

CONTRATTO (FORMA DEL)

Sommario: **I.** FORMA E CONTRATTO - **II.** ONERI SULLA FORMA – **III.** SUL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI FORMA - **IV.** NEOFORMALISMO E FORMA “INFORMATIVA”

I. FORMA E CONTRATTO – Nella dottrina tradizionale prevale la concezione che la “forma” sia il modo attraverso cui l’atto giuridico si manifesta: lo strumento di esteriorizzazione della volontà dell’agente, che invece dà contenuto all’atto. Essendone veicolo, la forma si contrappone al contenuto: all’essenza dell’atto (concezione della forma in senso lato, come manifestazione).

Studi meno risalenti hanno tuttavia ribadito le classiche insoddisfazioni suscitate da una distinzione - tra forma e contenuto - che, se asseconda le comodità classificatorie, non dà conto della necessità logica. La separazione tra sostanza e forma si riduce infatti a semplice astrazione, non dandosi fenomenologicamente alcuna sostanza se non rispetto ad atti, come tali esistenti e percepibili, e dunque formali (concezione della forma in senso lato, come atto stesso).

Nel senso lato ora descritto la forma, a seconda delle visuali, o manifesta o si identifica con l’atto, nella sua realtà di fatto storico. Come nitidamente emerge con riguardo al contratto, l’atto è o (se si preferisce) si manifesta quale comportamento materiale o dichiarazione orale o scrittura privata o operazione telematica o infine atto pubblico.

È difficile aderire all’idea di sapore metafisico della forma in senso lato come esteriorità di un atto altrimenti (e altrove) esistente; e più agevole convenire sull’idea che identifica la forma in senso lato con l’atto stesso, colto nella sua storicità di accadimento.

Apprezzato il fatto storico, resta che l’atto si estrinseca nel mondo del diritto, e non nella realtà fisica, nella quale rileva soltanto nella sua materialità di accadimento spaziotemporale. La forma in senso lato è dunque l’accadere del contratto, che prima non c’era, e che una volta accaduto entra nel passato. Cosicché giova distinguere tra atto e

“documento”: tra atto (quale accadimento) e supporto che persistentemente lo veicola. Anche per l’ovvia divaricazione dei destini: la nullità giuridica dell’atto non incide sulla materialità del supporto; la distruzione del supporto materiale non incide sull’esistenza o sulla validità giuridica dell’atto. E ancora, la redazione contestuale di più documenti identici non determina moltiplicazione del contratto, ma solo delle sue tracce storiche; la scrittura di un precedente accordo orale si inquadra nell’istituto della ripetizione del contratto.

II. ONERI SULLA FORMA – Una cosa è la forma intesa nel senso della necessità pratica per aversi, secondo le concezioni esposte, manifestazione dell’atto o l’atto stesso (forma in senso lato); altra cosa è la rilevanza giuridica di una particolare forma in cui l’atto è per scelta dell’artefice, o deve essere per imposizione legale, formato (forma in senso stretto). In particolare, non è detto che sia sufficiente una qualsiasi forma perché l’atto sia valido (anziché richiedersi una forma determinata per la validità dell’atto); nemmeno è detto che l’atto possa essere provato con “libertà” di forma (anziché richiedersi una forma determinata per la prova dell’atto).

Se la legge richiede una forma determinata per la validità del contratto (*ad substantiam*), la forma richiesta non è surrogabile da altre e costituisce elemento essenziale del contratto. La mancanza della forma legale determina la nullità del contratto per inassolvimento dell’onere sulla formazione: e dunque per incompletezza, mancando il contratto della forma legale stabilita (art. 1325, n. 4, c.c.) (v. NULLITÀ DEL CONTRATTO).

I contratti per i quali una determinata forma è stabilita a pena di nullità si dicono formali (ma meglio è dire: a forma legalmente imposta). Una elencazione è nell’art. 1350 c.c., con riguardo alla forma scritta per i contratti in cui si dispone su diritti immobiliari; una specificazione è nell’art. 1351 c.c., con riguardo alla forma del contratto preliminare di contratto legalmente formale.

La forma prescritta in generale è la scrittura privata: un documento firmato dall'autore o dagli autori dell'atto. La scrittura non costituisce piena prova della sottoscrizione, salvo che la stessa sia stata autenticata da notaio (art. 2703 c.c.) o sia stata riconosciuta dalla parte contro la quale è prodotta (art. 2702 c.c.).

