69 ss.

⁴³ M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, cit., p. 555; G. LUZZATTO, *Documento (diritto romano)*, cit., p. 85.

⁴⁴ Secondo M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.)*, cit., p. 557 s., il documento scritto acquisì una speciale forza probatoria.

⁴⁵ Fondamentali: F. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 411 ss., e SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto in particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum (1860)*, trad. it. di Addis, Napoli, 2005, con una interessante nota di lettura dello stesso studioso che ha curato la traduzione, alla quale va il merito di aver portato all'attenzione della nostra dottrina una bella opera della pandettistica rimasta nell'ombra per più di un secolo. Una ricostruzione condotta con grande padronanza che aiuta tutti gli studiosi che vogliono capire il problema delle forme convenzionali nel panorama europeo.

⁴⁶ Così, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, p. 18 s.; nella scia ricostruttiva di Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 55, dove nel frammento del *Codex* «l'espressione “quas in instrumento recipi convenit” (...) appare forse più idonea a designare l'atto con cui i privati si assoggettano alla forma legale, di cui vengono segnate in appresso le regole per la redazione».

⁴⁷ Secondo G. GUARINO, *Il diritto privato romano*, cit., p. 375, il diritto romano non aveva ben chiara la distinzione «tra negozi a scrittura costitutiva e negozi a scrittura meramente probatoria»; la medesima difficoltà sorgeva anche nell'ipotesi di documentazione successiva del contratto (così, G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 602, nota 1; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 117 s.).

⁴⁸ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1945, pp. 5 ss., spec. 8 (contributo già pubblicato in *Temi em.*, 1943).

medievali a determinare criteri presuntivi diretti a scioglierlo sulla base delle fonti romane e della prassi medievale.

Risultato degli sforzi ricostruttivi è stata una doppia lettura del patto dubbio sulla forma, l'una di stampo restrittivo e l'altra di carattere più mite, che ha costituito l'orizzonte ermeneutico nel quale si è mossa la dottrina successiva⁴⁹.

Pur ignorando il codice civile del 1865 il problema delle forme determinate dall'autonomia privata, dottrina e giurisprudenza hanno discusso ampiamente sui profili più rilevanti – legati da un nesso di condizionalità diretta – dell'ammissibilità delle convenzioni sulla forma nonché dei patti cosiddetti dubbi, nei quali gli autori non esternavano *apertis verbis* la funzione perseguita dallo scritto.

Per quanto riguarda il preminente profilo dell'ammissibilità di accordi attraverso i quali le parti si vincolavano a redigere il contratto definitivo in forma scritta, dottrina e giurisprudenza erano per la positiva, in quanto assegnavano all'autonomia privata la funzione di eleggere il *vestmentum* del futuro negozio nonché degli eventuali atti modificativi od estintivi del rapporto già costituito entro il perimetro posto dalla legge⁵⁰. «Che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione dell'esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma, o anche l'adozione di una diversa forma da quella che è sufficiente per diritto obbiettivo (es. l'atto pubblico dove basterebbe la scrittura privata) è fuori di ogni possibile discussione»⁵¹.

La rigidità della forma opera in senso discendente e non ascendente: l'iniziativa privata è sottoposta all'autorità delle disposizioni di legge sulla forma, ma all'assenza di un puntuale comando segue la libertà di determinare la forma dell'atto più adeguata ai propri interessi. I soggetti hanno il potere di “aggravare” le forme prescritte dal legislatore ovvero di determinarle entro l'area della forma libera. Il principio di libertà delle forme è così derogato dalla legge e dalla volontà delle parti⁵².

All'opposto, v'era chi escludeva che l'autonomia privata avesse il potere di incidere sui requisiti di validità delle fattispecie negoziali, per cui la clausola di forma incideva soltan-

⁴⁹ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 17 ss., ove la puntuale e chiara rappresentazione dei due orientamenti facenti capo a Giovanni Bassiano e al Piacentino e all'Azzone.

⁵⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 203, nt. 9, ove le forme potevano essere determinate anche da negozi unilaterali.

⁵¹ Così, A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925, p. 33.

⁵² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, Milano, 1926, p. 74, ove esplicitamente sostiene che «i contraenti possono subordinare l'esistenza del contratto a una forma determinata, e farne un contratto solenne»; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, (1924), rist., Napoli, 1992, p. 365; C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 177.

to sul diverso profilo della conclusione dell'accordo contrattuale, nel senso che la fissazione per iscritto fosse indice inequivocabile della definitività del consenso⁵³.

