

ROCCO FAVALE *

*Le forme convenzionali fra i due codici: dal saggio di Lorenzo Mossa (1919) alla monografia di Anteo Genovese (1949). Mera retrospettiva? ***

Sommario: 1. L'occasione della rilettura. – 2. Lorenzo Mossa, La documentazione del contenuto contrattuale (1919). Il *background* normativo al tempo della pubblicazione del saggio. – 3. Il pensiero di Mossa sulle forme volontarie. – 4. Anteo Genovese, Le forme volontarie nella teoria dei contratti (1949). Struttura dell'opera. Cap. I. La forma legale e la forma volontaria. – 5. Cap. II. L'interpretazione del patto circa la forma. – 6. Cap. III. La rilevanza giuridica del patto sulla forma. – 7. Cap. IV. L'estensione e i limiti della forma volontaria. – 8. Cap. V. La coercibilità derivante dal patto sulla forma. – 9. Cosa lasciano questi studi.

1. *L'occasione della rilettura*

Fra i vari temi che oggi sono affrontati con una rinnovata energia dalla nostra giurisprudenza si distingue quello della forma dei contratti di investimento mobiliare. Ma la nostra attenzione non è diretta al problema del c.d. contratto monofirma risolto positivamente dalle Sezioni Unite civili l'anno scorso¹, quanto all'altro delle clausole di forma degli ordini contenute nei contratti-quadro. Precisamente due decisioni emanate dalla S. Corte nello spazio

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ Si tratta della famosa Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, annotata da A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto delle forme"*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569 ss.; C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2018, p. 572 ss.; M. TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 579 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 741 ss.; U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"*, *ivi*, p. 734 ss.; R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, p. 485 ss.; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 658 ss.; L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 937 ss.; A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 275 ss.; M.L.

poco più di un mese interpretano la medesima clausola di forma avente identico tenore in guisa opposta. La clausola così si esprime: «gli ordini sono impartiti di norma per iscritto; qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente il cliente dà atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico o su altro supporto equivalente». Per Cass., 8 febbraio 2018, n. 3087, la clausola contrattuale non può integrare un patto costitutivo di forma *ad substantiam*. Per Cass., 12 marzo 2018, n. 5890, all'opposto, la clausola può integrare un patto costitutivo di forma *ad substantiam* per gli ordini di acquisto del cliente secondo la disposizione dell'art. 1352 c.c.².

Ciò dimostra in modo evidente l'incertezza della nostra giurisprudenza e, di conseguenza, anche degli operatori che debbono intervenire in casi simili.

La ragione ha due volti: da una parte, la complessità del tema di fronte al quale la dottrina è stata avara di contributi³; dall'altra, le poche riflessioni che i nostri giudici hanno dedicato al settore del formalismo volontario. Su quest'ultimo punto la dottrina non può fare altro che prendere atto della situazione. Mentre sul primo credo – a mio modesto parere – che una rilettura che si vuole compiere in questa sede di due famosi saggi di Lorenzo Mossa⁴ e di Anteo Genovese⁵, – vergati sotto i due codici e a distanza rispettivamente di cento e di settant'anni – possono aiutare gli interpreti a leggere correttamente le cc.dd. clausole di forma scritta.

2. Lorenzo Mossa, *La documentazione del contenuto contrattuale (1919). Il background normativo al tempo della pubblicazione del saggio*

Va subito precisato che il saggio di Mossa affronta il problema della forma negoziale a tutto tondo, sulla base di una disciplina codicistica che trova i suoi precedenti non soltanto

CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 292 ss.; C. DALIA, *La forma del contratto di investimento tra "funzione informativa" e requisito ad substantiam actus*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 365 ss. Sia consentito altresì di aggiungere anche il nostro lavoro: *Il processo di deformazione dei contratti di investimento mobiliare. «Das Richterrecht bleibt unser Schicksal»*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 808 ss.

² Entrambi gli arresti sono pubblicati in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 164 ss., con nota di A. MAGER, *Ordini di investimento e forma convenzionale*.

³ I lavori monografici in materia sono pochi, se paragonati al problema del formalismo legale: A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002; A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016.

⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 414 ss.

⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit.

nel *code civil* francese ormai adulto, ma altresì nel codice civile sardo del 1837, anch'esso debitore del codice Napoleone.

