LE VARIE FUNZIONI DELLA FORMA NEL DIRITTO PRIVATO

Francesco Camilletti

Il concetto di forma[1] esprime le modalità attraverso cui l'atto umano deve esteriorizzarsi onde poter acquistare rilevanza giuridica, essendo evidente che qualunque determinazione che rimane nella sfera giuridica interna di un soggetto, senza essere manifestata all'esterno, è inidonea a produrre conseguenze giuridiche[2].

Nel nostro sistema giuridico vige, in materia contrattuale, il principio della libertà di forma[3], così che, in linea generale, le parti possono decidere liberamente il modo di esteriorizzazione della loro volontà; perché il contratto sia valido ed efficace è sufficiente che il consenso dei paciscenti sia legittimamente manifestato, rimanendo invece irrilevante il modo o la forma della sua manifestazione[4].

Il principio della libertà di forma sembra quindi rappresentare anch'esso un ulteriore strumento per l'attuazione dell'autonomia contrattuale, essendo le parti libere di scegliere il modo attraverso cui esteriorizzare la loro volontà contrattuale[5].

Il principio della libertà[6] di forma risponde, in una economia moderna, ad una esigenza di circolazione quanto più rapida possibile dei beni e della ricchezza che trova nel contratto lo strumento attraverso cui attuarsi, con la conseguenza che, quanto più veloce è il modo di attuazione dell'accordo negoziale, tanto più veloce è la circolazione dei beni. Ed è in quest'ottica che i vincoli di forma, rallentando la formazione del contratto, costituiscono un freno alla rapidità degli scambi economici[7].

In deroga a questo principio generale, il legislatore ha previsto una serie di contratti e di atti (art. 1350 cod. civ.), per la cui validità è richiesta una determinata forma. E' questa la categoria dei contratti formali, nei quali la rilevanza della forma è tale da farla assurgere a requisito essenziale (art. 1325, n. 4, cod. civ.), la cui mancanza, com'è noto, ne determina la nullità ex art. 1418, 2° comma, cod. civ.[8] Nei contratti in cui la forma è prevista *ad substantiam* diventa quindi difficile mantenere la dicotomia in base alla quale l'essenza del negozio sarebbe la volontà, mentre la forma costituirebbe solo lo strumento della sua esteriorizzazione. Infatti se la

forma è requisito essenziale del contratto, ne costituisce anche elemento sostanziale in quanto la sua assenza, al pari di quella della volontà, preclude la sua valida conclusione ed il verificarsi dei suoi effetti. Da ciò consegue che la forma, quale requisito necessario dell'atto, attiene alla sua fase genetica[9] e deve sussistere nel momento in cui questo viene ad esistenza e non può essere sostituita da successive dichiarazioni confessorie, sia pure rese nella stessa forma prescritta per l'atto, in quanto ciò finirebbe per costituire una sorta di convalida del negozio nullo per difetto di un suo elemento essenziale[10].

Nel nostro ordinamento, l'onere della forma, nella veste della semplice scrittura privata (vi sono poi negozi che richiedono l'atto pubblico quali la donazione, l'atto costitutivo di società per azioni, le convenzioni matrimoniali; si parla in tal caso di negozi "solenni"), è richiesto essenzialmente per i contratti "immobiliari" (nn. 1-12 art. 1350 cod. civ.), anche se il legislatore ha disposto una clausola di rinvio (n. 13 art. 1350 cod. civ.) ad altre possibili ipotesi specificamente previste dalla legge. Coerentemente con la *regola juris* generale, il legislatore ha anche stabilito che contratti o atti che hanno funzione strumentale rispetto ad altri contratti devono rivestire la stessa forma di questi ultimi: così, ad esempio, il preliminare deve essere concluso nella stessa forma del definitivo (art. 1351 cod. civ.) e la procura deve essere rilasciata nella stessa forma del contratto da concludere (art. 1392 cod. civ.), così come la ratifica (art. 1399, 1° comma, cod. civ.)[11].

La ragione di politica legislativa, per cui è stato previsto il requisito della forma scritta principalmente nei contratti "immobiliari", è da individuare nell'esigenza che le parti siano stimolate a ponderare sulla rilevanza patrimoniale del contratto che vogliono concludere e siano quindi ben consapevoli delle conseguenze patrimoniali che esso comporta[12]. L'obbligo di forma costituisce quindi uno strumento di tutela delle parti[13], che, all'epoca della redazione del codice, era particolarmente avvertito con riguardo agli atti di disposizione immobiliare, in quanto erano proprio i beni immobili quelli che rivestivano maggiore rilevanza nei patrimoni privati.

Ora, questa esigenza sembra essersi parzialmente modificata sia per la importanza patrimoniale che hanno assunto i "valori mobiliari", sia perché l'elevarsi della cultura sociale ha diminuito la sacralità dello scritto come strumento di riflessione e di vincolatività degli impegni assunti.