Una parte della dottrina sosteneva la tesi secondo la quale le parti non potevano vincolarsi per il futuro, perché potevano sempre successivamente derogare la forma concordata in precedenza⁵⁴.

Riconosciuta la piena ammissibilità del patto sulla forma – di per sé idoneo a vincolare i contraenti in ordine alla validità o alla prova del contratto futuro – si presentava all'attenzione degli studiosi la questione delicata della dubbia determinazione della forma voluta dalle parti. Nella prassi accadeva di frequente che gli autori, concordato il negozio definitivo in forma scritta, non specificavano se la stessa dovesse rilevare a fini di validità o meramente probatori⁵⁵.

Siffatta vicenda sollevava, di conseguenza, una questione di interpretazione del patto di forma⁵⁶, risolta dagli studiosi in tutti i modi possibili.

La giurisprudenza optava per la tesi secondo la quale, in forza del principio generalmente riconosciuto della libertà di forma, le parti potevano invocare la forma solenne soltanto qualora avessero adempiuto il relativo onere di chiarezza e precisione. Se non dichiaravano espressamente che la futura redazione del contratto era imposta a pena di nullità,

⁵³ Di quest'opinione: G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 606; ID., *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico (a proposito di uno scritto di A. Candian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 417 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 653; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 219, secondo il quale «nessuno vieta alle parti di avvertire che non intendono di obbligarsi se non in quanto la loro volontà sia manifestata in una forma data»; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 203; G. PACHIONI, *Diritto civile italiano, Parte seconda, Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, 147, secondo cui la forma volontaria costitutiva fa sì che il progetto di contratto diventa contratto soltanto «quando sarà documentato».

⁵⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 435 s.

⁵⁵ In guisa opportuna, V. Verdicchio, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 28, nt. 53, precisa che «quando si parla di forma scritta convenzionale a fini probatori, ci si può riferire a due situazioni ben diverse: a) al c.d. obbligo di documentazione, cioè a quel patto con cui i paciscenti, in una con la valida conclusione di un contratto verbale, o anche anteriormente o posteriormente ad essa, si obbligano a ripeterlo per iscritto, per lo più al fine di munirsi, appunto, di una prova più efficace; b) al patto con cui le parti regolano il regime probatorio relativo ad un giudizio avente ad oggetto un determinato contratto corrente tra le stesse. Nel primo caso la convenzione fa sorgere una vera e propria obbligazione di *facere*, consistente nel prestarsi all'attività materiale necessaria alla formazione del documento, inteso come “cosa” (...); nel secondo caso, invece, non sorge alcun rapporto obbligatorio “sostantivo”, ma si compie un atto con efficacia puramente processuale, con il quale si dispone delle prove in giudizio, restringendo od escludendo convenzionalmente l'esperibilità della prova testimoniale. Le due convenzioni – quella statuente l'obbligo di documentazione e quella incidente sul piano processuale – sono, quindi, profondamente diverse *quoad effectum*».

⁵⁶ Nel tempo di vigenza del codice civile del 1865 la giurisprudenza superiore, in guisa consolidata, qualificava le norme generali sull'interpretazione dei contratti (art. 1311 ss.) semplici regole logiche e, quindi, non vincolanti (ad es.: Cass. Regno, 12 maggio 1928, n. 2141, in *Rep. Foro it.*, 1928, *Obbligazioni e contratti*, n. 181; Cass. Regno, 29 marzo 1928, n. 1372, *ivi*, 1928, voce cit., n. 180).

con esclusione di qualsiasi equipollente, si riteneva che la forma avesse valore soltanto probatorio⁵⁷.

Non mancava chi⁵⁸ individuava il problema in una pura *quaestio voluntatis*, sulla quale soltanto il giudice poteva e doveva pronunciarsi. In questo modo si poneva in non cale il punto essenziale, ossia che ciò che difettava era proprio l'esatta determinazione della volontà, con la conseguenza che necessitava un parametro normativo cui far riferimento per una corretta soluzione⁵⁹.

Infine, parte della dottrina⁶⁰ riconosceva, in caso di dubbio, la forma costitutiva, la sola che realmente rispondeva alla comune intenzione delle parti.

Alcuni autori sottolineavano che la soluzione del carattere necessario della forma «si basa su ciò che normalmente le parti non pensano a dare uno od un altro significato al loro accordo»; i contraenti «sanno invece che le loro dichiarazioni non abbisognerebbero di forma per avere un effetto pratico, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma». In materia non si distingue «esistenza reale ed esistenza giuridica delle dichiarazioni; la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l'esistenza giuridica nella coscienza del giurista»⁶¹.

