

Ad
AC

DOTTRINA

CRISTIANO CICERO

IL PROBLEMA DELL'INOSSERVANZA DEL PATTO SULLA FORMA

SOMMARIO:

1. Forme legali e forme volontarie. – 2. La libertà delle forme. – 3. L'evoluzione della regola della forma. – 4. La natura del patto. – 5. (Segue). La sua inosservanza. – 6. Breve conclusione.

1. Forme legali e forme volontarie

La questione della forma convenzionale si inserisce in quella, assai complessa, della forma in generale¹. Nella teoria del negozio giuridico ha preval-

¹ Nel sistema giuridico romano arcaico l'attività negoziale non aveva rilevanza giuridica se il suo autore non la effettuava tramite forme prestabilite. I negozi delle XII tavole – *adrogatio*, *confarreatio*, *manumissio*, *testamentum*, *nexum*, *mancipium*, *in iure cessio* – richiedevano un esasperato rigore formalistico, per cui l'utilizzo di termini diversi rispetto a quelli prescritti, toglieva inevitabilmente all'atto la sua efficacia. Il sistema negoziale romano originario era un sistema governato dalle forme, che assumevano il medesimo significato sia in ambito giuridico sia nel contesto religioso e in quello privato. Dalla metà del III sec. a.C. inizia a verificarsi e a svilupparsi una prassi formale che vede attribuire ad un "documento" e non più ai *testes*, la funzione di conservazione della memoria del negozio giuridico. Si estende – attraverso gli editti pretori – la tutela di convenzioni, in qualunque forma concluse, giustificate da *causae* atipiche (*pacta*, *constituta*, *recepta*). Il sistema giuridico si apre alla possibilità di valutare rilevanti modi di manifestazione della volontà, ed accoglie i cambiamenti subiti dalla comunicazione sociale, che vede al suo interno sia un sistema di parole, sia un sistema di scrittura e persino un complesso meccanismo di cenni, gesti, simboli comportamentali (idonei a esprimere la volontà anche tra persone che non parlano la stessa lingua). Nell'età del Principato (27 a.C.-285 d.C.) il contesto comunicativo e giuridico arriva al suo sviluppo completo. Già prima del III sec d.C., nella prassi viene configurandosi l'utilizzo del documento scritto quale strumento di memoria del negozio concluso. Vengono gradualmente sminuite le forme orali e simbolico-gestuali, per fare spazio al crescente riconoscimento della forma scritta. È sempre più ampia la funzione attribuita alla

so per lungo tempo il dogma della volontà, e la forma ha rappresentato il mezzo attraverso il quale la volontà viene esternata e rivela le intenzioni del singolo². La forma designa il mezzo con cui la volontà si estrinseca, e coincide quindi con la figura sensibile della volontà, con il dato esteriore che rivela l'intenzione del singolo. Di conseguenza, coincidendo la forma col modo della manifestazione, l'atto giuridico avrebbe sempre carattere formale³.

Attenuatosi il dogma della volontà, di matrice savignyana, la forma è stata intesa quale contenitore in cui si trattiene il contenuto del contratto⁴. Superato ogni dualismo tra contenuto e contenitore, forma e contenuto si fondono in un'unità nell'atto, e non c'è atto senza forma perché non può esserci atto che non si renda riconoscibile attraverso segni. La forma va a coincidere con lo stesso atto di autonomia privata nella sua oggettiva riconoscibilità nell'ambiente sociale⁵. Se l'atto è unità di forma e contenuto, allora dire atto è dire sintesi di forma e contenuto; all'atto nulla si può aggiungere dall'esterno, poiché in esso tutto è già compreso⁶. L'art. 1321 c.c. – che descrive il contratto come accordo di due o più parti – sarebbe l'unità di forma e di contenuto.

L'opinione oggi maggiormente condivisa è quella secondo la quale non sia più necessaria una corrispondenza tra forme legali e forme volontarie, ma anzi, che si debba riconoscere come la forma pattizia possa consistere anche in una forma “ignota alla legge”⁷. Sono pertanto da ammettere forme anche “singola-

volontà, esteriorizzata al fine di produrre l'effetto. L'elemento formale svolge la funzione di assicurare la certezza della volontà; la forma non assolve più alla sua originaria funzione di conferire efficacia alla volontà e di consentirne la sua conoscibilità (A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª ed., Giappichelli, 2006).

² Rimando, in generale, a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2ª ed., 2011, p. 247.

³ M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, p. 989 ss.

⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Cedam, 1938, p. 160; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, 1966, p. 135, fa coincidere la forma con l'atto, inteso quale «espressione della volontà».

⁵ Lo rilevava E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., in *Tratt. Vassalli*, Utet, 1950, p. 124.

⁶ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, 1985, p. 13.

⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 247: «la forma pattizia può identificarsi in una forma legale (segnatamente, atto pubblico o scrittura privata); ma può anche consistere in una forma ignota alla legge: ad es., nel vincolo che la scrittura sia non soltanto firmata in calce ma anche siglata sul margine destro in ogni pagina».

ri” con le quali le parti subordinino l’efficacia del patto (ad es. l’adozione di una lingua particolare, l’apposizione dell’impronta digitale accanto alla sottoscrizione, la controfirma dei testimoni in calce alla scrittura privata, ecc.)⁸.