Conseguentemente, come è stato evidenziato in dottrina[14], la rilevanza della forma, in una economia in cui le regole sembrano essere dettate da un contraente "forte", va nel senso di tutelare il contraente così detto "debole". La funzione della forma si sostanzia quindi in una serie di informazioni[15] che permettono al contraente di conoscere al momento della stipulazione del contratto le conseguenze cui va incontro, senza dover subire le determinazioni della parte

economicamente più forte. La funzione moderna della forma può essere quindi individuata nella necessità di rendere quanto più trasparenti possibile i rapporti contrattuali. Ed in questa direzione sembrano muoversi i più recenti interventi legislativi: si pensi, ad esempio, all'obbligo del prospetto informativo nella vendita di valori mobiliari, o alla funzione "informativa" della forma nella legge sulla sub fornitura (art. 2 L. 192/98) o all'art. 1469 *quater* cod. civ. che impone l'obbligo di chiarezza e comprensione per le clausole scritte nei contratti con i consumatori[16]. Sembra chiara, almeno a chi scrive, una certa correlazione concettuale fra questa funzione della forma e la buona fede[17], per essere entrambe volte alla attuazione di un programma contrattuale chiaro e quanto più possibile scevro da ambiguità.

Tornando ad una trattazione più specifica della forma, appare opportuno stabilire quando, nel caso di forma *ad substantiam*, l'obbligo possa considerarsi correttamente adempiuto.

Sotto il profilo della corretta estrinsecazione della volontà contrattuale, si è osservato come il requisito della forma scritta *ad substantiam* non richiede necessariamente l'espressione della volontà delle parti con la sottoscrizione di un documento cartolarmente unico[18], dovendosi ritenere che il precetto legislativo sia osservato anche quando la seconda sottoscrizione sia contenuta in un documento separato, purché sia inscindibilmente collegato al primo, perché anche in questo caso lo scambio dei consensi risulta pur sempre per iscritto.

Quanto invece al rapporto tra forma e contenuto del contratto, si è posto il problema[19] se l'onere della forma debba riguardare tutte le clausole contrattuali o solo quelle considerate essenziali.

Secondo parte della dottrina, poiché anche le clausole accessorie fanno parte del contratto e rilevano ai fini della sua esecuzione ed interpretazione, l'onere della forma investe la scheda contrattuale nella sua interezza[20].

Secondo altra parte della dottrina[21] e della giurisprudenza,[22] invece, le clausole non essenziali sono sottratte dall'onere formale in quanto solo quelle che realizzano gli effetti per cui il legislatore ha imposto la forma, sono gravate dal relativo onere.

E' indubbio che la prima teoria ha il pregio di venire incontro ad esigenze pratiche, ma la seconda sembra maggiormente conforme al principio generale sulla libertà di forma.

E' forse inutile aggiungere che il requisito della forma è rispettato solo se la scheda contrattuale contiene la sottoscrizione dei paciscenti. In un solo caso la mancanza di sottoscrizione è sanata, *ex tunc*, e cioè allorché il documento contrattuale, sottoscritto solo da una parte, venga prodotto in giudizio[23] da chi non l'ha sottoscritto, al fine di invocarne l'adempimento, perché la produzione in giudizio a tal fine equivale ad averlo sottoscritto,

essendo espresso in modo inequivoco l'intento di volersi avvalere del negozio documentato in modo incompleto.

Come si è già visto, le norme che impongono una forma determinata costituiscono un principio eccezionale derogatorio di quello generale della libertà di forma. E dalla natura eccezionale del principio consegue che esso è insuscettibile di applicazione analogica per effetto del disposto dell'art. 14 preleggi[24]; il che ha fatto sorgere il problema della forma che deve rivestire l'accordo risolutorio di un contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale su un bene immobile.

Ma in proposito la giurisprudenza di legittimità ha mostrato di non avere dubbi, affermando, a mio avviso correttamente, che l'accordo risolutorio, realizzando, sia pure a senso inverso, gli stessi effetti traslativi del contratto risolto, deve necessariamente rivestire la stessa forma prevista per quest'ultimo[25].

Incertezze esistono, invece, a proposito della risoluzione consensuale di un preliminare con cui la parte si impegnava a stipulare un contratto definitivo per il quale è prevista la forma scritta a pena di nullità[26].

In proposito un primo orientamento giurisprudenziale[27] e dottrinale esige anche in tale ipotesi la forma scritta basandosi sulla considerazione che, se la *ratio* dell'assoggettamento del preliminare alla forma scritta è da ravvisarsi nel fatto che esso va ad incidere sui diritti reali, anche se in via mediata attraverso l'assunzione di un obbligo, altrettanto deve valere per il contratto risolutorio del preliminare stesso[28]. L'altro orientamento[29], di segno opposto, invece, propende per la libertà di forma, richiamando il principio che la necessità dell'atto scritto costituisce una deroga al principio generale della libertà di forma[30], per cui non può essere esteso ad ipotesi non previste dalla legge, che richiede l'atto scritto (art. 1351 cod. civ.) solo per il preliminare che obblighi a stipulare i contratti previsti dall'art. 1350; consegue che l'accordo risolutorio del preliminare sfugge alla necessità della forma scritta per ricondursi nella disciplina del principio generale che prevede la libertà di forma.

E' difficile poter propendere per l'una o per l'altra tesi; opterei per la seconda perché il ragionamento che la sostiene è ancorato a solide basi legislative (l'art. 14 delle preleggi) che vietano il ricorso alla analogia[31].