Il formalismo convenzionale nella pratica trovava terreno fertile nelle condizioni generali di polizza, ove le compagnie assicuratrici imponevano ai clienti prescrizioni più o meno particolareggiate circa il modo con cui la disdetta doveva essere emessa. A tal uopo si convenivano variegata modalità: l'invio della raccomandata alla direzione generale della

⁵⁷ App. Torino, 11 marzo 1889, in *Giur. it.*, 1889, I, 2, c. 360; Cass. Torino, 29 aprile 1904, in *Giur. tor.*, 1904, p. 890; Trib. Genova, 17 novembre 1910, in *Temi gen.*, 1910, p. 695; Cass. Roma, 26 luglio 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197; Cass. Torino, 16 marzo 1923, in *Mon. trib.*, 1923, p. 652; App. Milano, 14 febbraio 1933, in *Rep. Foro it.*, 1933, *Obbligazioni e contratti*, n. 64. La dottrina favorevole alla tesi probatoria poggiava sulla primazia del principio di libertà delle forme: E. CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Torino, 1887, p. 93; P. COPPA ZUCCARI, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900, p. 20; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 58; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 600 ss.; L. BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, p. 217 s.

⁵⁸ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., p. 93; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., c. 57 s.

⁵⁹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 395; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 602.

⁶⁰ C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, cit., c. 177 s.; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 204.

⁶¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433, sulla scia del pensiero di I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, 111, 1914, p. 47.

compagnia⁶²; la presentazione personale dell'assicurato alla sede dell'agenzia che aveva rilasciato la polizza⁶³; l'emissione di una lettera interamente manoscritta dall'assicurato alla presenza di due testimoni⁶⁴; la spedizione di una raccomandata con ricevuta di ritorno⁶⁵; la spedizione della disdetta previa approvazione di un soggetto terzo, nella specie il creditore ipotecario di immobili assicurati⁶⁶.

Per giustificare convenientemente clausole aventi un così alto tasso di vessatorietà, si richiamano i luoghi stereotipati della inequivoca cognizione della intenzione di recedere⁶⁷, della migliore identificazione della persona assicurata recedente⁶⁸, della «vischiosità» tesa a garantire all'impresa, per quanto possibile, la prosecuzione del rapporto⁶⁹ nonché del margine di riflessione della parte recedente⁷⁰.

Dei problemi connessi alla vicenda appena descritta, quello dell'equipollenza rappresenta per gli studiosi il nodo gordiano nel quale volontà delle parti, clausola di forma e scopo della stessa mettono a dura prova qualsiasi preparazione scientifica. Una base di accordo si rinviene nell'idea che la qualificazione della forma, convenuta come «necessaria» ovvero semplicemente «sufficiente», costituisce il risultato di una complessa questione di interpretazione⁷¹.

Ma anche ammessi come sicuri i criteri in base ai quali qualificare i tipi di forma, l'accordo finisce qui, poiché una lunga diatriba investe la delicata questione intorno ai limiti di ammissibilità di *vestimenta* equipollenti.

⁶² Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Pret. Milano, 23 settembre 1940, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 36; T. Milano, 19 febbraio 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70, con nota di V. SALANDRA, *Sulla forma della disdetta*.

⁶³ Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513, con nota di A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*; Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

⁶⁴ Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70; T. Milano, 16 febbraio 1938, *ivi*, 1939, II, p. 54; Trib. Milano, 25 ottobre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, nn. 128-129; Trib. Torino, 24-3-1937, in *Ass.*, 1937, II, p. 283; Trib. Torino, 24 luglio 1934, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 111; Trib. Venezia, 8 marzo 1934, in *Foro ven.*, 1934, p. 355.

⁶⁵ Trib. Verona, 12 febbraio 1942, in *Ass.*, 1943, II, p. 39; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, *ivi*, 1940, II, p. 75; Trib. Milano, 15 novembre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 85.

⁶⁶ Trib. Milano, 3 gennaio 1935, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 193.

⁶⁷ G. FANELLI, *Rassegna critica della giurisprudenza italiana sulle assicurazioni private (anno 1938). Principi generali*, in *Ass.*, 1939, I, p. 335.

⁶⁸ Trib. Torino, 24 marzo 1937, in *Ass.*, 1937, II, p. 283.