Il nostro Autore insegna presso l'Università di Camerino⁶ quando pubblica il lavoro nel 1919 e la trattazione – come su detto – concerne tutti i profili più spinosi del formalismo negoziale: le questioni delle forme legali costitutive con riferimento al contenuto contrattuale che la forma scritta deve avvolgere, la sorte dei patti aggiunti verbali al negozio solenne, la latitudine della presunzione di completezza, la forma dei contratti modificativi ed estintivi. Temi che la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato con vedute diverse, anche a cagione della disciplina non proprio chiara, sin dal varo del codice civile del 1865.

Il lavoro poi prosegue con lo svolgimento di altre questioni non meno importanti per la pratica, come le forme convenute dalle parti del contratto, la fissazione in uno scritto di precedenti dichiarazioni negoziali verbali, i rapporti fra documento negoziale e patti precedenti aformali alla luce del principio della presunzione di completezza del documento⁷, infine la delicata questione della sanatoria del contratto concluso senza la forma necessaria legale.

La nostra indagine si fermerà ad analizzare il pensiero di Mossa in ordine alle forme volontarie, non perché le altre questioni abbiano importanza secondaria, ma esclusivamente per l'economia del lavoro.

Per meglio esaminare e valutare l'idea di Mossa sulle forme derivanti da autonomia negoziale è utile delineare un quadro dello stato della dottrina e della giurisprudenza, così come evoluta dal varo della codificazione civile unitaria. Ciò consentirà di rischiarare gli obiettivi e la collocazione scientifica dello Studioso sardo nonché i problemi scelti da trattare.

Intanto prima della codificazione unitaria, nel diritto comune il problema principale della forma convenuta dai privati era quello scaturente dal patto dubbio, di fronte al quale il giudice doveva «indagare la effettiva intenzione delle parti, per determinare a seconda di essa il significato del patto relativo alla redazione per iscritto»⁸. L'eventuale persistenza del dubbio

⁶ In seno alla Facoltà di Giurisprudenza ricopriva la qualifica di professore straordinario di Diritto commerciale.

⁷ Oggi siffatto problema ritorna in auge nelle contrattazioni commerciali caratterizzate dall'inserimento della *merger clause*. In proposito, di recente, il problema e i suoi contorni sono ben sviluppati da F. CASTRONOVO, *Tecniche di redazione del contratto dal common law statunitense al diritto italiano: conseguenze sul piano della prova del contratto nel nostro ordinamento*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 773 ss.

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

interpretativo ha spinto i dottori a determinare criteri presuntivi diretti a scioglierlo sulla base delle fonti romane e della prassi medievale. Risultato degli sforzi ricostruttivi è stata una doppia lettura del patto dubbio sulla forma, l'una di stampo restrittivo e l'altra di carattere più mite, che ha costituito l'orizzonte ermeneutico nel quale si è mossa la dottrina successiva⁹.

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

Per quanto concerne il preminente profilo dell'ammissibilità di accordi attraverso i quali le parti si vincolavano a redigere il contratto definitivo in forma scritta, dottrina e giurisprudenza erano per la positiva, in quanto assegnavano all'autonomia privata la funzione di eleggere il *vestmentum* del futuro negozio nonché degli eventuali atti modificativi od estintivi del rapporto già costituito entro il perimetro costituito dalla legge¹⁰. «Che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione dell'esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma, o anche l'adozione di una diversa forma da quella che è sufficiente per diritto obiettivo (es. l'atto pubblico dove basterebbe la scrittura privata) è fuori di ogni possibile discussione»¹¹.

La rigidità della forma opera in senso discendente e non ascendente: l'iniziativa privata è sottoposta all'autorità delle disposizioni di legge sulla forma, ma all'assenza di un puntuale comando segue la libertà di determinare la forma dell'atto più adeguata ai propri interessi. I soggetti hanno il potere di “aggravare” le forme prescritte dal legislatore ovvero di determinarle entro l'area della forma libera. Il principio di libertà delle forme è così derogato dalla legge e dalla volontà delle parti¹².

⁹ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 17 ss., ove la puntuale e chiara rappresentazione dei due orientamenti facenti capo a Giovanni Bassiano e al Piacentino e all'Azzone.

¹⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 203, nota 9, ove le forme potevano essere determinate anche da negozi unilaterali.

¹¹ Così, A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925, p. 33.

¹² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, 5^a ed., Milano, 1926, p. 74, ove esplicitamente sostiene che «i contraenti possono subordinare l'esistenza del contratto a una forma determinata, e farne un contratto solenne»; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^a ed. (1924),

All'opposto, v'era chi escludeva che l'autonomia privata avesse il potere di incidere sui requisiti di validità delle fattispecie negoziali, per cui la clausola di forma incideva soltanto sul diverso profilo della conclusione dell'accordo contrattuale, nel senso che la fissazione per iscritto fosse indice inequivocabile della definitività del consenso¹³. Una parte della dottrina sosteneva la tesi secondo la quale le parti non potevano vincolarsi per il futuro, perché potevano sempre successivamente derogare la forma concordata in precedenza¹⁴.