Ma nel nostro ordinamento la forma può assumere rilevanza anche sotto un diverso ulteriore profilo: vi sono infatti ipotesi per le quali la forma è richiesta a fini probatori (così detta forma *ad probationem*)[32]. In questi casi la forma non è un elemento costitutivo del contratto, ma un onere necessario per provare la sua avvenuta stipulazione. E ciò costituisce una notevole

restrizione per la parte che in giudizio dovrà provare l'esistenza del titolo. Com'è noto[33] infatti, quando il legislatore stabilisce che un determinato contratto deve essere provato per iscritto, alla parte, che ne invoca in giudizio l'esistenza, sarà preclusa la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale e per presunzioni (art. 2725, 1° comma, cod. civ.), potendo solo utilizzare gli strumenti probatori del giuramento (art. 2739 cod. civ.) e della confessione giudiziale o stragiudiziale (artt. 2733 e 2735 cod. civ.).

In ambito processuale il discorso va allargato all'ipotesi, non infrequente nella prassi giudiziaria, della mancata contestazione in giudizio da parte del convenuto dei fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda. In particolare qualora la parte convenuta in giudizio, non contesti l'esistenza del titolo, deve ritenersi per ciò stesso provata la sua avvenuta stipulazione, oppure la forma *ad probationem* non ammette equipollenti e quindi la parte che intende azionare il contratto può provare il fatto costitutivo del suo diritto solo producendo in giudizio la scrittura *inter partes* o utilizzando la confessione o il giuramento? Sotto la vigenza del vecchio codice di rito la giurisprudenza[34] si era espressa in quest'ultimo senso, ritenendo che il divieto all'utilizzo delle presunzioni impedisse al giudice di desumere l'avvenuta stipulazione del contratto anche in caso di mancata contestazione al riguardo, in quanto il ragionamento logico – giuridico, per cui dalla mancata contestazione di un fatto si ricava la prova della sua esistenza, si basa pur sempre su una *presumptio hominis* fondata sull'*id quod plerumque accidit*[35] (giudizio ipotetico probabilistico di normalità).

La riforma del codice di procedura civile, riformulando l'art. 167 (e introducendo l'art. 186 bis), ha, però, imposto al convenuto l'obbligo di prendere specifica posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda. Dalla mancata osservanza di tale obbligo è stato tratto il corollario per il quale tutto ciò che non viene contestato deve ritenersi "oggettivamente" provato, con preclusione per il giudice di ogni indagine probatoria sulla sussistenza o meno del fatto allegato dall'attore a sostegno della propria domanda. Ed in tal senso è orientata la più recente giurisprudenza la quale ha correttamente rilevato che, la nuova disciplina, proprio perché pone a carico del convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto dedotto dall'attore, attribuisce alla mancata contestazione di quei fatti effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da ogni controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti[36].

Consegue che, in siffatta ipotesi, il problema concernete la prova scritta del contratto diventa estraneo al *thema cognendum*, non potendo più formare oggetto di indagine da parte del giudice.

Va poi osservato che la necessità della forma *ad probationem* non esclude che dell'avvenuta conclusione del contratto si possa fornire la prova mediante un successivo documento ricognitivo, come ad esempio la confessione[37]. Di talché sembra potersi affermare che mentre la forma *ad substantiam* deve necessariamente sussistere *ab initio* del rapporto contrattuale, cioè sin dal momento della sua stipulazione, la forma *ad probationem* può anche intervenire in un momento successivo, atteso che comunque il contratto all'atto della sua stipulazione possiede tutti i requisiti di validità.

In dottrina[38] si è in passato, spesso, contrapposto la forma *ad substantiam* a quella *ad probationem* sotto il profilo della loro natura giuridica. Mentre infatti la prima, attenendo alla validità degli atti, avrebbe natura sostanziale, la seconda avrebbe meramente natura processuale in quanto precluderebbe solo di avvalersi nel processo di determinati strumenti probatori.

Senonché in proposito si è osservato[39] che la prova, avendo la funzione di tutelare il diritto prima che insorga la sua patologia e diventi oggetto di un contenzioso giudiziario, allorché sia possibile offrirla coi soli mezzi della confessione, cui nessuno può essere obbligato, e del giuramento, che è deferibile solo in giudizio, si ritorce in buona sostanza sulla effettiva esistenza del diritto stesso, che si connoterà di tanta maggior certezza quanto minori saranno gli strumenti probatori per poterlo mettere in discussione.

Comunque, anche se le due fattispecie operano su due piani diversi, quel che si può sicuramente sostenere è che la funzione della forma, sia essa *ad substantiam* o *ad probationem*, è quella di attribuire "certezza" al contratto, fatto questo che sembra avvicinare piuttosto che contrapporre le due figure giuridiche.

Inoltre la forma può anche essere convenzionale (art. 1352 cod. civ.)[40]; nel senso che le parti possono pattiziamente stabilire l'uso di una determinata forma per la futura conclusione di un contratto.

In questo caso il patto sulla forma, secondo l'opinione corrente in dottrina[41], ha funzione normativa, regolamentando le modalità di estrinsecazione della volontà delle parti in un successivo contratto. La funzione, che nella prassi svolge tale accordo, è evidentemente quella di rispondere ad una esigenza di certezza delle parti nella regolamentazione della loro futura attività negoziale[42].

L'art. 1352 cod. civ. stabilisce che se le parti hanno convenuto l'uso di una determinata forma, si presume che questa sia voluta *ad substantiam*.