Altra forma a volte prescritta (es. donazione, art. 782, comma 1, c.c.) è l'atto pubblico (contratto solenne), ossia l'atto ricevuto e redatto con le prescritte formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede (art. 2699 c.c.). Esso fa piena prova, fino a querela di falso, di tutto quanto è dichiarato nel documento.

Mentre il problema della presenza o assenza della forma in senso lato - traducendosi nel problema della realtà o della manifestazione a questo mondo del contratto - si colloca nell'ambito delle questioni sulla esistenza del contratto, invece il problema della ricorrenza della forma in senso stretto - al pari del problema sulla ricorrenza di ogni altro requisito essenziale - si colloca nell'ambito delle questioni sulla validità del contratto.

L'onere della forma può essere stabilito non per la validità ma per la prova dell'atto (*ad probationem*): così è per il contratto di cessione dell'azienda (art. 2556, comma 1, c.c.). In tali evenienze, l'inassolvimento dell'onere non determina la nullità del contratto (non essendo prescritta una forma legale quale elemento costitutivo dello stesso), ma ne rende difficoltosa la prova (per la quale si richiede la forma a tal fine imposta). La forma non rileva come requisito di struttura, ma assolve a una funzione: la prova; la quale può comunque essere fornita con mezzi diversi quali un documento ricognitivo o la confessione.

Una prescrizione formale può inoltre servire a fini diversi dalla validità e dalla prova: e così per ragioni fiscali o di pubblicità (*ad regularitatem*).

Infine, l'onere formale può essere stabilito in un patto (scritto) sulla forma da adottare per un futuro contratto. Si discorre, a riguardo, di "forma volontaria". La legge "presume" che la forma volontaria sia stabilita per la validità dell'atto (art. 1352 c.c.). Piuttosto che di

presunzione (prova logica su un fatto ignoto), si tratta di canone interpretativo oggettivo fissato dalla legge⁽¹⁾.

Circa le conseguenze dell'inassolvimento dell'onere, prevalgono in dottrina le tesi che respingono la soluzione della nullità assoluta, a vantaggio della soluzione della inefficacia, della nullità relativa o della inesistenza dell'atto.

III. SUL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI FORMA -

Per opinione diffusa, nel diritto contrattuale sarebbe rinvenibile un principio di libertà della forma. L'opinione si origina dalla concezione tradizionale della forma come exteriorità del contratto (forma in senso lato, come manifestazione). Tale concezione importa l'idea che contratti senza forma possano pur darsi ma è irrilevante che si diano (non avendo evidenza mondana). Una qualche forma è pur sempre necessaria perché possa apprezzarsi il contratto; tuttavia, la legge impone una particolare forma solo per alcune categorie di contratti: se in alcuni casi la legge richiede una determinata forma a pena di nullità, nella generalità dei casi si deve intendere che non richiede; il che è dire che nella generalità dei casi la scelta sulla forma è affidata alle parti: la forma libera è dunque regola, la forma vincolata eccezione.

Il principio di libertà della forma asseconda, peraltro, il principio della libertà contrattuale, a cui è conseguentemente ricondotto come sua manifestazione. La forma imposta è invece un limite alla libertà di contratto. Anche a tal riguardo è agevole ribadire il carattere eccezionale.

La diversa concezione della forma come requisito legale di validità del contratto (forma in senso stretto), discendente dalla concezione della forma in senso lato come indistinguibile dall'atto, impone soluzione opposta. In tale prospettiva, secondo la legge si danno sia contratti amorfi (per i quali non è prescritta una determinata forma, e tutte possono adottarsi) che contratti formali (per i quali è prescritta una determinata forma, che

(1) Cfr. Cass. 28 aprile 1998, n. 4347, la quale precisa che l'interpretazione del patto sulla forma può pure far concludere che essa sia stata richiesta ai fini della prova.

sola può adottarsi). Soltanto per i secondi la forma è requisito legale; i primi sono essenzialmente composti da accordo causa e oggetto (art. 1325 c.c.). In ciascuno dei due settori contrattuali rileva una regola precisa: rispettivamente, libertà o vincolatività della forma. Nell'ordinamento non v'è dunque un principio generale, che fissi il rapporto tra contratti amorfi e contratti formali secondo lo schema regola/eccezione.