⁶⁹ Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Ass.*, 1939, II, p. 54.

⁷⁰ I. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 51.

⁷¹ R. FRANCESCHELLI, *Forma della disdetta nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1940, I, p. 17 s., ove si precisa che la pura indicazione di una determinata forma non è indizio sufficiente per escludere qualsiasi equipollente; A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*, cit., p. 514; indicazioni utili anche in Cass. Regno, 7 maggio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, p. 678; Cass. Regno, 24 marzo 1933, in *Sett. Cass.*, 1933, p. 636.

In una prospettiva più rigida, strettamente legata all'idea del rispetto incondizionato dell'autonomia privata, si prospettava senza indugi l'invalidità dell'atto rivestito di una forma diversa da quella convenuta «necessariamente» nel relativo patto⁷².

A fronte di un siffatto atteggiamento astrattizzante ed alieno da qualsiasi peculiarità di specie, non sono mancati tentativi diretti a racchiudere entro confini più accettabili la regola della incondizionata osservanza delle forme «necessarie» per volontà delle parti, richiamando a sostegno i principi di buona fede, di affidamento e della prevalenza dello scopo sulla forma.

Gli argomenti favorevoli all'equipollenza si fondano sull'idea che la buona fede induce la parte, a cui vantaggio è prevista la forma pattuita, a richiamare l'altra all'osservanza di un atto difforme in caso di ricezione; epperò un comportamento inerte del destinatario suscita un affidamento meritevole dell'agente sulla piena validità dell'atto⁷³.

Alla medesima conclusione si perviene allorché nella fattispecie opera il principio della «sufficienza della forma congrua a conseguire lo scopo dichiarativo che l'atto si propone»⁷⁴, secondo il quale il giudice, nonostante la convenuta solennizzazione della veste dell'operazione negoziale, avrebbe il potere di dichiarare la piena operatività di modalità equipollenti, nella ipotesi che accerti la loro idoneità a conseguire lo scopo dichiarato⁷⁵.

5. Il modello vigente dell'art. 1352 c.c.

La panoramica sul formalismo convenzionale testé abbozzata potrà rivelarsi utile al fine di una corretta soluzione di numerose questioni attuali, nonostante la presenza nel nostro ordinamento di una puntuale disposizione⁷⁶.

Non si può revocare in dubbio che le dispute anteriori al codice vigente non hanno trovato componimento neppure attraverso un preciso disposto normativo, quale l'art. 1352

⁷² Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Ass.*, 1940, II, p. 75; Cass. Regno, 4 agosto 1936, n. 3088, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 64 bis; App. Milano, 29 aprile 1925, *ivi*, 1941, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 31-33.

⁷³ Trib. Milano, 20 ottobre 1942, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 79; Trib. Milano, 21 maggio 1941, *ivi*, 1941, voce cit., n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, *ivi*, 1941, voce cit., n. 54; Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Ass.*, 1941, II, p. 70; Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Ass.*, 1939, II, p. 54.

⁷⁴ Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

⁷⁵ Va ricordato che nel sistema processuale del 1865 non esisteva una disposizione omologa a quella dell'art. 156 c.p.c. (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Milano, 1923, p. 664 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 567 ss.).

⁷⁶ Chiaramente Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., 25, rileva che «il contenuto testuale della disposizione è più ristretto di quello indicato nella rubrica dell'articolo».

c.c.⁷⁷, che, sotto la rubrica «forme convenzionali» così dispone: «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»⁷⁸.

Le intenzioni del *conditor iuris* di risolvere definitivamente, con la norma appena citata, la *vexata quaestio* del significato solenne ovvero probatorio delle operazioni negoziali con cui i soggetti fissano la veste dell'atto definitivo non hanno trovato piena realizzazione⁷⁹.

Ad un primo controllo di carattere ermeneutico della prescrizione legale affiora una considerazione di rilevante interesse: l'esclusione di importanti ipotesi pratiche.

Così non v'è alcun riferimento alla fattispecie costituita da forme convenute nei contratti originari per atti incidenti sul rapporto esistente⁸⁰.

Altri dubbi sorgono per il caso in cui le parti determinano una forma senza fare alcun riferimento alla circostanza che la stessa sia poi da adoperare al momento della conclusione del futuro contratto.

Altro interrogativo nasce dalla ipotesi di stipulazione di un patto contestuale, contenuto nel contratto che fissa tutti gli elementi essenziali, con il quale si determina la veste del negozio principale⁸¹.