Riconosciuta la piena ammissibilità del patto sulla forma – di per sé idoneo a vincolare i contraenti in ordine alla validità o alla prova del contratto futuro – si proponeva all'attenzione degli studiosi la questione delicata della dubbia determinazione della forma voluta dalle parti. Nella prassi accadeva di frequente che gli autori, concordato il negozio definitivo in forma scritta, non specificavano se la stessa dovesse rilevare a fini di validità o meramente probatori¹⁵. Siffatta vicenda sollevava, di conseguenza, una questione di interpretazione del patto di forma¹⁶, risolta dagli studiosi in tutti i modi possibili.

rist., Napoli, 1992, p. 365; C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 177.

¹³ Di quest'opinione: G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., 606; ID., *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico (a proposito di uno scritto di A. Candian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, I, p. 417 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 653; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 219, secondo il quale «nessuno vieta alle parti di avvertire che non intendono di obbligarsi se non in quanto la loro volontà sia manifestata in una forma data»; G. TEDESCHI G., *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 203; G. PACHIONI, *Diritto civile italiano, Parte seconda, Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, 3ª ed., Padova, 1939, p. 147, secondo cui la forma volontaria costitutiva fa sì che il progetto di contratto diventa contratto soltanto «quando sarà documentato».

¹⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435 s.

¹⁵ In guisa opportuna, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 28, nota 53, precisa che «quando si parla di forma scritta convenzionale a fini probatori, ci si può riferire a due situazioni ben diverse: a) al c.d. obbligo di documentazione, cioè a quel patto con cui i paciscenti, in una con la valida conclusione di un contratto verbale, o anche anteriormente o posteriormente ad essa, si obbligano a ripeterlo per iscritto, per lo più al fine di munirsi, appunto, di una prova più efficace; b) al patto con cui le parti regolano il regime probatorio relativo ad un giudizio avente ad oggetto un determinato contratto corrente tra le stesse. Nel primo caso la convenzione fa sorgere una vera e propria obbligazione di *facere*, consistente nel prestarsi all'attività materiale necessaria alla formazione del documento, inteso come “cosa” [...]; nel secondo caso, invece, non sorge alcun rapporto obbligatorio “sostantivo”, ma si compie un atto con efficacia puramente processuale, con il quale si dispone delle prove in giudizio, restringendo od escludendo convenzionalmente l'esperibilità della prova testimoniale. Le due convenzioni – quella statuente l'obbligo di documentazione e quella incidente sul piano processuale – sono, quindi, profondamente diverse *quoad effectum*».

¹⁶ Nel tempo di vigenza del codice civile del 1865 la giurisprudenza superiore, in guisa consolidata, qualificava le norme generali sull'interpretazione dei contratti (art. 1311 ss.) semplici regole logiche e, quindi, non vincolanti (ad es.: Cass. Regno, 12 maggio 1928, n. 2141, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 181; Cass. Regno, 29 marzo 1928, n. 1372, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 180).

La giurisprudenza optava per la tesi secondo la quale, in forza del principio generalmente riconosciuto della libertà di forma, le parti potevano invocare la forma solenne soltanto qualora avessero adempiuto il relativo onere di chiarezza e precisione. Se non dichiaravano espressamente che la futura redazione del contratto era imposta a pena di nullità, con esclusione di qualsiasi equipollente, si riteneva che la forma avesse valore soltanto probatorio¹⁷.

Non mancava chi¹⁸ individuava il problema in una pura *quaestio voluntatis*, sulla quale soltanto il giudice poteva e doveva pronunciarsi. In questo modo si trascurava, però, il punto essenziale, ossia che ciò che difettava era proprio l'esatta determinazione della volontà, con la conseguenza che necessitava un parametro normativo cui far riferimento per una corretta soluzione¹⁹.

Infine, parte della dottrina²⁰ riconosceva, in caso di dubbio, la forma costitutiva, la sola che realmente rispondesse alla comune intenzione delle parti. Alcuni autori sottolineavano che la soluzione del carattere necessario della forma «si basa su ciò che normalmente le parti non pensano a dare uno od un altro significato al loro accordo»; i contraenti «sanno invece che le loro dichiarazioni non abbisognerebbero di forma per avere un effetto pratico, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma». In materia non si distingue «esi-

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

¹⁸ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., p. 93; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., p. 57 s.