Il principio della libertà di forma rispose bene alle esigenze del primo capitalismo: sulla copiosità celerità e sicurezza degli scambi di mercato. Il principio del formalismo risponde adeguatamente alle sopravvenute esigenze del mercato: basti pensare alla produzione di massa, che impone la contrattazione seriale e dunque, sovente, il modulo o formulario (v. CONTRATTO, (CONDIZIONI GENERALI DI)) e alle istanze di tutela dei contraenti "deboli", soverchiati dalla asimmetria informativa sull'oggetto e sulle opportunità dello scambio a cui partecipano (come nel caso dei contratti del mercato finanziario e del lavoro interinale). Negli ultimi decenni, di conseguenza, accanto al formalismo spontaneo della contrattazione d'impresa si manifesta un nuovo formalismo legale, a protezione di determinate categorie di contraenti. Esso ha abbracciato prima alcuni settori contrattuali (come i contratti bancari e finanziari), progressivamente il vasto ambito dei contratti stipulati tra professionista e consumatore (v. CLAUSOLE VESSATORIE, CODICE DEL CONSUMO) per sfociare infine nell'area dei contratti ineguali di impresa: emblematici i contratti di subfornitura (v. SUBFORNITURA).

Nel nuovo contesto accanto alla dottrina che critica l'idea del primato della forma libera, aumenta il numero di coloro che sottolineano la relatività del principio della libertà della forma, attese anche le numerose eccezioni che legalmente soffre.

Dal canto suo la giurisprudenza, mentre nelle declamazioni generali ribadisce il classico principio ⁽²⁾, esprime avviso opposto nella

⁽²⁾ Cfr., nella giurisprudenza recente, Cass. 12 febbraio 2000, n. 1576, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1539. Con riguardo al principale problema, della forma del mutuo dissenso di preliminare formale, v., per es., Cass. 8

soluzione dei problemi pratici sulla forma contrattuale: così nelle decisioni sulla forma di atti e contratti strumentali a convenzioni formali (che costantemente ritiene a forma corrispondente, e dunque vincolata) ⁽³⁾.

IV. NEOFORMALISMO E FORMA "INFORMATIVA" – Classicamente, l'onere formale risponde a una duplice esigenza: sulla responsabilizzazione del consenso e sulla certezza dell'atto. La ritualità delle dichiarazioni al pubblico ufficiale (nell'atto solenne) e – ma in misura minore - l'evidenza del regolamento scritto e da sottoscrivere (nella scrittura privata) richiamano le parti alla importanza degli impegni che si apprestano ad assumere reciprocamente e, si spera, ponderatamente. Il documento, quale veicolo dell'atto formale, per le sue caratteristiche di supporto durevole assicura poi un sufficiente grado di certezza sul fatto storico dell'atto.

Ritualità della conclusione e compilazione del documento assicurano ponderazione dell'affare e certezza dello scambio, ma nuocciono alla speditezza dell'affare e alla sicurezza dello scambio (che può essere impugnato per ragioni formali). Nel codice civile, pensato per una società ancora in parte rurale e poco industrializzata, il formalismo è confinato ai contratti in cui si dispone di diritti su beni immobili e pochi altri.

Nella società dell'informazione il possesso e la gestione di dati conoscenze cultura determinano posizioni di potere, anche contrattuale. (v. INFORMAZIONE (OBBLIGHI DI)). Il che è vero in tutti i settori di mercato,

giugno 1961, n. 1320, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 154; Cass. 13 luglio 1971, n. 2274; Cass. 19 novembre 1980, n. 459, in *Riv. not.*, 1980, p. 525; Cass. 28 maggio 1983, n. 3692; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7551; Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1183, le quali, in ossequio al principio della libertà di forma, ritengono tale contratto a forma libera.

⁽³⁾ Sempre sul caso discusso della natura formale o meno del mutuo dissenso di preliminare formale cfr., in senso affermativo, Cass. 27 aprile 1961, n. 945, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1171; Cass. 28 gennaio 1976, n. 267, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 934; Cass. 24 novembre 1983, n. 7047, in *Foro it.*, 1984, I, c. 70; Cass. Sez. Un. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 945; Cass. 29 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 709.

ma ancor più in quelli dove l'informazione costituisce strumentario essenziale per una effettiva gestione dell'affare (come è nei mercati "sofisticati"). Sicché lo squilibrio che fenomenologicamente segna i rapporti di forza tra le parti (emblematico il rapporto impresa/consumatore) molto si nutre dell'asimmetria informativa che contrappone le une alle altre.