⁷⁷ La *Relazione ministeriale al codice civile*, n. 617, testimonia il legame della disposizione dell'art. 1352 c.c. alle regole del diritto romano, allorché declama che «nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo, contrariamente a buona parte della dottrina, ma riprendendo una conforme soluzione del diritto romano».

⁷⁸ Sulla scia della posizione assunta da I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, cit., p. 46 s., G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 206, sottolinea che «se è pur concepibile che le parti abbiano voluto il documento come prova del contratto già concluso, il fine di prova non è, in sé, incompatibile con il voler la forma *ad substantiam*, con il voler, cioè, che non abbia efficacia se non ciò che facilmente si potrà provare».

⁷⁹ Secondo G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, rist., p. 511, gli interessi perseguiti con la forma convenuta possono riguardare entrambe le parti oppure una di esse, «come nel caso che una abbia scarsa fiducia nella parola dell'altra: ma specialmente quando l'accordo può essere raggiunto solamente dopo lunghe trattative, il porre in essere una particolare forma documentale può servire alla certezza del perfezionamento del contratto con la definitiva formazione dell'accordo stesso; e se si tratta di un contratto complesso, con clausole molteplici, eventualmente con riferimento a dati tecnici, può essere necessario evitare, col documento, che anche in buona fede se ne alteri col tempo il ricordo».

⁸⁰ Si pensi alle figure di carattere unilaterale come il recesso nel contratto di locazione, di assicurazione ovvero bilaterale, come il mutuo dissenso [M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1002; F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 841; G. OSTI, *Contratto*, cit., p. 512].

⁸¹ Fattispecie rilevata da Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 27, secondo il quale l'alternativa sta in ciò: o il contratto si reputa concluso con l'obbligo di ripeterlo in altra forma, oppure la stipulazione del negozio è rimandata al momento in cui le parti rivestono lo stesso nella forma convenuta. Non è dubbio che la disposizione dell'art. 1352 c.c. trovi applicazione anche alla fase delle trattative, come confermato dalla *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 200, e sul punto G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 11, scrive: «nell'ipotesi che le parti abbiano previsto o riservato la redazione di un documento nello stesso scambio di lettere con cui si accordano sull'oggetto del contratto, dovrà in base all'art. 1352 presumersi che si sia voluta rinviare il perfezionamento del negozio, nonostante l'avvenuta manifestazione di consenso in sé idonea alla

Accanto a siffatti interrogativi si pongono altre questioni di non minore rilievo concernenti specificamente la meccanica interna della norma contenuta nell'art. 1352 c.c.: la natura assoluta o relativa della presunzione legale, in conformità alla quale la forma pattuita deve qualificarsi costitutiva nonché la natura della forma scritta richiesta per il patto sulla forma al fine della presunzione di cui sopra.

La disposizione dell'art. 1352 c.c., in realtà, non contiene solo una regola di carattere interpretativo finalizzata a risolvere l'*Auslegungsfrage*⁸², ma innanzitutto riconosce all'autonomia privata la facoltà di determinare accanto al contenuto la forma dell'operazione negoziale. Salvo una voce minoritaria⁸³, in dottrina prevale l'opinione della forma convenuta come manifestazione dell'autonomia dei soggetti, sulla base della quale va costruita la relativa disciplina⁸⁴.

Il riconoscimento dell'iniziativa con riguardo ai *vestimenta* negoziali non sembra differire da quello concernente il contenuto dell'operazione negoziale, siccome disciplinato dalla prescrizione di cui all'art. 1352 c.c.⁸⁵.

In questo modo risulta chiara la natura negoziale della determinazione con cui le parti eleggono un peculiare *vestmentum* – in deroga *in peius* per le forme legali ovvero scelto in re-

costituzione del vincolo? Ciò parrebbe corrispondere allo spirito della norma, purché beninteso la riserva o la clausola relativa alla forma preceda, o anche sia contestuale, nella lettera del proponente, alla proposta contrattuale: mentre urta tuttavia indubbiamente con il tenore letterale dell'art. citato, che consente l'obiezione, per quanto speciosa, che la presunzione vale solo per l'ipotesi di convenzione fatta in previsione della conclusione di un contratto futuro»; *contra*, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 177.

⁸² La *Relazione ministeriale al codice civile*, n. 617, stabilisce 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».