¹⁹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 395; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 602.

²⁰ C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, cit., c. 177 s.; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 204.

stenza reale ed esistenza giuridica delle dichiarazioni; la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l'esistenza giuridica nella coscienza del giurista»²¹.

Il formalismo convenzionale nella pratica trovava terreno fertile nelle condizioni generali di polizza, ove le compagnie assicuratrici imponevano ai clienti prescrizioni più o meno particolareggiate circa il modo con cui la disdetta doveva essere emessa. A tal uopo si convenivano variegata modalità: l'invio della raccomandata alla direzione generale della compagnia²²; la presentazione personale dell'assicurato alla sede dell'agenzia che aveva rilasciato la polizza²³; l'emissione di una lettera interamente manoscritta dall'assicurato alla presenza di due testimoni²⁴; la spedizione di una raccomandata con ricevuta di ritorno²⁵; la spedizione della disdetta previa approvazione di un soggetto terzo, nella specie il creditore ipotecario di immobili assicurati²⁶.

Per giustificare convenientemente clausole aventi un così alto tasso di vessatorietà, si richiamano i luoghi stereotipati della inequivoca cognizione della intenzione di recedere²⁷, della migliore identificazione della persona assicurata recedente²⁸, della «vischiosità» tesa a

²¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433, sulla scia del pensiero di I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, 111, 1914, p. 47.

²² Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Pret. Milano, 23 settembre 1940, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 36; Trib. Milano, 19 febbraio 1940, in *Assicurazioni*, 1941, II, p. 70, con nota di V. SALANDRA, *Sulla forma della disdetta*.

²³ Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513, con nota di A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*; Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

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

²⁵ Trib. Verona, 12 febbraio 1942, in *Assicurazioni*, 1943, II, p. 39; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Assicurazioni*, 1940, II, p. 75; Trib. Milano, 15 novembre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 85.

²⁶ Trib. Milano, 3 gennaio 1935, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 193.

²⁷ G. FANELLI, *Rassegna critica della giurisprudenza italiana sulle assicurazioni private (anno 1938). Principi generali*, in *Assicurazioni*, 1939, I, p. 335.

²⁸ Trib. Torino, 24 marzo 1937, in *Assicurazioni*, 1937, II, p. 283.

garantire all'impresa, per quanto possibile, la prosecuzione del rapporto²⁹ nonché del margine di riflessione della parte recedente³⁰.

Dei problemi connessi alla vicenda appena descritta, quello dell'equipollenza rappresenta per gli studiosi il nodo gordiano nel quale volontà delle parti, clausola di forma e scopo della stessa mettono a dura prova qualsiasi preparazione scientifica. Una base di accordo si rinviene nell'idea che la qualificazione della forma, convenuta come «necessaria» ovvero semplicemente «sufficiente», costituisce il risultato di una complessa questione di interpretazione³¹. Ma anche ammessi come sicuri i criteri in base ai quali qualificare i tipi di forma, l'accordo finisce qui, poiché una lunga diatriba investe la delicata questione intorno ai limiti di ammissibilità di *vestimenta* equipollenti.

In una prospettiva più rigida, strettamente legata all'idea del rispetto incondizionato dell'autonomia privata, si prospettava senza indugi l'invalidità dell'atto rivestito di una forma diversa da quella convenuta «necessariamente» nel relativo patto³².

A fronte di un siffatto atteggiamento astrattizzante ed alieno da qualsiasi peculiarità di specie, non sono mancati tentativi diretti a racchiudere entro confini più accettabili la regola della incondizionata osservanza delle forme «necessarie» per volontà delle parti, richiamando a sostegno i principi di buona fede, di affidamento e della prevalenza dello scopo sulla forma. Gli argomenti favorevoli all'equipollenza si fondano sull'idea che la buona fede induce la parte, a cui vantaggio è prevista la forma pattuita, a richiamare l'altra all'osservanza di un atto difforme in caso di ricezione; epperò un comportamento inerte del destinatario suscita un affidamento meritevole dell'agente sulla piena validità dell'atto³³.

²⁹ Trib. Milano, 16.2.1938, in *Assicurazioni*, 1939, II, p. 54.

³⁰ I. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 51.

³¹ R. FRANCESCHELLI, *Forma della disdetta nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1940, I, p. 17 s., ove si precisa che la pura indicazione di una determinata forma non è indizio sufficiente per escludere qualsiasi equipollente; A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*, cit., p. 514; indicazioni utili anche in Cass. Regno, 7 maggio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, c. 678; Cass. Regno, 24 marzo 1933, in *Sett. Cass.*, 1933, p. 636.

³² Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Assicurazioni*, 1940, II, p. 75; Cass. Regno, 4 agosto 1936, n. 3088, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 64 bis; App. Milano, 29 aprile 1925, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 31-33.

³³ Trib. Milano, 20 ottobre 1942, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 79; Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Assicurazioni*, 1941, II, p. 70; Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Assicurazioni*, 1939, II, p. 54.

Alla medesima conclusione si perviene allorché nella fattispecie opera il principio della «sufficienza della forma congrua a conseguire lo scopo dichiarativo che l'atto si propone»³⁴, secondo il quale il giudice, nonostante la convenuta solennizzazione della veste dell'operazione negoziale, avrebbe il potere di dichiarare la piena operatività di modalità equipollenti, nella ipotesi che accerti la loro idoneità a conseguire lo scopo dichiarato³⁵.

3. Il pensiero di Mossa sulle forme volontarie

Nella seconda parte del saggio Mossa affronta il problema delle forme volontarie, in particolare negli aspetti fondamentali dell'ammissibilità e del patto dubbio.

Sotto il primo esiste un «vecchio principio, quello secondo il quale i privati possono stabilire come requisito per l'efficacia dei loro negozi, sia contratti che atti unilaterali, la forma e particolarmente la forma scritta, quando essa non sia imposta dalla legge»³⁶.

Sotto l'altro profilo resiste una viva controversia «per stabilire quando, nella volontà privata di documentare i contratti, si debba ritenere, nel silenzio al riguardo, l'accordo di adottare la forma come modo assoluto per la manifestazione della volontà»³⁷.

Lo svolgimento del tema si sviluppa secondo che l'accordo sulla forma sia redatto prima ovvero dopo la conclusione del contratto principale. La questione è sempre quella di determinare la natura della forma voluta dalle parti nelle ipotesi in cui le stesse siano silenti sul punto. Ovviamente se il giudice adottando i criteri interpretativi riesce ad individuare la comune intenzione delle parti *nulla quaestio*: la natura della forma sarà quella voluta dagli interessati. Se invece, nonostante lo sforzo interpretativo-applicativo del giudice, resta oscuro il significato della forma fra validità o mezzo di prova, allora la soluzione deve propendere per una «forma come necessaria per l'esistenza dell'atto»³⁸. Questa presunzione di interpretazione della volontà delle parti si fonda su una fotografia della realtà nella pratica degli affari: i contraenti ignorano le sottili questioni giuridiche e «sanno invece che le loro dichiarazioni

³⁴ Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

³⁵ Va ricordato che nel sistema processuale del 1865 non esisteva una disposizione omologa a quella dell'art. 156 c.p.c. (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Milano, 1923, p. 664 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 567 ss.).

³⁶ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 431.

³⁷ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 431.

³⁸ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 432.

non abbisognerebbero di forma per avere un pratico effetto, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma; perché le dichiarazioni esistano la forma è indispensabile»³⁹. Gli autori del contratto non hanno di regola la percezione della distinzione fra “esistenza reale” ed “esistenza giuridica” delle dichiarazioni; «la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l’esistenza giuridica nella coscienza del giurista»⁴⁰. Gli argomenti proposti dall’Autore sardo poggiano quindi su una ricostruzione fedele dell’ambiente reale in cui operano i soggetti che partecipano agli affari.

Nell’ipotesi di patto sulla forma posteriore alla conclusione del contratto principale la dottrina ha proposto variegate letture, da quella meramente probatoria all’obbligo di documentazione, all’assunzione di un obbligo a concludere un nuovo contratto. Il nostro Autore in questo caso rovescia gli argomenti posti a fondamento del patto anteriore sulla forma, in quanto «le parti non pensano a fare dipendere dalla forma l’esistenza reale, e quindi giuridica del loro contratto; esse sanno che il contratto esiste già senza bisogno di alcuna forma; se pensano alla forma ciò avviene normalmente con altro intento [...], quello di costituirsi un sicuro mezzo di prova»⁴¹. Di conseguenza, il patto posteriore fonda un obbligo diretto alla documentazione del contratto definitivo, il cui inadempimento giustifica la pretesa del contraente al risarcimento del danno subito⁴².