2. La libertà delle forme

L’art. 1325, c. 1, n. 4, c.c., stabilisce che è requisito del contratto «la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità». Il requisito della forma è allora nozione che ricorre in due accezioni diverse: α) l’ordinamento, nell’ambito di una pluralità di forme egualmente idonee a rendere riconoscibile il contratto, imporrebbe una o più forme determinate ai fini della validità dello stesso (in quest’accezione, negozi formali sarebbero appunto quelli la cui forma è tassativamente prefissa dalla legge, cioè vincolata; non formali, quelli la cui forma è libera, e che pertanto possono compiersi in qualsiasi forma che il costume ritenga strumento di estrinsecazione attendibile e univoco, sufficiente a rendere socialmente riconoscibile il precetto dell’autonomia privata, di cui in essi si tratta⁹); β) il significato del termine «forma», quale compare nell’art. 1325, c. 1, n. 4, c.c. sarebbe tecnico e diverso da quello, empirico e convenzionale, di “forma” come modalità di esternazione dell’atto¹⁰ (secondo questa accezione, accertare che il contratto abbia forma significa accertare che l’accordo è stato raggiunto attraverso proposta ed accettazione concordi). Entrambe le prospettive hanno una loro utilità ai fini dell’indagine sul formalismo volontario. L’esistenza del contratto implica l’esigenza dell’esternazione tra le parti con modalità idonee ad esprimere un significato; altre modalità sono influenti ai fini della validità del contratto stesso soltanto quando sia la legge a stabilirlo a pena di nullità.

Nel nostro ordinamento, secondo un orientamento tradizionale, condiviso da un vasto numero di Autori, vige in tema di contratti e di negozi in genere, il principio di libertà delle forme. Le parti di regola sarebbero libere di manifestare con qualsiasi tipo di forma la loro volontà, il loro consenso, il contenuto del contratto. Nel diritto moderno sarebbe riconosciuta ai soggetti am-

⁸ R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Utet, 2016, p. 699 ss.

⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 277 ss.

¹⁰ N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 54; A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 8.

pia libertà circa l'utilizzo del mezzo che essi reputano più idoneo a soddisfare i loro interessi, con l'unico requisito che la volontà manifestata sia riconoscibile per il tramite di un fatto socialmente valutabile come accordo¹¹.

La tradizione giusnaturalista, mossa dalla ricerca di un criterio capace di spiegare e ordinare una "regola della forma" che dia un fondamento alle forme non stabilite dalla legge, ha operato una distinzione tra forme naturali e forme arbitrarie, forme libere e forme vincolate (Domat)¹². I requisiti dell'atto andrebbero distinti in naturali, cioè desunti dal diritto naturale o dalla natura delle cose, ed arbitrari, dettati dalla volontà delle leggi positive e storiche. Se la forma è elemento aggiuntivo ed arbitrario, se ne desume che la legge naturale stabilisce un principio di libertà, mentre le leggi positive introducono singole e mutevoli forme; queste leggi costituiscono eccezione a quel principio¹³. La forma non prescritta dalla legge, sarebbe così una forma naturale, o naturalmente usata dalle parti. Vero è altresì che vanno visti con sospetto "gli idoli della libertà", per (tentare di) porre il problema soltanto dal punto di vista del diritto positivo. L'art. 1352 c.c., nel disciplinare gli effetti della convenzione delle parti sulla forma di un futuro contratto, riconfermerebbe la libertà delle forme. Il vincolo convenzionale ad una forma determinata, sostituendosi a quello legale, presupporrebbe infatti che in mancanza di vincolo legale la forma sia libera. Se i privati possono incidere sulla forma imponendosene una che la legge non stabilisce senza dispensarsi da una forma legalmente vincolante, ciò significherebbe che in assenza di una norma di legge la forma è libera in quanto è logico che le parti si vincolino ad una forma in quanto tale vincolo già non sussista, se la legge nulla dice al riguardo.

I termini forma e formalismo sono stati oggetto di significati e usi semantici differenti¹⁴. Con particolare riferimento al termine formalismo, è stato condannato all'insuccesso ogni tentativo di stabilire quale sia il significato proprio – nell'accezione di rigorosamente univoco – dell'espressione¹⁵. A

¹¹ Per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè, 2019, p. 273.

¹² In Italia, C. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Fratelli Cammelli, 1925, p. 172 ss.

¹³ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, 1997, p. 139.

¹⁴ In argomento, v. particolarmente V. FROSINI, *Formalismo e formologia nell'interpretazione del negozio giuridico*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, *Studi in onore di Michele Giorgianni*, ESI, 1988, p. 235; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, ESI, 1994, p. 11 ss.

¹⁵ Testualmente, A.E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, p. 1013; G. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Dig. it.*, VII, Utet, 1968, p. 571; N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 1965, p. 79.

voler circoscrivere l'oggetto dell'indagine al negozio giuridico, per evitare di perdersi in una dispersione di accezioni differenti, sembra opportuno percorrere la strada che conduce ad assegnare al termine forma essenzialmente due significati. In una prima accezione, secondo il paradigma proprio dell'atto giuridico, la forma è un elemento essenziale di questo, la sua figura esteriore. La forma in quest'ottica è il modo come il negozio è, ossia come esso si presenta nella vita di relazione¹⁶, non apparendo possibile operare una scomposizione tra forma e contenuto dell'atto¹⁷. Per la seconda accezione del termine forma, differentemente, l'espressione va riferita alle ipotesi in cui l'ordinamento prescrive una determinata modalità per il compimento dell'atto giuridico, e porta con sé l'esigenza di restringere l'utilizzo del termine forma ai soli casi in cui si indaghi sul carattere formale oppure amorfo dell'atto¹⁸.

Con riferimento alla nozione di forma una prima considerazione, per così dire di metodo, è alquanto opportuna. Tendenzialmente non è possibile discorrere di negozio privo di forma. Se la forma è l'esteriore aspetto dell'atto giuridico, il mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso, allora la forma è requisito di esistenza (prima che di validità) dell'atto. Un'ulteriore considerazione, inoltre, riguarda l'osservazione che la forma indica il modo di essere complessivo di una cosa o di un fatto, nel quale tutti i suoi caratteri sono compresi, sì che nel linguaggio giuridico il termine non può indicare un solo carattere¹⁹.