⁸³ Il riferimento è al pensiero di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 23, secondo il quale «i privati non hanno la potestà di disegnare la fattispecie negoziale, ma soltanto di determinarne il contenuto», per cui le disposizioni degli artt. 1326, 4° co., e 1352 c.c. vanno interpretate nel senso che esse «delegano, a una parte o alle parti, il potere di costruire la fattispecie, e, così, di rendere forte una fattispecie debole mercé l'aggiunta del requisito di forma». Su questa scia anche D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 420; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 307 ss.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 137; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994, p. 80 s.; A. LISERRE (e A. JARACH), *Forma*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, 3, Torino, 1999, p. 468 s.; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Tratt. Rescigno*, I *contratti in generale*, 2, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 793; U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, p. 637 ss.; E. PALMERINI, *sub art. 1352*, in *Dei contratti in generale (1350-1386)*, a cura di Navarretta-Orestano, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 188; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 44 ss., ove una critica puntuale alla tesi di Irti.

⁸⁵ Tanto che vi è stato chi ha rilevato che entro l'area della libertà di forma i soggetti hanno convenuto con tanta frequenza determinate modalità, tanto da rendere la stessa area un sistema eccessivamente pesante alla stregua di quella formalistica (P. GRECO, *Il requisito della scrittura nelle comunicazioni all'assicuratore*, in *Ass.*, 1938, II, p. 85).

gime di libertà – per il loro negozio definitivo⁸⁶. Da qui la necessità di sottoporre il patto di forma al controllo di «assecondamento» da parte dell'ordine giuridico⁸⁷.

L'autonomia negoziale non costituisce un valore in sé, ma in quanto rispondente e compatibile alle linee assiologiche dell'ordinamento. Non ci si può fermare ad un mero controllo di non illiceità dell'atto negoziale, ma si deve operare un controllo positivo di meritevolezza alla luce dei principi cardine del sistema giuridico⁸⁸. In questa prospettiva il giudizio di meritevolezza potrebbe risultare molto proficuo in tutte le ipotesi in cui il potere di autonomia è esercitato a danno dell'altra parte⁸⁹, ciò che potrebbe conseguire anche a seguito di una clausola di forma scritta⁹⁰.

6. La rinascita del formalismo a fonte legale nel sistema del codice vigente

Con riferimento al sistema vigente, la disciplina della forma è innanzitutto nel ventre del codice civile, e successivamente le spinte e le sollecitazioni comunitarie hanno ampliato lo spettro delle regole di forma anche alla legislazione speciale e di settore.

I dati del codice restano dati generali, ma a questi vanno affiancati altri elementi derivanti dalle legislazioni speciali⁹¹, i cui risultati la dottrina ancora oggi sta sistemando, soprattutto in ordine alla stessa nozione di forma.

Discorrere in proposito di neoformalismo⁹² potrebbe risultare ingannevole, dal momento che la formula richiama una serie di ipotesi che difficilmente possono essere accomunate sotto un parametro omogeneo⁹³.

⁸⁶ Ant. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 15 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 177.

⁸⁷ D. BARBERO, *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in onore di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, p. 29.

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 346 ss.

⁸⁹ Osserva U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 496 s., che «tutte le volte in cui l'iniquità del rapporto non è frutto di una libera scelta di entrambi i contraenti, ma è il risultato dell'abuso che una delle parti abbia fatto della propria posizione di forza, ritengo che il principio dell'eguaglianza sostanziale di cui al 2° comma dell'art. 3 della Costituzione, possa essere utilmente invocato per incidere profondamente su di un sistema normativo che, allo stato, fa dell'autonomia privata uno strumento giuridico al servizio non soltanto degli uomini onesti e laboriosi, bensì anche degli speculatori, di coloro che dominano il mercato e addirittura dei criminali dell'economia».

⁹⁰ Si pensi soltanto alle clausole di forma scritta inserite nel contratto individuale di lavoro subordinato per le successive modificazioni del contratto. Il problema è affrontato in tutta la sua gravità da W. HROMADKA, *Schriftformklauseln und AGB-Recht*, in *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto* a cura di F. Addis, Milano, 2008, p. 161 ss. (la traduzione del lavoro è offerta da A. Venturelli, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 593 ss.).

⁹¹ In proposito, un utile aiuto ermeneutico può derivare dalla teoria dei diritti secondari sulla quale v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 397 ss.

⁹² Secondo A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 28 s., si tratta di uno «spostamento di accento e di misura» degli oneri di forma. Per una valutazione generale del fenomeno: A. MANKOWSKI, *Information and Formal Requirements*, in *ERPL*, 2005, p. 779 ss.; H. DAVO e Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Paris, 2005, p. 121 ss.