Ai fini del riequilibrio informativo, nella copiosa legislazione recente si registra una rinascita del formalismo (in letteratura si discorre di "neoformalismo"), manifestantesi in ripetute previsioni di forma legale imposta agli attori del traffico giuridico, specialmente sui nuovi beni (come i prodotti finanziari), o effettuato con nuovi mezzi (come il commercio elettronico).

All'imposizione della forma legale si accompagna la determinazione del contenuto da trattare formalmente e della tecnica della comunicazione (che deve soddisfare l'esigenza della trasparenza). Il contenuto del contratto non è più lasciato alla libera determinazione degli interessati. Le leggi impongono minute descrizioni delle prestazioni contrapposte (per es., artt. 117, comma 4, e 124, comma 2, D.Lgs. n. 385/1993); dichiarano il valore supremo della trasparenza: della completezza e chiarezza (con riguardo alla modalità della comunicazione) e della comprensibilità (con riguardo al contenuto) delle informazioni trattate (artt. 34, comma 2, 35 codice consumo). Il contratto diviene strumento di informazioni pertinenti all'affare che traduce. Nella vendita mobiliare al consumatore l'impegno contrattuale investe la stessa conformità del bene al testo contrattuale che lo descrive (art. 129, comma 1, codice consumo).

Il formalismo precede e supera il contratto: estrinsecandosi in obblighi di comunicazione e pubblicità da soddisfare altrimenti che nel testo contrattuale (essenzialmente con avvisi nei locali dell'impresa e attraverso la pubblicità commerciale dei beni e dei servizi offerti: per es., art. 116, comma 1, D.Lgs. n. 385/1993); ed estrinsecandosi nell'obbligo di consegna del documento contrattuale dal predisponente all'aderente (per es., art. 117,

comma 1, D.Lgs. n. 385/1993; art. 23, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998).

Il neoformalismo è al servizio del riequilibrio di forze nel contratto e a tutela della libertà contrattuale (del suo esercizio consapevole) in capo alla parte debole del rapporto. Assume connotati protettivi. Si discorre, pertanto, di "forme protettive".

La nullità che colpisce il contratto carente della forma protettiva ripete quella stessa natura: come evidenzia la legittimazione processuale all'eccezione, riservata alla parte nel cui interesse la forma è legalmente imposta (per es., combinato disposto degli artt. 117, comma 1, e 127, comma 2, D.Lgs. n. 385/1993; art. 23, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 58/1998).

Si delinea, a questo punto, uno scenario. Le classiche questioni sulle varie accezioni della locuzione "forma del contratto" mostrano una nuova attualità; approdi dottrinali e giurisprudenziali assolutamente consolidati si incrinano pericolosamente: questo accade per l'ossidato principio della libertà di forma. Il legislatore, sotto l'impulso della decisione comunitaria, innova l'ordinamento all'insegna di un consistente ritorno al formalismo.

Tutto questo è conseguenza del mutato assetto degli equilibri sociali, politici ed economici.

Il rinato formalismo, insieme alla strategia di recupero delle nullità, alla valorizzazione delle clausole generali di correttezza buona fede e divieto di abuso del diritto, alla regolamentazione dei poteri unilaterali di recesso e modifica del contratto e via seguitando, contribuisce a disegnare nuovi profili del diritto contrattuale, e ad articolare il complesso sistema di controlli della dinamica economica nel presente.

Gli istituti recuperati, tra i quali spicca la forma contrattuale, assecondano le nuove esigenze e svolgono nuove funzioni.

Bibliografia

- A. GENOVESE, *Le forma volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 192 ss.
- G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1967, p. 6 ss.
- M. GIORGIANNI, "Forma degli atti", in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 s.
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 49 ss.

- G.B. FERRI, "Forma e autonomia negoziale", in *Quad.*, 1987, p. 313 ss.
- A. LISERRE, "Forma degli atti (Diritto civile)", in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, *ad vocem*
- P. VITUCCI, "Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni", in *Quad.*, 1989, p. 55 ss.
- N. IRTI, *Idola libertatis. Te esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, *passim*.
- F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma*, Padova, 1992, p. 27 ss.
- R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 2 ss.
- M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, *passim*
- F. VENOSTA, *La forma nei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 183 ss.
- D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, 4 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile 3 Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 273 ss.
- F. DI MARZIO, "Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, (continuato da) P. Schlesinger, 2^a ed., Milano, 2002, p. 134 ss.
- R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da) R. Sacco, 3^a ed., I, Torino, 2004, p. 703 ss.
- E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, 2006.

FABRIZIO DI MARZIO