La norma sembra quindi aver previsto una presunzione *iuris tantum*, superabile mediante la dimostrazione che la forma pattuita fu voluta dalle parti solo *ad probationem*[43].

In realtà, come è stato evidenziato in dottrina, la norma non sembra tanto stabilire una presunzione in senso proprio, quanto piuttosto porre una regola interpretativa che si potrebbe definire oggettiva[44]: se l'interpretazione del patto, condotta secondo le regole ermeneutiche stabilite dagli artt. 1362 e segg. cod. civ. non conduce a conclusioni diverse, prevale il criterio interpretativo oggettivo che vuole che il patto sulla forma degli atti sia voluto *ad substantiam*.

Ci si è chiesti in dottrina quale sia la sanzione che l'ordinamento commina al contratto, qualora le parti abbiano stabilito una forma convenzionale *ad substantiam*, e tale forma non venga utilizzata nella stipulazione del futuro contratto.

In proposito si sottolinea come si sia da alcuni sostenuta la nullità del contratto ex art. 1462, 2° comma, cod. civ., per mancanza di uno dei suoi requisiti essenziali, in quanto, ai fini della nullità per mancanza del requisito della forma, non viene fatta alcuna distinzione fra la forma imposta dalla legge e quella convenuta dalle parti. Vi è quindi una totale parificazione quanto agli effetti fra forma legale e convenzionale[45].

Tale ricostruzione in termini di nullità è stata però recentemente criticata. Si è infatti osservato che la forma convenzionale costituisce un requisito volontario, cioè un requisito formale voluto dai paciscenti per la regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali. E quale requisito voluto dalle parti, e non dalla legge, la forma volontaria viene ad assurgere ad elemento condizionante l'efficacia del contratto, con la conseguenza che, in ordine alla produzione degli effetti contrattuali, il problema si sposta dalla nullità alla inefficacia,[46] sottolineandosi come tale categoria giuridica, di creazione non normativa, ricorre allorché il contratto manchi di un elemento, che, pur previsto dalle parti, non rientri tra quelli essenziali (art. 1325 cod. civ.); cosicché, a differenza della nullità, il concetto di inefficacia esprime sempre una improduttività degli effetti contrattuali temporanea, ben potendo le parti "recuperare" la vincolatività del contratto stesso integrandolo con l'elemento estraneo alla sua struttura essenziale (e come tale non necessario altrimenti l'accordo sarebbe sanzionato dalla nullità) *ab origine* mancante.

La mancanza della forma pattizia pertanto, in quanto elemento non essenziale alla struttura del contratto, non ne determinerebbe la nullità, ma soltanto la sua inefficacia. Peraltro, come è stato osservato, ricostruire la fattispecie in termini di efficacia permette di spiegare come le parti, o la parte interessata, possano rinunziarvi e quindi recuperare al contratto la sua efficacia[47]; facoltà che sarebbe loro preclusa se il contratto fosse nullo.

Occorre poi osservare come nel nostro ordinamento la forma possa assumere rilevanza in sede interpretativa. Infatti a norma dell'art. 1362 cod. civ., l'attività interpretativa deve

coinvolgere anche il senso letterale delle clausole; ed è ovvio che, in caso di contratto scritto, tale attività ermeneutica risulterà di più facile attuazione.

Infine occorre fare un cenno come la forma rilevi anche ai fini della opponibilità ai terzi e della risoluzione dei conflitti negli acquisti dei beni soggetti a trascrizione, fra più acquirenti dal medesimo dante causa di determinati diritti. E' questa una funzione mediata della forma in quanto, com'è noto, viene realizzata tramite la trascrizione, che ha però quale presupposto necessario che l'atto trascritto rivesta la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico.

Note

[1] Sul concetto di forma nel diritto privato, nella vasta letteratura in materia e senza presunzione di completezza, si veda: GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. Priv.)*, in Enc. Dir., XVII, Milano, 1969, p. 989 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario del cod. civ., a cura di Scialoja – Branca, sub art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, 1, Obbligazioni in generale. Il contratto in generale, Padova, 1990, p. 201 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 1993, p. 279 ss.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, Milano, 1973, p. 143 ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, p. 107 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, p. 334 ss.; SACCO, *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II, Obbligazioni e contratti, Torino, 1988, p. 217 ss.; SANTORO – PASSARELLI, *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 134 ss.; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in Digesto delle discipline privatistiche, IV, Torino, 1992, p. 442 ss.

[2] GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 989, evidenzia come <<la moderna dottrina italiana adopera spesso il termine forma per indicare le modalità attraverso le quali l'atto umano deve necessariamente esteriorizzarsi al fine di acquistare giuridica rilevanza. Viene in tal modo ad assegnarsi al vocabolo (forma n.d.r.) un significato più dilatato rispetto a quello tradizionale, connesso alla nozione dei negozi "formali" o "solenni">>.

In proposito si veda anche MESSINEO, *Op. cit.*, p. 143, secondo cui <<la forma è il necessario strumento tecnico-giuridico, per il tramite del quale, la volontà delle parti si estrinseca e si esprime e il contratto viene ad esistenza: il contesto ne diviene conoscibile anche per i terzi, ai vari effetti, per i quali essi possono aver interesse (pur eventualmente negativo: art. 1372 capov. c.c.) al contratto. Tale esistenza del contratto sta nella sua manifestazione, o rivelazione all'esterno; la quale si concreta in una o più dichiarazioni (delle parti), o, se si vuole (materializzando i termini del discorso), nel complesso delle clausole, delle quali il contratto consta>>.