La tenuta e l’operatività della forma disposta negozialmente passa dal problema spinoso della c.d. revoca tacita del patto che viene richiamato in tutte le ipotesi non infrequenti in cui le parti concludono il contratto definitivo in guisa difforme. Mossa è chiaro: «le convenzioni sulla forma hanno [...] un valore tutto relativo, per cui non possono compararsi alla disposizione positiva che impone la forma»⁴³. Le forme convenute possono essere spazzate via dalle stesse parti in qualsiasi frangente: sia per mutuo dissenso diretto ad estinguere il patto precedente, sia con la stessa conclusione aformale del contratto definitivo che prima avevano eletto come formale. In quest’ultima fattispecie non v’è bisogno di alcun indizio

³⁹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433.

⁴⁰ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433.

⁴¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 434.

⁴² F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla «documentazione» del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 110 ss.

⁴³ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435.

della volontà delle parti; «nel semplice e puro fatto del loro contrattare è da riconoscere, quindi, l'abolizione del precedente accordo»⁴⁴.

Questa configurazione piuttosto debole della forma disposta per negozio – incomparabile con la forma disposta per legge – rende quasi teorico il problema della sanzione per il contratto difforme inteso quale contratto valido per revoca tacita del precedente patto di forma⁴⁵. Il contraente interessato a far valere la forma convenuta assume l'onere impegnativo di provare che non ha mai espresso la volontà di revocare la forma al momento dell'accordo contrattuale raggiunto con l'altra parte.

In conclusione la ricostruzione del fenomeno della forma convenuta negozialmente nel pensiero di Mossa mette in evidenza i limiti di operatività e l'incomparabilità con la forma disposta per legge.

4. *Anteo Genovese, Le forme volontarie nella teoria dei contratti (1949). Struttura dell'opera. Cap. I. La forma legale e la forma volontaria*

Esattamente trent'anni dopo il saggio di Mossa, è pubblicata la prima monografia sul tema delle forme convenzionali da parte di Anteo Genovese per i tipi della Cedam. Il contesto normativo è cambiato con il nuovo codice: c'è la disposizione dell'art. 1352 che concerne esclusivamente le forme convenzionali.

All'indomani del varo del nuovo codice Guido Astuti rilegge e contestualizza il contenuto della disposizione dell'art. 1352 entro il dibattito tenuto dai dottori medievali, richiamando il problema fondamentale del cd. patto dubbio sulla forma⁴⁶.

Ritornando alla monografia di Genovese, l'analisi concerne esclusivamente la forma preventiva – richiamata esplicitamente dalla nuova disposizione codicistica – pattuita dalle parti a scopi sostanziali. Restano fuori, quindi, i problemi della ripetizione del negozio e delle forme pattuite per scopi esclusivamente probatori. Di conseguenza la trama del lavoro monografico si sviluppa secondo un'indagine tridimensionale che avvolge i problemi centrali

⁴⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435.

⁴⁵ Interessante, Cass. Torino, 25 maggio 1917, in *Giur. tor.*, 1917, p. 902.

⁴⁶ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 6 ss.

dell'interpretazione del patto sulla forma, della rilevanza della convenzione e del relativo rapporto e infine degli effetti.

Il contributo incentra subito l'attenzione al dualismo tra forma legale e forma volontaria che non può essere ridotta – secondo lo studioso veneto – alla asserzione che la forma necessaria per l'esistenza del negozio a volte è richiesta dalla legge a volte dalla stessa volontà dei soggetti interessati⁴⁷.

Siffatto dualismo deve fare i conti con l'idea che l'autonomia dei privati non ha la competenza a porre requisiti di validità degli atti negoziali, che invece sono di «competenza esclusiva dell'ordine giuridico»⁴⁸. Nella prospettiva dell'A. «mentre il formalismo legale attua il fondamentale interesse dell'organizzazione giuridica, fissando imperativamente un requisito d'esistenza affinché l'accordo delle parti assurga ad ente di diritto, il formalismo volontario serve a comporre gli interessi particolari dei soggetti, integrando quella che la vera e propria disciplina negoziale, conciliatrice degli interessi concreti, opposti o paralleli»⁴⁹.

Sotto il profilo più generale forma e volontà integrano la struttura dell'atto negoziale: la forma «è come il negozio è»⁵⁰. Volontà e forma sono «elementi inscindibili di un tutto unico»⁵¹. Accanto al profilo strutturale la forma assolve nell'ambito del negozio giuridico il compito formale di rendere riconoscibile agli altri soggetti l'espressione della volontà: «anche il contratto a forma libera ha bisogno di un suo corpo, di una forma sensibile, senza della quale la volontà interna è giuridicamente inesistente»⁵². La forma peraltro può assolvere anche un compito sostanziale integrando un determinato assetto di interessi. Qui la legge prescrive una forma determinata non soltanto per la riconoscibilità della volontà contrattuale, ma anche in quanto idonea a garantire l'esplicazione di determinati effetti giuridici.