Sia il codice 1865 sia il codice civile vigente non danno la definizione di forma dell'atto²⁰. La regola della libertà di forma, espressione dell'autonomia privata²¹ e della libertà contrattuale²², rappresenta il punto di arrivo di un'evoluzione partita dal rigoroso formalismo proprio degli ordinamenti primitivi. La libertà (costituzionale) di libera iniziativa economica privata

¹⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 125.

¹⁷ G. OSTI, voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Vallardi, 1923, p. 201; N. IRITI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, cit., p. 10.

¹⁸ M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 989.

¹⁹ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, p. 276.

²⁰ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1957, p. 417.

²¹ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, 1987, p. 15; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1004.

²² P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, p. 487.

(art. 41 Cost.), si è scritto, si estrinseca nella libertà di determinare il contenuto e la forma dei contratti²³.

Libertà di forma starebbe ad indicare che un contratto può validamente formarsi qualunque sia la forma impiegata per manifestare la volontà di produrre il vincolo contrattuale. Ad eccezione dei contratti formali (viene spiccatamente in considerazione la donazione, e in generale i negozi costitutivi o traslativi di diritti reali immobiliari), la regola è nell'ottica della libertà di forma, in virtù della quale i contratti sono validi ed efficaci quale che sia la forma di cui si riveste la manifestazione di volontà²⁴ (*solus consensus obligat* di genesi pufendorfiana²⁵). La libertà delle forme, nell'accezione corretta per la quale non v'è requisito formale senza una norma che lo imponga, e dunque non si può richiedere l'adozione di una forma determinata se la stessa non è prescritta dalla legge o dall'accordo delle parti, viene vista quale macro-tendenza di sviluppo degli ordinamenti occidentali²⁶.

Il principio della forma libera ha vissuto di certezze consolidate per un lungo periodo, in rapporto di regola-eccezione rispetto alle c.d. forme legali²⁷. Eppure, sembra elementare ma va comunque sottolineato, non vi è alcuna norma nel codice civile che enuncia la libertà delle forme²⁸. Al contrario, appare indiscutibile come il nostro ordinamento sia tra quelli ove la tendenza formalistica appare più pronunciata²⁹. Sono note le polemiche in letteratura inerenti alla reale

²³ R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 541. Più in genere, in relazione all'art. 41 Cost., la letteratura – come si può immaginare – è sterminata. V. almeno: A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, p. 582; F. GALGANO, in F. GALGANO-S. RODOTÀ, *Comm. cost. Branca*, II, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1982, p. 1 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dalla Carta fondamentale*, Giuffrè, 1990, p. 70.

²⁴ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ESI, s.d., p. 269; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Giuffrè, 1997, 33 ss.

²⁵ F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Giuffrè, 1967, 339; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, cit., p. 23.

²⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 218.

²⁷ Lo rileva bene R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 706; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, p. 173; S. STICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2003, p. 12.

²⁸ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, cit., p. 59; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. Perlingieri*, ESI, 2008, p. 217.

²⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 711; M. GIORGIANNI, voce *For-*

sussistenza nel nostro ordinamento della libertà di forma ed alla distinzione tra contratti a struttura forte (a forma vincolata) e a struttura debole (a forma libera)³⁰. Non è questa tuttavia la sede idonea per inserirsi nel dibattito³¹. Basti qui ricordare come in letteratura si discorra ormai da oltre un ventennio di un rinascite formalismo³², evidente soprattutto nella legislazione speciale e in parte (anche se in maniera assai più attenuata) nell'applicazione giurisprudenziale di taluni istituti codicistici, che si delinea come formalismo del rapporto (ovvero sia degli atti destinati a modificare o estinguere il rapporto costituito)³³. Negli anni, il c.d. ritorno alle forme vincolate è via via aumentato investendo – oltre al rapporto – anche l'atto, per il tramite della sempre maggiore richiesta della necessaria forma scritta a pena di nullità. Il problema, allo stato, appare essere sempre quello già da alcuni anni individuato, inerente all'accertamento dell'adeguatezza del formalismo al perseguimento di specifiche finalità³⁴.

Va primariamente considerato che la rinascita del formalismo (sarebbe più corretto discorrere, al plurale, dei nuovi formalismi) non dev'essere giudicata come un nostalgico ritorno al passato, piuttosto come una tecnica al servizio di istanze socio-economiche attuali e in sintonia con i valori dell'ordinamento³⁵. Di recente in giurisprudenza andrebbe ad es. segnalato l'o-

ma degli atti (dir. priv.), cit., p. 994. Con riferimento alla rilevanza della libertà di forma in *common law*, v. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, 1990, p. 285.

³⁰N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, ESI, 1988, p. 452; P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, *ivi*, p. 575; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 203.

³¹In giurisprudenza, Cass., sez. un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 194: «Il principio della libertà di forma nei contratti va inteso tenendo presente in modo concreto e realistico il diritto positivo»; in letteratura v. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, 1996, p. 6.

³²P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 17.

³³N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, cit., p. 35; S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, cit., p. 15; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, 2008, spec. p. 113 ss.; da ultimo, C. CICERO, voce *Formalismo (rinascita del)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, V, Utet, 2010, *ad vocem*.

³⁴P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 23; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, 1966, pp. 45 e 97; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Cedam, 1969, p. 8; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., p. 7.

³⁵P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 133; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 24.

rientamento per il quale integra donazione diretta (*recte*, donazione diretta “ad esecuzione indiretta”) l’operazione bancaria di trasferimento titoli da un conto deposito ad un altro, se effettuata per spirito di liberalità, con seguente necessità dell’atto pubblico; oppure l’orientamento sulla c.d. forma responsabile che sancisce la nullità dei contratti bancari che non risultano sottoscritti dalla banca, ove (in *obiter*) si affronta la questione della convalida del contratto viziato da nullità relativa.