[3] Sul principio di libertà di forma si veda: GALGANO, *Op. cit.*, p. 201 per il quale <<Principio generale del moderno sistema dei contratti è quello della libertà delle forme, in antitesi con il formalismo che aveva caratterizzato il contratto in epoca anteriore alle codificazioni moderne. I contratti possono, per regola generale, risultare da dichiarazioni espresse o essere, invece, contratti taciti; e i contratti espressi possono, a loro volta, essere contratti orali (o verbali), oppure contratti scritti. E' sufficiente, perché il contratto sia valido e produttivo di effetti, che la volontà delle parti sia manifestata, qualunque sia il modo della sua manifestazione>>.

In senso analogo si esprime anche BIANCA, O*p. cit.*, p. 279, <<In tema di contratti e di negozi in genere vige il principio della libertà di forma nel senso che di regola il consenso delle parti può essere manifestato con qualsiasi mezzo idoneo. Ciò che importa è che il consenso sia esternato in un fatto socialmente valutabile come accordo>>.

La questione è trattata anche, tra gli altri, da DE CUPIS, *Sul contestato principio della libertà nelle forme*, in Riv. dir. civ., 1986, II, p. 203 ss. e da GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, in Rass. dir. civ., 1986, p. 49 ss.; nonché, in senso critico, da IRTI, *Idola libertatis (tre esercizi sul formalismo giuridico)*, Milano, 1985, ove l'illustre autore sottolinea la progressiva espansione del formalismo negoziale con contestuale erosione del principio di libertà della forma.

In giurisprudenza si veda: Cass., 19 maggio 2003, n. 7768, in *Giust. civ. mass.*, 2003; Cass., 6 giugno 1988, n. 3816, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2919 ss.; Cass., 20 maggio 1991, n. 5684, in *Giust. civ. mass.*, 1991.

[4] Così BIANCA, O*p. loc. ult. cit.*

[5] CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 20.

[6] Sulla funzione della forma nel nostro ordinamento si veda: ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in Contratto e impresa, 2001, p. 135 ss.; GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 990; GALGANO, *Op. cit.*, p. 205.

[7] Così GALGANO, *Op. loc. ult. cit.*, ove si legge <<Il principio generale della libertà delle forme asseconda esigenze di massima circolazione e di massima produzione della ricchezza. Il favore legislativo è per la conclusione, e non per la mancata conclusione, degli affari; ed è per la rapidità delle contrattazioni. La legge vuole che i beni circolino e che le obbligazioni sorgano: quanto più e quanto

più rapidamente la ricchezza circola, e quante più prestazioni vengono eseguite, tanto maggiore è il contributo che ne deriva allo sviluppo economico complessivo, alla prosperità generale. La forma scritta e, ancor più, la forma solenne costituiscono, invece, un intralcio alla conclusione del contratto e un freno che rallenta la rapidità delle contrattazioni>>.

[8] Il principio è assolutamente pacifico: si veda a titolo esemplificativo Cass., 29 dicembre 1999, in *Giust. civ. mass*., 1999; Cass., 9 febbraio 1980, n. 9109, in *Foro. it.*, 1981, I, c. 503 ss.

[9] Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., 28 maggio 1997, n. 4709, in *Giust. civ. mass.*, 1997; Cass., 27 marzo 1996, n. 2712, in *Giust. civ. mass.*, 1996) <<a costituire l'atto richiesto *ad substantiam* per la validità di un contratto non vale un documento che si limiti a richiamare, dandone per avvenuta la conclusione e presupponendone l'esistenza, un pregresso accordo verbale tra le parti, ma occorre, invece, che risulti dal documento stesso la manifestazione specifica della volontà di concludere il contratto, ossia l'esistenza dell'*animus obligandi*, non bastando che si sia inteso semplicemente riconoscere il fatto storico di quell'accordo verbale>>.

[10] In proposito di veda: Cass., 28 maggio 1997, n. 4709, *cit*. secondo cui <<Il principio che per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà immobiliare è richiesta la forma scritta *ad substantiam* importa che l'atto scritto costituisca lo strumento necessario ed insostituibile per la valida manifestazione della volontà produttiva degli effetti del negozio: pertanto, la manifestazione scritta della volontà di uno dei contraenti –la quale concorre alla formazione del negozio con efficacia pari alla volontà dell'altro- non può essere sostituita da *una dichiarazione confessoria* (il corsivo è mio) dell'altra parte, la quale non può essere utilizzata né come elemento integrante il contratto né (quand'anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto) come prova di questo, quando sia per esso richiesta la prova scritta *ad substantiam*>>.
Nonché, in dottrina, MESSINEO, *Op. cit.*, p. 145, per il quale <<l'impiego della scrittura deve essere coeva al perfezionarsi del contratto>> e GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 993 che rileva come la forma <<quale requisito dell'atto deve sussistere al momento in cui questo è posto in essere, né può essere perciò surrogata da posteriori dichiarazioni ricognitive, sia pure aventi la forma prescritta per l'atto>>.