In siffatto quadro ricostruttivo la forma volontaria non si sostituisce alla forma legale, ma assume una posizione entro il contenuto del contratto quale clausola lecita e meritevole. Osserva Genovese che «gli interessi superiori o generali, che dettano disposizioni imperative

⁴⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 8 s.

⁴⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, 2002, p. 126.

⁴⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 11.

⁵⁰ L'opera di A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 2, rispecchia le concezioni dottrinali del tempo quando avverte dell'impossibilità «di pensare alla forma come a un mezzo estrinseco di cui la volontà si avvalga per la sua espressione, come a qualcosa di scindibile».

⁵¹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 3.

⁵² A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 5.

sulla forma negoziale, costituiscono il limite, oltre il quale non può andare il potere dispositivo dei soggetti. Ed appunto perciò, dove quei limiti non operano, opera la libertà dei singoli»⁵³. Le forme convenzionali scaturiscono dall'autonomia privata mediante atto negoziale e, quale espressione di autonomia dei soggetti, giustifica la limitazione della loro libertà negoziale. *Vestimentum* insomma diretto a realizzare interessi individuali e concreti in guisa preventiva ovvero contestuale al perfezionamento del negozio definitivo.

Le tesi negative del formalismo volontario sono rifiutate dall'A. in vista di una configurazione che completi l'agire negoziale dei soggetti sotto il profilo formale, soddisfacendo interessi e perseguendo vantaggi in modo più proficuo. Fra queste si distingue la tesi che attribuisce natura di convenzione interpretativa al patto sulla forma, nel senso che il "negozio difforme" non integra un negozio definitivo. Sulla base dell'idea tradizionale che l'attività di interpretazione concerne dichiarazioni negoziali esistenti e valide è facile controbattere – secondo l'A. – che la medesima attività non può riguardare un atto negoziale futuro⁵⁴.

Il dualismo dal quale siamo partiti assume sempre più consistenza non appena l'indagine volge l'attenzione al rapporto fra forme legali e volontarie e principio di libertà di forma. Se le forme determinate da atto negoziale rappresentano «l'esercizio della libertà riconosciuta ai soggetti, libertà che significa libera scelta della forma che meglio piace»⁵⁵, allora le stesse non possono essere interpretate restrittivamente così come accade per le forme legali. Non avrebbe senso – secondo Genovese – discorrere di principio di libertà delle forme in seno alle forme convenzionali, per la semplice ragione che non costituiscono eccezioni al principio su richiamato. La clausola di forma è sottoposta alle norme sull'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. c.c., senza alcun tipo di restrizione⁵⁶.

Da queste considerazioni in seno al problema mai spento del dualismo forme legali e forme volontarie, il nostro A. perviene ad alcune conclusioni: la clausola di forma appartiene

⁵³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 12.

⁵⁴ Utili ed efficaci chiarimenti in ordine alle diverse fasi della formazione, validità, efficacia del contratto sono offerti da C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 92 s.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 102 ss.

⁵⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 18.

⁵⁶ Un esempio è offerto P. GRECO, *Il requisito della scrittura nelle comunicazioni dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1938, II, p. 85 ss.

al contenuto del contratto e persegue gli interessi reali delle parti, senza porsi in opposizione al principio di libertà di forma e sempre revocabile dagli stessi contraenti.

5. *Cap. II. L'interpretazione del patto circa la forma*

Il secondo capitolo dell'opera costituisce il capitolo più articolato che si snoda fra la lettura della nuova disposizione dell'art. 1352 c.c. e il problema dell'interpretazione del patto dubbio secondo i versanti dell'interpretazione soggettiva ed oggettiva. Nella prospettiva dell'Autore la norma su richiamata «ha probabilmente voluto risolvere compiutamente il secolare problema interpretativo delle espressioni contrattuali, con cui i soggetti fissano la forma convenzionale»⁵⁷.

Il sistema delle forme convenzionali si struttura lungo le norme degli artt. 1352, 2725, comma 1, e 1326, comma 4, c.c. La disposizione fondamentale resta la prima delle norme appena richiamate, il cui contenuto peraltro non delinea nella completezza la figura, lasciando punti oscuri in seno a molti problemi, a cominciare dalla natura della presunzione, dalla esigenza della forma scritta per il patto sulla forma, dai *vestimenta* predisposti per modifiche successive del contratto principale, dalle clausole di forma convenute contestualmente alla conclusione del contratto definitivo. Da qui la conclusione secondo la quale «il problema interpretativo delle forme volontarie non ha ottenuto una vigorosa disciplina nel codice del 1942, sì che le fattispecie concrete più frequenti, le meno precise (patti orali) e le più difficili attendono ancora una regola priva di incertezze»⁵⁸.