Cesare Vivante, nel Suo “*Trattato di diritto commerciale*” (vol. IV, *Le obbligazioni*, 1926), auspicava che in una riforma della legge sarebbe conforme alla volontà dei contraenti e alla sicurezza del diritto il ritorno alla dottrina romanistica per cui l’accordo sulla forma si presumeva condizione per l’esistenza del contratto. Anche nella relazione al codice civile vigente (n. 617) vi è la valutazione della soluzione normativa *ex art.* 1352 c.c. in senso conforme al diritto romano. Il patto sulla forma ha la funzione di regolare un futuro rapporto. Primo quesito che discende dalla lettera della norma: α) in quale atto le parti hanno convenuto di adottare una determinata forma? Sicuramente mi pare in ambito di formazione negoziale dell’atto definitivo. Allora ci si dovrebbe domandare: in una puntuazione? In un contratto normativo? In un pre-preliminare o un preliminare? In un’opzione? In una lettera di patronage? In realtà sono casi infrequenti. Assai frequente è invece l’ipotesi della clausola che subordina la modificazione del contratto all’atto scritto. Oppure si pensi ai patti coi quali le parti subordinano l’esercizio di facoltà nell’ambito di esecuzione del contratto al rispetto di una determinata forma. Secondo quesito che discende dalla lettera della norma: β) che significato va attribuito all’inciso “si presume”? Certamente direi che non si tratta di una presunzione assoluta.

3. L’evoluzione della regola della forma

L’ordinamento romano, durante il periodo classico, non attribuiva una particolare posizione al documento rappresentativo del rapporto negoziale³⁶. È opinione indiscussa che il diritto romano classico conoscesse, in linea di massima, la forma scritta del negozio soltanto in funzione di documento

³⁶M. TALAMANCA, voce *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, p. 548.

probatorio, al quale non era riconosciuta, peraltro, una posizione preminente rispetto agli altri mezzi di prova. Nel periodo classico, infatti, il documento non ha alcuna posizione di privilegio, e va valutato alla stregua di qualsiasi altro mezzo di prova, senza che, legalmente, si possa dar ad esso un peso maggiore di quello dato, ad esempio, alla prova testimoniale³⁷. A partire dagli inizi dell'età postclassica, la documentazione dei negozi giuridici incominciò ad essere assunta anche in funzione costitutiva. Fino a quel momento, dunque, le prescrizioni di forma erano solo di fonte legale. Nel 528 d.C. (con la costituzione di Giustiniano 4, 21, 17), viene ammessa per la prima volta che la forma scritta possa avere fonte convenzionale³⁸.

Una notevole influenza fu esercitata da parte della costituzione giustiniana C. 4, 21, 17, anche nel periodo medioevale. Qui, i dottori bolognesi e della Glossa di Accursio diedero una interpretazione della costituzione volta a limitare il principio secondo cui la forma pattizia ha funzione costitutiva del contratto. Anche la dottrina più attenta e rigorosa della interpretazione della costituzione giustiniana, il cui senso unico era quello secondo cui la forma convenzionale scritta di un futuro contratto avesse solo una funzione costitutiva, riconosceva come la pratica del tempo non si sia conformata a tale interpretazione³⁹. Si diede così origine, in questo periodo, ad un doppio senso della forma convenzionale, volta a fissare dei criteri d'interpretazione tra l'una e l'altra forma in tutti quei casi in cui vi fosse incertezza sull'effettivo intento delle parti⁴⁰.

Il codice civile del 1865 non dedicava alla forma convenzionale alcuna disposizione. Due erano gli indirizzi prevalenti⁴¹: α) il primo, maggioritario, postulava l'ammissibilità di una pattuizione sulla forma di un futuro contratto con specificazioni e configurazioni giuridiche differenti a seconda che si trattasse di forma costitutiva o probatoria; β) un secondo indirizzo, poi, negava l'ammissibilità della forma convenzionale. Quest'ultimo – sostenuto da importanti Autori (su tutti, Lorenzo Mossa e Francesco Carnelutti) –, pur

³⁷ M. TALAMANCA, voce *Documentazione e documento (dir. rom.)*, cit., p. 557 ss.

³⁸ La costituzione è consultabile in A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., p. 108 s.; anche in F. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Giuffrè, 1965, p. 411.

³⁹ G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. DIURNI, II, ESI, 1984, p. 973.

⁴⁰ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 53.

⁴¹ V. la ricostruzione in A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 57.

riconoscendo ai privati la facoltà di vincolare l'efficacia dei loro negozi a una forma anche quando essa non sia richiesta dalla legge⁴², riteneva (nel silenzio legislativo) che la discussione dovesse incentrarsi β^1) sul valore giuridico di un simile accordo volto ad adottare la forma scritta, e β^2) se le parti avessero dato ad esso la portata più ampia di raggiungere l'efficacia del contratto o soltanto di stabilire la garanzia di una più sicura prova. Per quanto riguarda la prima problematica, bisogna operare una distinzione a seconda che la forma convenzionale venga stabilita per un contratto passato, presente o per uno futuro. Per l'avvenire, l'accordo sarebbe sprovvisto – si sosteneva – di qualunque valore giuridico, poiché le parti non possono ipotecare la loro volontà. L'accordo avrebbe invece valore, oltre che per gli accordi passati o presenti, anche per gli atti unilaterali. Per quanto riguarda i significati dell'accordo come necessari per l'esistenza del contratto o come mezzo di prova, entrambi si integrerebbero qualora la forma risulti come necessaria, poiché in questo caso la necessità della forma assorbe in sé anche quella della prova.

La tesi maggioritaria, invece, pur in mancanza di una espressa disposizione legislativa, riteneva ammissibile la convenzione sulla forma, in quanto conforme alla tradizione secolare e al potere dei privati di regolare liberamente i propri interessi⁴³. Questione centrale e dibattuta era, invece, stabilire se la forma convenzionale fosse stata predisposta per la validità ed efficacia del futuro contratto o quale strumento per una più sicura prova del rapporto contrattuale.