[11] La giurisprudenza, Cass., 30 gennaio 1995, n, 1086, in *Giust. civ. mass.*, 1995, per evidente identità di *ratio*, ha esteso il principio al di là delle fattispecie legali, statuendo che <<In tema di negozio fiduciario, relativo a beni immobili, la designazione da parte del fiduciante della persona a favore della quale deve essere ritrasferito il bene, in virtù dell'obbligo assunto dal fiduciario di modificare la situazione giuridica a lui facente capo, deve rivestire *ad substantiam* la forma scritta (artt. 1350, n. 1 e 1351 c.c.) non bastando a tal fine la prova presuntiva. Tale designazione, pur non richiedendo l'uso di formule sacramentali, deve risultare chiaramente dalla scrittura documentale>>.

[12] BIANCA, *Op. cit*., p. 284, individua la *ratio* della prescrizione della forma quale elemento costitutivo del contratto principalmente nella esigenza della responsabilizzazione del consenso.

[13] Per MESSINEO, *Op. cit.*, p. 145, l'imposizione del vincolo formale è un mezzo indiretto di tutela delle parti, contro la loro propria eventuale leggerezza.

[14] Sulla "nuova" funzione che la forma sembra aver assunto nel diritto moderno si veda l'approfondito saggio di ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in Contratto e impresa, 2001, p. 134 ss., ove ulteriori richiami in dottrina.

[15] Per ANDRINI, *Op. cit.*, p. 156, <<l'informazione è divenuta infatti il simbolo emblematico della nostra cultura, fino al punto che, per designare l'ambito della nostra convivenza, ci si riferisce reiteratamente per designarne la tipologia, alla società della informazione e per designarne la tecnologia alla società informatizzata>>.

[16] Art. 2 Legge 192/98:

1) Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto.
2) Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera

concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile.

3) Nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste al comma 1 e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1.
4) Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto.
5) Nel contratto di subfornitura devono essere specificati:
    a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia;
    b) il prezzo pattuito;
    c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

Art. 1469 *quater* cod. civ.:

"Nel caso di contratti in cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.

In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

La disposizione di cui al secondo comma non si applica nei casi di cui all'art. 1469 *sexies*."

[17] Sull'obbligo di correttezza e buona fede si veda in dottrina: RICCIO, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 939 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in Contratto e impresa, 1986, p. 501 ss; MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 135 ss.; D'AMICO, *<<Regole di validità>> e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 99 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale*, in I Grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, diretta da Galgano, Padova , 1988, p. 94 ss.; GALGANO, *Op. cit.*, p. 550; NANNI, *La clausola generale di buone fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, in Le monografie di contratto e impresa, Padova, 1998, p. 334.
In giurisprudenza si veda invece: Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giust. civ.*, 1985. I, p. 84 ss.; Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Giust. civ. mass.*, 1994.

[18] In dottrina si veda GALGANO, *Op. cit.*, p. 207: <<La forma scritta non postula l'unicità del documento contrattuale: proposta e accettazione possono risultare da uno scambio di lettere, e persino dalla matrice di un libretto di assegni in collegamento con l'assegno staccato da essa; d'altronde la stessa forma solenne può scomporsi in una pluralità di atti pubblici, che separatamente raccolgono la proposta e l'accettazione>>. In senso analogo si esprime la giurisprudenza, Cass., 11 maggio 1983, n. 3262, in *Giust. civ. mass.*, 1983, per la quale <<il requisito della forma scritta *ad substantiam* non richiede necessariamente l'espressione della volontà delle parti con la sottoscrizione di un documento cartolare unico sicché il documento, contenente tutti gli estremi del contratto, e sottoscritto da una delle parti, rechi anche la sottoscrizione dell'altra, ma deve ritenersi osservato anche quando tale seconda sottoscrizione sia contenuta in un documento separato, se inscindibilmente collegato al primo sì da evidenziare inequivocamente l'incontro dei consensi nella suddetta forma>>.

[19] Per una visione d'insieme della questione in oggetto si veda: BIANCA, *Op. cit.*, p. 289; GALGANO, *Op. cit.*, p. 209; SCOGNAMIGLIO, *Op. cit.*, p. 411; GENNARI, *L'estensione del requisito di forma nel contratto di compra vendita immobiliare*, in Riv. dir priv., 1998, p. 148 ss.

[20] GALGANO, *Op. loc. ult. cit.*, sottolinea essere necessario che il requisito della forma investa l'intero contratto senza possibilità di distinguere tra clausole essenziali e clausole non essenziali.

[21] Si veda BIANCA, *Op. loc. ult. cit.*

[22] Cass., 13 ottobre 1982, n. 5290, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 24 giugno 1982, n. 3839, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 553, per le quali l'obbligo della forma scritta non si estende alle clausole non essenziali del contratto.

[23] In dottrina si veda CATAUDELLA, *Forma scritta e produzione in giudizio del contratto*, in Giur. lav., 2000, p. 250 ss.

In giurisprudenza si veda: Cass., 26 marzo 1979, n. 1762, in *Giust. civ. mass.*, 1979; Cass., 7 luglio 1988, n. 4471, in *Giust. civ. mass.* 1988; Cass., 7 agosto 1992, n. 9374, in *Giust. civ. mass.*, 1992, per la quale <<Il principio, secondo cui la produzione in giudizio della scrittura privata contenente un contratto per il quale la forma sia richiesta *ad substantiam* da parte di chi non l'ha sottoscritta, sopperisce a detta carenza, non soffre deroga per il fatto che la nullità del negozio sia stata dedotta dalla controparte prima della produzione, giacché mediante tale attività processuale si determina l'incontro delle volontà dei contraenti nella forma prescritta>>.