Gli esordi del secolo scorso sono caratterizzati dalla lotta contro il formalismo, principale elemento che rallenta in guisa intollerabile la velocità dei traffici⁹⁴.

La codificazione del '42 completa la vittoria della liberalizzazione di forma attraverso il noto fenomeno della commercializzazione del diritto civile⁹⁵.

Il nostro sistema, al contrario, si è sempre caratterizzato per essere un modello ad alto tasso di formalismo⁹⁶, e gli ulteriori interventi sulla forma di conio comunitario contribuiscono a corroborarlo in una linea ideale di continuazione nella medesima direzione, pur con le sue proprie caratterizzazioni e funzioni⁹⁷.

La denominazione neoformalismo va limitata realisticamente a richiamare le nuove funzioni perseguite dalle forme negoziali, con una loro espansione che supera lo stesso accordo coinvolgendo atti, negoziali e non, e comportamenti precedenti e susseguenti⁹⁸.

La forma nel codice civile è strettamente legata all'oggetto del contratto, ove la disposizione dell'art. 1350 c.c. concerne gli atti di disposizione su beni immobili⁹⁹.

Il formalismo del diritto speciale, invece, riflette il rapporto che avvolge gli interessi di determinate categorie di soggetti, dai consumatori, agli inquilini, agli utenti dei servizi bancari e finanziari. Forma diretta a rafforzare la conoscibilità, la trasparenza, la certezza, la comprensibilità anche nelle fasi precedenti e susseguenti la formazione del contratto.

⁹³ Una chiara e persuasiva posizione del problema è presa da S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 1350*, in *Dei contratti in generale* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, artt. 1350-1386, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 18 ss.

⁹⁴ L'illustre maestro C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Torino, 1905, p. 74 s., in proposito scrive: «in materia commerciale la parola basta di regola a creare un'obbligazione: il commerciante come uomo d'affari, la cui professione sta nel contrattare, ha tale energia di pronte ed accorte deliberazioni, che è superflua per lui la cautela delle forme solenni»; v., altresì, L. BOLAFFIO, *La legislazione commerciale italiana*, I, Torino, 1934, p. 229 ss.; U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino, 1937, p. 112.

⁹⁵ A conferma del carattere relativo dei proclami, si può richiamare il contributo di G.M. CIVETTA, *La rinascita del formalismo nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 971, sollecitato da un libro francese dell'epoca, secondo il quale «il formalismo contrattuale non solo non è morto, ma vive un'esistenza gagliarda, e le ragioni della sua fresca attività stanno nei benefici, che le formalità apportano nel regime contrattuale, e che secondo il Moeneclay, sono i seguenti: precisa identificazione del momento in cui sorge il vincolo giuridico, facilitazione della prova del vincolo, netta determinazione dei suoi confini, maggior tutela del contraente contro le inadempienze della controparte e contro le insidie di essa e di terzi, maggior tempo dato alle parti di riflettere sul vincolo giuridico, maggiori garanzie per la tutela dell'interesse pubblico in genere, dell'interesse dei terzi che hanno relazione col contratto, in specie. Questi benefici sembrano al Moeneclay, e sono in realtà, tali da compensare i difetti del formalismo, principalissimo de' quali l'incomodo (noi diremmo piuttosto la limitazione) che esso determina alla libertà giuridica dei contraenti».

⁹⁶ Va ricordato che R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1488, sottolinea che il nostro sistema è «sin troppo orientato in senso formalistico».

⁹⁷ In questo senso, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 120.

⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 770 ss.

⁹⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 703 s.

Una nuova forma – a volte formalità – unidirezionale a protezione di uno dei soggetti del rapporto e altresì polivalente che, per alcuni studiosi¹⁰⁰, ha poco a che a fare con la forma quale elemento strutturale della fattispecie contrattuale. Una forma intesa quale «veicolo necessario di informazioni necessarie»¹⁰¹.

Il neoformalismo negoziale calibrato sulle nuove figure sorte e sparse per i diritti settoriali assume un triplice differente significato.

Forma, quale elemento strutturale del contratto, stabilita a pena di nullità. Ciò accade per il contratto di *timesharing* immobiliare (art. 72, comma 1, c. cons.), per quello di subfornitura (art. 2, comma 1, l. n. 192 del 1998), per il contratto di affiliazione commerciale (art. 3, comma 1, l. n. 129 del 2004), per i contratti relativi ai servizi di investimento (artt. 23, comma 1, TUF e 37, comma 1, Regolamento intermediari 16190/07), per i contratti bancari e i rapporti quadro sui servizi di pagamento (artt. 117, commi 1 e 3, 126 *quinquies*, comma 1, TUB).