Il legislatore del 1942 ha disciplinato il formalismo convenzionale all'art. 1352 c.c., operando una scelta netta, razionalizzando le questioni del periodo precedente e ammettendo per la prima volta, nell'ordinamento italiano, una chiara configurabilità di un patto sulla forma⁴⁴. Prima di tutto, si è scelto di circoscrivere tra le varie ipotesi di patto sulla forma quella del patto sulla forma di un contratto futuro. Secondariamente, è stato sciolto l'affannoso quesito, su cui maggiormente si era concentrata la dottrina medioevale e ottocentesca, se, nel dubbio circa la reale intenzione delle parti, il patto fosse da intendersi voluto per la validità del contratto o quale più sicuro mezzo di

⁴² L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 431.

⁴³ G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, I, 1931, p. 208.

⁴⁴ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 67.

prova. Il testo dell'art. 1352, infatti, dimostra una scelta chiara in favore della funzione costitutiva dei patti sulla forma, come affermato nella relazione al codice (n. 617) e in coerenza con il diritto romano giustiniano. Il legislatore italiano nel disciplinare le forme convenzionali, sicuramente ha subito il fascino della cultura giuridica germanica e presumibilmente l'ha presa a modello⁴⁵. Il patto sulla forma di un contratto era già ammesso nel codice prussiano del 1794 e in quello austriaco del 1811, ma ancora di più sono evidenti le molteplici "somiglianze" (con riferimento al potere delle parti di "disporre" della forma, disciplinandone i possibili effetti; alla struttura ipotetica, che contempla un'alternativa possibile tra due funzioni della forma sulla quale il patto "dispone"; alla questione se vi sia un numero chiuso di forme convenzionali ammissibili⁴⁶) con il § 125 del BGB tedesco (*Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge*).

4. La natura del patto

In tema di formalismo convenzionale, si è soliti utilizzare in modo indistinto i termini accordo, convenzione e patto⁴⁷. L'utilizzo del termine accordo, nella sua accezione di concorde attività giuridica posta in essere da due o più persone per la tutela di interessi non contrastanti, potrebbe apparire sicuramente appropriato in riferimento al nostro tema. Nella controversa natura delle forme convenzionali, riferendosi all'accordo di cui all'art. 1352 c.c., quasi unanimemente tuttavia si preferisce utilizzare il termine "patto"⁴⁸. Va riferito che il nostro legislatore sembra utilizzare questo termine in modo eterogeneo, in alcuni casi per riferirsi a generiche clausole contrattuali, in altri utilizzando il termine patto come sinonimo di contratto⁴⁹. L'utilizzo del termine "patto" appare quanto mai opportuno, poiché presenta il vantaggio di superare la figura di un "contratto sulla forma" e di

⁴⁵ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, ESI, 2002, p. 34 ss.

⁴⁶ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 69 ss.

⁴⁷ Nella dottrina moderna, con riferimento all'uso differente dei termini richiamati, rimando ovviamente a P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, p. 11.

⁴⁸ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 89.

⁴⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 21.

riflettere su quali possano essere le norme della disciplina del contratto applicabili o meno al tema in considerazione della loro differenza di efficacia rispetto agli effetti tipici dei contratti.

Il formalismo convenzionale pone l'interprete di fronte alla domanda volta a determinare se il patto sulla forma abbia una efficacia obbligatoria tra le parti e in questo caso stabilire quali siano le condizioni o requisiti per la sua validità (se poi esso sia un contratto preliminare o possa essere considerato un contratto normativo), oppure se possa essere concepito come un onere, se possa essere considerato una figura giuridica autonoma o sia semplicemente una clausola posta all'interno di un contratto, o ancora, se possa essere inteso come una riserva bilaterale circa la non vincolatività delle intese prive della forma prescelta, se possa – infine – essere configurato come una condizione che sospenda l'efficacia di un contratto già esistente.

Una pur breve riflessione va almeno riservata, prima di passare oltre, alla qualificazione del patto sulla forma come contratto preliminare⁵⁰ oppure come contratto normativo. Il primo farebbe nascere tra i contraenti l'obbligo di stipulare un contratto futuro fissando i punti essenziali e stabilendo che esso dovrà necessariamente essere stipulato in una data forma. La configurazione sembra avere, in realtà, diversi punti deboli. Il patto *ex art.* 1352 non comporta alcun obbligo giuridico di contrarre in capo alle parti, al contrario di quanto avviene nel preliminare⁵¹. I contraenti, infatti, non avrebbero un obbligo giuridico di concludere un contratto futuro, ma al contrario conserverebbero un certo grado di autonomia essendo liberi di decidere se stipulare o meno il futuro contratto formale⁵². A differenza di quanto avviene nei contratti preliminari, al momento della nascita del patto sulla forma, non è necessario che siano presenti tutti gli elementi essenziali del futuro contratto, ben potendo le parti limitarsi a stabilire la veste formale che esso dovrà avere e individuare soltanto successivamente gli ulteriori elementi⁵³. Alcune questioni dovrebbe porsi nell'ipotesi in cui il patto sulla forma ac-

⁵⁰ Presa in considerazione da A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Cedam, 1949.

⁵¹ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., pp. 101-102.

⁵² G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 210: «esso non è certamente un contratto preliminare, perché il contratto preliminare obbliga le parti a concludere un contratto, e la convenzione che qui studiamo determina solo la forma in cui dovrà essere fatto, se sarà fatto».

⁵³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 116.

ceda ad un contratto preliminare, qualora cioè sia esso una clausola parte di un contratto preparatorio. Il patto sulla forma può infatti essere parte di un contratto a contenuto più ampio⁵⁴. Una delle applicazioni più frequenti si rinviene nei casi di compravendita immobiliare, ove usualmente al preliminare di vendita accede la clausola con cui si prevede che il contratto definitivo dovrà essere concluso attraverso un atto notarile⁵⁵.