[24] GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 1004, sottolinea come <<la considerazione della natura eccezionale delle norme (sulla forma *ad substantiam*, n.d.r.) dovrebbe vietare non solo il ricorso all'analogia, ma anche all'interpretazione estensiva, che costituisce -qui come, purtroppo, anche in altri casi- un comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel.>>

[25] In tal senso Cass., 15 maggio 1998, n. 4906, in *Giust. civ. mass.*, 1998; Cass., 7 marzo 1997, n. 2040, in *Giust. civ. mass.*, 1997; Cass., 8 marzo 1992, n. 2772, in *Giust. civ. mass.*, 1992.

[26] Per un'approfondita analisi del problema si veda: CASALI, *La forma del negozio risolutorio di preliminare avente ad oggetto beni immobili*, in Immobili e proprietà, 2003, p. 373 ss.; PARENTE, *Il regime formale del negozio risolutorio di preliminare di compravendita immobiliare*, in Foro it., 1988, I, c. 2919 ss.; VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; GRADASSI, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare*, in Notariato, 1997, p. 517 ss.; PLAIA, *Il contratto risolutorio del preliminare formale*, in Contratto e impresa, 1996, p. 973 ss.

[27] Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ. mass.*, 2002; Cass., 14 novembre 2000, n. 14730, in *I contratti*, 2001, p. 221 ss.; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10328, in *Riv. Not.*, 1999, p. 723 ss.

[28] Per Cass., 19 ottobre 1998, *cit.*, <<La risoluzione consensuale di un contratto, riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo e, quindi, il contratto risolutorio rientri nella espressa previsione ex art. 1350 c.c., ma anche quando detto contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificatrice dell'assoggettamento del preliminare all'indicata forma, ai sensi dell'art. 1351 c.c., da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega su diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni, si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso, con la conseguenza che, anche rispetto ad esso, non è ammissibile la prova testimoniale>>.

[29] Cass., 20 maggio 1991, n. 5684, in *Giust. civ. mass.*, 1991; Cass., 6 giugno 1988, n. 3816, in *Foro it.*, I, c. 2919 ss.; Cass., 16 dicembre 1986, n. 7551, in *Giust. civ. mass.*, 1986.

[30] Cass., 6 giugno 1988, *cit.*, esprime chiaramente questo principio affermando che <<al negozio risolutorio per mutuo consenso di contratto preliminare di compravendita si applica il principio della libertà di forma nella manifestazione della volontà negoziale>>.

[31] In argomento si rinvia a quanto perspicuamente esposto da GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 1004 e BIANCA, *Op. cit.*, p. 282. Occorre però doverosamente precisare come l'orientamento giurisprudenziale più recente (si vedano le sentenze citate alla nota 27) sembra andare di contrario avviso richiedendo la forma scritta anche per l'accordo risolutorio del preliminare formale.

[32] Sulla forma *ad probationem* si veda: GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 992

[33] Sulla funzione e sulle limitazioni che la forma *ad probationem* pone si veda, per tutti, GALGANO, *Op. cit.*, p. 210.

[34] Secondo Cass., 14 gennaio 1981, n. 326, in *Giust. civ. mass.*, 1981, <<Ai sensi degli artt. 2725 e 2729 cod. civ., quando per un negozio giuridico è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, non è ammessa la prova orale o presuntiva, salvo il caso della perdita incolpevole del documento, e, pertanto, se non risulta la ricorrenza di tali ipotesi, non è consentito al giudice di desumere l'esistenza del negozio dalla mancata contestazione al riguardo>>.

[35] Cass., 26 marzo 2003, n. 4472, in *Giust. civ. mass.*, 2003, evidenzia come <<la presunzione semplice costituisce un procedimento logico in base al quale il giudice desume l'esistenza di un fatto ignoto dalla esistenza di fatti noti nel presupposto di una regolarità nella successione dei fatti appartenenti alla medesima serie e tipo>>. Si veda anche Cass., 14 settembre 1999, n. 9782, in *Giust. civ. mass.*, 1999,

per la quale <<perché possa ritenersi correttamente desunta una presunzione semplice è sufficiente che i fatti sui quali essa si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza del fatto noto, già accertato in giudizio, alla stregua dei canoni di ragionevole probabilità, dovendosi cioè ravvisare una connessione tra la verificazione del fatto già accertato e quella del fatto ancora ignoto secondo regole di esperienza che convincano il giudice circa la probabilità e verosimiglianza della verificazione del secondo quale conseguenza del primo>>.

[36] Così Cass., 25 maggio 2004, n. 10031, in *Giust. civ. mass.*, 2004; Cass., 8 aprile 2004, n. 6936, in *Giust. civ. mass.*, 2004; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 1, c. 2019 ss.
In senso analogo si esprime anche Cass., 6 febbraio 2004, n. 2299, in *Giust. civ. mass.*, 2004 ove si legge: <<La mancata specifica contestazione di un fatto costitutivo del diritto dedotto da uno dei contendenti lo rende incontroverso e non più bisognoso di prova, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua delle regole di condotta processuale di cui all'art. 167, comma 1, c.p.c., che impone al convenuto di prendere posizione in comparsa di risposta sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti>>.