Forma come modalità necessaria che ingessa rigorosamente informazioni, anche pre-determinate, durante le scansioni pre e postcontrattuali, nettamente distinte dalla fase centrale della conclusione del contratto. Vanno richiamate in proposito le ipotesi della consegna dei documenti informativi (artt. 71 c. cons.; 38 c. tur.; 124, comma 2, TUB), della trasmissione di allegati al contratto (art. 4, comma 1, l. n. 129 del 2004), la consegna di un esemplare del contratto (artt. 117, comma 1, TUB; 35 c. tur.), o di una bozza dello stesso (art. 124, comma 4, TUB).

L'ultimo significato riguarda le formalità informative sul (e per il) diritto di recesso del consumatore. Quest'ultimo va informato sul diritto di recesso per iscritto (artt. 49 e 55 c. cons.) con veste grafica separata dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori¹⁰².

¹⁰⁰ U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 503; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 22 s.

¹⁰¹ G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 710.

¹⁰² Cass., 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Contratti*, 2004, p. 379 ss., con nota di Am. GENOVESE, *Diritto di recesso e regole d'informazione del consumatore*, secondo cui «in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva 85/577/CE non ne ha punto attenuato il rigore, prevedendo che l'inserzione della clausola relativa al diritto di recesso del consumatore ottemperi (sia pur nel contesto delle altre clausole negoziali) a due precisi requisiti di forma, il primo relativo all'autonomia della clausola *de qua*, che deve restare separata dalle altre onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione (sicché deve ritenersi inammissibile il suo inserimento in un contesto uniforme di clausole di apparente pari rilevanza, inserite secondo una sequenza numerata), il secondo attinente all'evidenza grafica dell'informazione, che deve avere caratteri di scrittura uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento»; in precedenza Trib. Lucca, 4 luglio 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 6, ove con riferimento alla disciplina dei contratti del consumatore accerta «l'omessa o incompleta informazione del consumatore ove la clausola circa il recesso sia in-

A conclusione di questo percorso entro il terreno del formalismo di impronta legale, va ribadito come esso non abbia un fondamento costante e monolitico. Molte ipotesi si rinserrano entro la finalità della protezione della parte contraente più debole ovvero della trasparenza. Non può contestarsi che siffatti casi sono sempre più.

La crescita del formante legale concernente la veste dei negozi spinge gli interpreti ad assolvere il delicato compito di ricostruzione di un sistema unitario e coerente. I frammenti legali non seguono una logica facilmente percepibile che aiuti la dottrina ad edificare un sistema chiaro e coerente delle forme, soprattutto allorquando il divario fra disciplina generale del codice civile e singole disposizioni di leggi speciali settoriali aumenta progressivamente e fra le stesse regole speciali esista un debole legame logico testimoniato dal perseguimento di finalità a volte eterogenee.

Utili paradigmi che possono aiutare gli studiosi entro il coacervo di regole sulla forma e su formalità, che poco hanno da spartire con la forma, sono le funzioni che queste perseguono; la loro esatta individuazione può rappresentare un solido *background* sulla base del quale delineare gli obiettivi e – perché no – i problemi e le difficoltà del loro raggiungimento. Una classificazione di stampo assiologico potrebbe rappresentare una base forte a seguito della quale delineare i punti cardinali secondo cui conferire l'esatta posizione alla singola veste e formalità intesa in senso lato.

Insomma si tratta di «ricostruire il sistema, individuare e riscontrare la sua coerenza ed anche le sue antinomie»¹⁰³.

Sarebbe tuttavia ingenuo pensare che le diverse tipologie di *vestimenta* possano garantire un'adeguata tutela dei contraenti in ogni vicenda. Se si richiama la funzione di protezione – oggi forse quella più perseguita dal *conditor iuris* non soltanto in tema di forma contrattuale – ci si accorge che una protezione efficace della posizione giuridica del soggetto non può ridursi al momento formale, dovendo avvolgere lo stesso contenuto contrattuale. Il fenomeno delle forme-contenuto ne è l'esempio lampante. Ma ciò ancora allo stato non è sufficiente.

serita all'interno di altra clausola contrattuale, ancorché differenziata dal contesto a mezzo dell'impiego di carattere tipografico "grassetto" per agevolarne la visibilità».

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 131.