Una soluzione volta ad affermare l'esistenza di un vincolo giuridico tra le parti, è stata ammessa facendo ricorso alla figura giuridica del cosiddetto contratto normativo. Esso viene inteso come mezzo di predisposizione di una disciplina giuridica relativa a contratti futuri⁵⁶. La convenzione sulla forma avrebbe numerosi punti comuni con il contratto normativo. Due sarebbero gli effetti derivanti da tale qualifica: il primo, obbligatorio, consistente nel contrattare, qualora lo si voglia, alle condizioni stabilite nel contratto normativo; il secondo, valutativo dei futuri contratti, ossia d'interpretazione degli stessi sulla base della precedente convenzione⁵⁷.

Quella del contratto normativo è stata da diversi autori ritenuta una categoria discutibile⁵⁸. Viene intanto da notare come il contratto normativo sia volto a regolare una pluralità di futuri contratti tra le parti, mentre il patto sulla forma generalmente ne riguarda uno solo. La tesi che qualifica il patto sulla forma come un contratto normativo potrebbe allora trovare acco-

⁵⁴V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 246 ss., ove si legge: «in una clausola del loro contratto, H e K convengono che eventuali modifiche a questo debbano essere concordate per iscritto; in un preliminare fra X e Y, si conviene che il definitivo si farà per atto pubblico».

⁵⁵A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 128.

⁵⁶V. almeno sul tema G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Cedam, 1969; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, 1994.

⁵⁷*Contra*, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 148: «si esclude innanzitutto che l'art. 1352 possa essere ridotto a norma meramente interpretativa o ad autonomo parametro cui riferirsi per risolvere tramite la presunzione (interpretativa) se la forma voluta dalle parti sia a fini sostanziali o probatori».

⁵⁸Da ultimo, A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 105 «la categoria stessa del contratto normativo rimane avvolta in nebbie che la pur ampia riflessione a riguardo non è riuscita nel corso del tempo a diradare, se è vero che essa trova ad oggi almeno tre teorizzazioni tra loro totalmente differenti sotto il profilo dell'efficacia – un'efficacia obbligatoria, volta ad imporre alle parti l'obbligo di riproduzione delle clausole ivi predisposte nei contratti futuri, oppure un'efficacia immediatamente integrativa dei rapporti derivati, ovvero ancora un'efficacia non più che preparatoria nell'iter di formazione dei contratti particolari – che l'approdo ad una nozione sufficientemente nitida è oltremodo insicuro e la qualificazione a questa stregua del patto sulla forma risulta per ciò stesso inappagante».

glimento soltanto qualora sia prevista una forma per una serie di futuri contratti che le parti prevedono di stipulare.

Considerazioni per certi versi simili alla figura del contratto normativo, sono state fatte in riferimento alla tesi – sulla base degli studi di Salvatore Romano⁵⁹ – che qualifica il patto sulla forma come un negozio configurativo. Durante il procedimento di formazione di un contratto, sussiste nel nostro ordinamento un principio di autonomia di configurazione in capo alle parti, cioè un'autonomia di disciplina nell'esercizio di poteri negoziali volta a determinare e regolare il procedimento giuridico della sua formazione. Quest'autonomia privata di configurazione, in un senso dispositivo del procedimento di formazione del contratto, troverebbe espressione attraverso negozi definiti da Salv. Romano come normativi, di cui il patto *ex art. 1352 c.c.* costituirebbe un suo riscontro esplicito⁶⁰. Il carattere normativo di tali negozi deriverebbe dal suo riferirsi ad un altro atto, regolandone in qualche modo la produzione, stabilendo ad esempio il suo contenuto, il come, il quando, l'obbligo o il non obbligo; oppure, come nei patti sulla forma, la sua veste formale. Sulla base di queste considerazioni, la convenzione sulla forma verrebbe qualificata come un negozio normativo tipico, essendo previsto espressamente dal legislatore il potere in capo alle parti di convenire di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, a cui esse dovranno successivamente conformarsi⁶¹.

Il patto sulla forma *ex art. 1352 c.c.* rappresenterebbe il paradigma della categoria del negozio configurativo o procedimentale⁶². Secondo tale qualifica, la convenzione sulla forma sarebbe un negozio che in relazione al contenuto e alla natura degli effetti prodotti potremmo chiamare di configurazione, un patto sul procedimento di formazione del contratto privo di efficacia obbligatoria ma dotato invece di efficacia dispositiva,

⁵⁹ SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, 1961, p. 80 ss.

⁶⁰ SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit.

⁶¹ Vedi A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., pp. 144-145, il quale afferma come l'art. 1352 c.c. sia una norma espressione di autonomia.

⁶² G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Cedam, 1991, p. 119 ss.; U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 553.

consistente nello stabilire le condizioni di rilevanza formale di un accordo futuro⁶³.

5. (Segue). La sua inosservanza

Il problema del patto sulla forma è tendenzialmente impostato sulla riflessione in ordine alla sua inosservanza. Le conseguenze dell'inosservanza del patto rappresentano ancora oggi un "rompicapo insolubile", e aggiungerei pure di dubbia utilità, come testimonia la non ampia giurisprudenza in materia. Di sicuro vi è un riverbero, quasi sempre perlomeno così i più si esprimono, nei confronti del contratto c.d. amorfo in termini di invalidità/inefficacia. Una sorta oserei dire di invalidità c.d. derivata che mi ricorda le discussioni di un tempo sulla sorte dei contratti pubblici in seguito all'annullamento del procedimento ad evidenza pubblica ove avevano tratto origine. Vero è di sicuro che bisogna cercare un punto di approdo per comprendere il trattamento giuridico del contratto "informe", ma a mio modo di vedere preferirei dire del contratto che non rispetta la forma pattuita, giacché il contratto se è informe non è contratto.