[37] Secondo Cass., 12 agosto 1992, n. 9525, in *Giust. civ. mass.*, 1992, <<Qualora la forma scritta sia richiesta *ad probationem*, come la transazione (art. 1967 c.c.) che non riguardi gli specifici rapporti indicati dall'art. 1350, n. 12, e lo scritto sia, quindi, requisito di forma della prova, e non dell'atto, è necessario che dal documento risulti l'esistenza, e non anche il contenuto del contratto, che, a differenza delle ipotesi in cui la forma è richiesta *ad substantiam*, può essere accertato dal giudice attraverso la confessione o una quietanza contenente la indicazione della causale del versamento>>.
Nello stesso senso, Cass., 6 maggio 1996, n. 4167, in *Giur. it.*, I, 2, c. 319 ss.; Cass. 29 marzo 1993, n. 3771, in *Giust civ. mass*., 1993; Cass., 2 novembre 1992, n. 11871, in *Giust. civ. mass.*, 1992.

[38] In proposito, MESSINEO, *Op. cit.*, p. 148, osserva che <<la forma *ad probationem* è istituto di diritto processuale e, come tale, diverso dalla forma *ad substantiam*, che è di diritto sostanziale. Infatti, nel primo caso, non si tratta (come nel secondo), di onere, imposto all'autonomia delle parti, sibbene di un limite alla valutazione discrezionale del giudice, chiamato a decidere su una controversia relativa all'atto>>.

[39] Il rilievo è di SCOGNAMIGLIO, *Op. cit.*, p. 413 per il quale la forma *ad probationem* <<costituisce pur sempre un modo in cui il negozio deve essere rappresentato, onde realizzare determinati effetti giuridici. Né vale osservare che si tratta di effetti processuali, perché a ben vedere le prove riguardano innanzitutto la tutela dei diritti e dunque la sostanza dei rapporti, prima ed al di là del ricorso all'azione giudiziaria; ed in particolare l'esclusione dei comuni mezzi di prova circa l'esistenza di un atto di autonomia negoziale, limitando le possibilità del suo accertamento ai soli mezzi della confessione, che non può essere pretesa, e del giuramento, che può solo essere deferito in giudizio, si ripercuote in buona sostanza sulla stessa effettività giuridica (del negozio). Quel che si avverte, con sicura evidenza, a voler riproporre il raffronto con le ipotesi pur frequenti in cui le parti ricorrono, per ragioni e finalità non diverse, spontaneamente all'uso della forma scritta (a cui non sono tenute da alcuna regola di diritto)>>.

[40] Sulla forma convenzionale si veda: VERDICCHIO, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002; COSTANZA, *La forma tra regole di formazione e regole di adempimento,* in Giust. civ., 2000, I, p. 3199 ss.; PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352*, in Giust. civ., 1999, II, p. 175 ss.; MESSINEO, *Op. cit.*, p. 151 ss.; BIANCA, *Op. cit.*, p. 304 ss.

[41] BIANCA, O*p. cit.*, p. 304, ove ulteriori riferimenti in dottrina.

[42] MESSINEO, *Op. cit.*, p. 151, per il quale <<La ragione d'essere –e, quindi, la funzione pratica- del patto sulla forma va cercata nell'esigenza di certezza, che la forma solenne è sempre idonea ad assicurare ai contraenti; nel caso in esame, c'è di specifico che sono gli stessi contraenti a stabilire la solennità di forma, sebbene l'ordinamento giuridico non la imponga. Comunque, ne risulta un aggravamento di formalismo, e un'implicita attenuazione della libertà contrattuale>>.
In senso analogo si esprime GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 1002.

[43] MESSINEO, *Op. loc. ult. cit.*

[44] Così BIANCA, *Op. cit.*, p. 305, per il quale <<non si tratta tanto di una presunzione in senso proprio (mezzo di prova di un fatto ignoto) quanto piuttosto di una regola legale interpretativa.

Più precisamente, si tratta di una regola di interpretazione oggettiva, la quale è operante solo quando l'interpretazione soggettiva del patto non accerta una diversa volontà delle parti. Quale regola ermeneutica specifica essa prevale sulle regole generali di interpretazione oggettiva>>.
Contra, però, SCOGNAMIGLIO, *Op. cit.*, p. 451.
In giurisprudenza si veda Cass., 28 aprile 1998, n. 4347, in *Giust. civ. mass.*, 1998 ove si legge <<La presunzione prevista dall'art. 1352 cod. civ. –a norma del quale se le parti hanno convenuto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto si presume che essa sia stata voluta per la validità del contratto stesso- può essere superata soltanto nel caso in cui si pervenga, sulla base dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e segg. cod. civ., ad una interpretazione certa di segno contrario della volontà delle parti>>.

[45] In questo senso, in dottrina, MESSINEO, *Op. cit.*, p. 154, e in giurisprudenza, Cass., 9 febbraio 1980, n. 909, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2237 ss.

[46] In questi termini BIANCA, *Op. cit.*, p. 306.

[47] BIANCA, *Op. loc. ult. cit.*