Appare evidente che il patto sulla forma non può che riguardare perlomeno tendenzialmente il rispetto di una determinata forma più severa rispetto a quella legale. E così cosa accade in via di es. se si pattuisce di stipulare un contratto di vendita mobiliare per atto scritto, allorché poi il definitivo non rivesta la forma pattuita? Non diversamente, se in sede di formazione del contratto avente ad oggetto una circolazione immobiliare il patto attenga a una forma pubblica che poi non venga rispettata per una più elementare scrittura privata autenticata? Le risposte son tutte attinenti – prendendo spunto dalla regola *ex art. 1352* – alla sussistenza di una forma di invalidità, sia essa nullità oppure annullabilità oppure a una mera inefficacia. Senza tacere il richiamo alla categoria dell'inesistenza⁶⁴.

α) *L'inesistenza*. Una prima riflessione va rivolta proprio alla categoria

⁶³ E. PALMERINI, *Forme convenzionali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, Utet, 2011, p. 189; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, ESI, 2008, p. 1160.

⁶⁴ Rimando a G. FILANTI, voce *Invalidità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, X, Torino, 2016, p. 463.

per ultima richiamata. L'inosservanza del patto sulla forma dà luogo a inesistenza dell'atto stipulato⁶⁵? Mi sembra un'argomentazione debole. Per più motivi. Intanto non si capisce il senso di scomodare questa categoria, che nel diritto civile tanto fatica a trovare la sua collocazione⁶⁶; di più, perché mai il contratto stipulato in violazione del patto sulla forma dovrebbe essere considerato inesistente, soprattutto quando è "soltanto" nullo il contratto che viola il rispetto della forma legale (l'assurdo logico sarebbe l'inesistenza del contratto avente ad oggetto magari la circolazione di beni mobili stipulato per scrittura privata in violazione del patto sulla forma che stabilisce l'atto pubblico, laddove il contratto non redatto per iscritto avente ad oggetto la circolazione di diritti immobiliari sconta ripeto "soltanto" la nullità *ex art. 1350 c.c.*).

Credo che invece sia un caso di inesistenza quello *ex art. 1326, c. 4, c.c.*, ma lì il rispetto della forma entra espressamente nella formazione del contratto, tanto che l'accettazione che non rispetta una determinata forma è senza effetto⁶⁷, e dunque non vi è l'incontro delle sequenze, parimenti al caso di scuola di colui che propone di vendere per 1000 e l'aspirante acquirente risponde di accettare sicuramente per un prezzo di 500⁶⁸. Nel caso di violazione del patto sulla forma appare quindi difficile sostenere l'assenza di contratto, trattandosi di una difformità rispetto alla forma pattuita convenzionalmente. Né si potrebbe ritenere come non esternate le dichiarazioni rese magari per scrittura privata anziché per atto pubblico, in violazione del patto sulla forma. Neppure il richiamo all'autorità di Emilio Betti, che nella *Teoria generale del negozio giuridico* afferma la non vincolatività di quanto dichiarato senza il rispetto della forma convenuta, mi pare che faccia propen-

⁶⁵ Lo ha sostenuto R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Vallardi, 1980, p. 121.

⁶⁶ Sul negozio inesistente, v. almeno F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 242; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 208.

⁶⁷ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie e procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 193, ove si legge che «sembra congruo, in definitiva, ritenere che l'art. 1326, c. 4, c.c., interpretato estensivamente, consenta al proponente di dare autonomo rilievo – ai fini della conclusione del contratto – a tutti gli interessi che ruotano intorno al *quomodo* dell'accettazione, da intendere, quest'ultimo, in senso lato, comprensivo sia dei profili del "come" sia di quelli del "dove"».

⁶⁸ In argomento, v. almeno A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Giuffrè, 2006, p. 98 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 107; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 318.

dere per la teoria dell'inesistenza del contratto irrispettoso del patto *ex art.* 1352. Il riferimento alla c.d. inesistenza, pur nelle sue varie declinazioni, prova troppo, per così dire, perché bisognerebbe sempre domandarsi il motivo per cui le parti abbiano prima stipulato il patto sulla forma e poi lo abbiano disatteso.

β) *L'inefficacia*. Il contratto stipulato in violazione del patto sulla forma può essere considerato inefficace? Quello dell'inefficacia è un concetto negativo: mancanza di produzione degli effetti. Ora, partendo dalla considerazione che la distinzione dei termini "invalidità" vs inefficacia non sempre è rigorosa, in un Trattato di prestigio⁶⁹ si sostiene l'inefficacia del contratto che non rispetta il patto sulla forma, proponendo un parallelo con la condizione. I più oggi stigmatizzano l'idea dell'inefficacia, assimilando il patto sulla forma alla condizione sospensiva di efficacia. Di recente è stata proposta una diversa idea di inefficacia, reputando sì la validità del contratto in violazione del patto sulla forma, ma inefficace perché le parti avrebbero convenuto che detto accordo privo della forma convenzionale resti tale ovvero appunto privo di effetti⁷⁰. Se è così, osserverei, tale inefficacia si riverbera in una irrilevanza/inefficacia convenzionale.

γ) *La nullità*. La c.d. maggioranza delle opinioni la sostiene. Tradizionalmente l'argomentazione partiva dal sillogismo per il quale la nullità qualifica il contratto affetto da difetti strutturali, e poiché la forma vincolata è elemento strutturale del contratto allora il contratto privo della forma convenzionale è nullo parimenti a quanto accadrebbe per il negozio privo della forma legale.

δ) *L'annullabilità*. Non si è mancato di valutare l'annullabilità del contratto privo di forma convenzionale. Ciò per la natura degli interessi che perseguirebbe il patto sulla forma. Tale invalidità garantirebbe il preferibile trattamento giuridico sia alle parti sia ai terzi aventi causa⁷¹.

ε) *Ancora sulla nullità*. La lettura dei Trattati del moderno diritto civile, conforta l'interprete nell'adozione della categoria della nullità⁷². Il richiamo alla nullità è convincente, ma la riflessione deve spostarsi sul suo regime, se

⁶⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 267.

⁷⁰ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 278.

⁷¹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 252.

⁷² R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, Zanichelli, 2015, p. 121.

in purezza oppure se sia il caso di sposare – come oggi appare perlopiù – la c.d. nullità relativa. Senza spirito polemico, non mi ritrovo con chi scrive che gli interessi alla base del formalismo (*rectius*, direi della forma) convenzionale sono gli stessi di quelli alla base del formalismo legale⁷³. Le funzioni dei formalismi magari sono sempre identiche, ma gli interessi che sottostanno alle forme direi di no. Mi pare da sostenere che la nullità di cui discorriamo per violazione del patto sulla forma persegua interessi particolari, e ciò giustifichi deviazioni a dir poco colossali (esclusione della rilevabilità d'ufficio e possibile sanatoria) dal regime puro della nullità. Va sostenuta l'esigenza di una distinzione tra solennità legale e formalismo pattizio: la prima protegge interessi di ordine pubblico, il secondo protegge interessi privati. Da qui l'esigenza di ricorrere alla nullità relativa.

Qualche breve riflessione sul regime di tale nullità. Non direi che si possa applicare la disciplina pura in tema di nullità. Ciò, sebbene molti Maestri l'abbiano sostenuta (Francesco Messineo; Rodolfo Sacco; Luigi Cariota-Ferrara). Nell'individuare il regime della nullità applicabile al contratto amorpho (meglio direi però al contratto che non rispetta la forma pattuita) occorre procedere con estrema cautela, perché all'interprete non è dato confezionare un regime *secundum quid*, scorporando a piacimento alcune regole dalla disciplina legale del rimedio e non altre. Probabilmente va accolta la legittimazione relativa, di ciascuna parte del contratto che non rispetta il patto sulla forma, all'azione di nullità⁷⁴. Così facendo, seguendo un ragionamento da disattendere, per assurdo potrebbe accadere che a domandare la nullità sia la medesima parte che abbia volutamente e consapevolmente disatteso l'accordo. Va ricordato che i principi di diritto europeo dei contratti (art. 2.106) affermano che la parte che con proprie dichiarazioni o comportamenti abbia ingenerato nell'altra un ragionevole affidamento in senso contrario non può invocare la clausola. Appare evidente d'altronde che la nullità la quale colpisce il patto concluso possa risolversi in un vantaggio per la parte più attenta, ma non necessariamente in buona fede, e in un pregiudizio per la parte meno attenta al rispetto dei requisiti formali perché meno organizzata.

In senso contrario, consideriamo un caso pratico: in caso di doppia alienazione immobiliare⁷⁵, A aliena a B e poi a C; B trascrive per primo, ma A

⁷³A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 299.

⁷⁴V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 238.

⁷⁵In argomento, v. almeno S. TROIANO, *Il (ritrovato) ruolo della bonne foi del secondo acqui-*

aveva convenuto con B che la futura compravendita dovesse farsi per atto pubblico, laddove la forma adottata è stata la scrittura privata autenticata. In tal caso, può C domandare la nullità della vendita tra A e B per difetto di forma convenzionale? Ammettere la domanda di nullità non può che significare che la legittimazione è assoluta.

Ancora, è tale nullità sanabile? Lo affermano in tanti⁷⁶. Tuttavia mi domando come si possa conciliare la convalida con la legittimazione assoluta testé sostenuta. Parimenti, è scontato che operi il mutuo dissenso ai fini dello scioglimento del contratto amorfo⁷⁷. Ma se tale mutuo dissenso è successivo al contratto, il sostegno a favore della retroattività che connota il mutuo dissenso mi sembra non conciliabile con la legittimazione assoluta della nullità. In altri termini, ammettere la convalida va certamente bene quando si discorre di una nullità a tutela dell'interesse della sola parte, ma qualora entrino in gioco interessi di terzi, mi pare che la questione divenga a dir poco scivolosa.

La nullità per mancanza di forma convenzionale è poi rilevabile d'ufficio? Il rilievo d'ufficio sarebbe qui "assurdo"⁷⁸, a dimostrazione ulteriore che non si tratterebbe di nullità pura.

L'azione di nullità di cui si discorre è infine imprescrittibile, si afferma tendenzialmente.

6. Breve conclusione

Per concludere questa breve e forse non sempre ordinata riflessione, mi sembra che debba essere rimarcata l'esigenza di riflettere sui motivi che hanno indotto le parti, come accennavo sopra, a disattendere il patto sulla forma. Se si "sgancia" la forma convenzionale dalla forma legale, allora la discussione dovrebbe anche inerire alla disponibilità in capo alle parti di dedurre all'interno della loro autonomia privata il regime di invalidità da collegare all'inadempimento del patto sulla forma, oppure all'opposto addirittura

rente nel novellato regime francese della doppia alienazione immobiliare. Quali motivi di riflessione per il diritto italiano?, in *AdC* 2017, p. 88 ss.

⁷⁶ A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., p. 329; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, cit., p. 289.

⁷⁷ R. FAVALE, *Forme convenzionali e mutuo dissenso*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 341.

⁷⁸ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 146.

di escludere del tutto la reazione in termini di invalidità individuando differenti meccanismi di tutela. In assenza di interessi tutelabili di soggetti terzi, alcun problema vi sarebbe addirittura a sostenere forse che la contrattazione in sé, pur in violazione del patto sulla forma, sia indice inequivoco della volontà di “farsi beffe” del precedente accordo⁷⁹. Si tratta allora di individuare il corretto punto di bilanciamento al fine di dare assetto a interessi diversi⁸⁰.

⁷⁹L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit.

⁸⁰Se alcuni passaggi dello scritto sono stati quasi “inventivi”, me ne scuso, ma il diritto è necessariamente il risultato di un’invenzione (P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2017, spec. p. 114 ss.).