Il cuore della disposizione sta nella presunzione che la norma prescrive per il caso di patto dubbio sulla forma. È una tecnica già utilizzata dai legislatori tedesco e svizzero, con la particolarità che la figura della presunzione viene calata nel momento interpretativo, o meglio la norma interpretativa assume le sembianze della presunzione. Tutto ciò consente di annoverare la norma dell'art. 1352 fra le regole di interpretazione, da giustapporre a quelle dettate dal legislatore in seno all'interpretazione del contratto. Così nasce un problema di relazione fra la disposizione dell'art. 1352 e le regole di interpretazione contrattuale, al fine di verificare

⁵⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 25.

⁵⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 28.

quale posizione deve assumere la prima rispetto alle regole di interpretazione soggettiva e oggettiva, così come articolate secondo gli artt. 1362-1371 c.c.

Uno degli aspetti più originali della norma dell'art. 1352 è la previsione della veste scritta per il patto sulla forma. È una novità ancora di più rilevante non appena si leggono le norme precedenti sulle clausole di forma regolate nel BGB (§ 125), nell'OR (art. 16), oltre al più antico ABGB (§ 884).

Sotto il profilo diacronico, la norma domestica non trova precedenti del pensiero di Pothier e di Demolombe, come una illustre dottrina ha sostenuto⁵⁹. Nell'idea di Genovese la veste del patto sulla forma integra «una forma integrativa», diretta a «dare una solida base di verosimiglianza alla presunzione legale»⁶⁰, e non un requisito più grave come quello della forma *ad substantiam* difeso da una dottrina isolata⁶¹ e forse ripresa da una decisione non tanto remota della Suprema Corte⁶².

La scrittura del patto in conclusione non salva la norma dell'art. 1352 «dalla condanna di irrazionale, per aver posto il requisito della scrittura, che, mentre non porrebbe al giudice alcun aiuto per la formazione di un esatto convincimento di ciò che hanno voluto i soggetti, diminuisce d'altra parte, in misura rilevante, l'utilità della presunzione stessa, limitata ai casi in cui maggiormente precise esse e sorvegliate sono le parole dei contraenti, cioè proprio a quei casi in cui il bisogno di ricorrere alla presunzione si sente meno»⁶³. La norma appena richiamata quindi non risolve il problema dell'interpretazione del patto dubbio nella sua interezza, per cui nei casi di patti non scritti si ritorna al vecchio interrogativo se la forma del contratto principale sia *ad substantiam* o *ad probationem*.

La disposizione si rivela insufficiente⁶⁴ allorché viene richiamata in riferimento alla ipotesi non infrequente di patto sulla forma contestuale alla conclusione del contratto definitivo. Il richiamo testuale alla «futura conclusione di un contratto» non lascia ampi margini

⁵⁹ Secondo L. COVIELLO sen., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, 2, Milano, 1902, p. 81, «se le parti hanno convenuto oralmente di fare la convenzione in iscritto, si deve presumere che nessun obbligo si sia contratto, ma deve ritenersi il contrario se l'accordo (sulla forma) risulta già da una scrittura».

⁶⁰ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 46.

⁶¹ E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Roma, 1948, p. 221.

⁶² Articolata la decisione di Cass., 14 aprile 2000, n. 4861, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3197, con nota di M. COSTANZA, *La forma convenzionale fra regole di formazione e regole di adempimento*.

⁶³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 45.

⁶⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 49, discorre di «insufficienza della norma».

interpretativi affinché la regola legale possa risultare di aiuto all'interprete. Anche se parte della dottrina incorpora l'ipotesi appena enunciata⁶⁵, il nostro Autore non sembra persuaso di ciò, per cui la norma contenuta nell'art. 1352 non può soccorrere l'interprete nella soluzione del caso. Allora non resta che trovare una risposta adeguata al problema della forma convenzionale contestuale entro le regole generali dell'interpretazione del contratto. In conclusione, la «soluzione legislativa è difettosa e parziale»⁶⁶.

Nel fenomeno delle forme volontarie rientra anche la fattispecie contenuta nell'art. 1326, comma 4, c.c., ai termini del quale «qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in una forma diversa»⁶⁷. Di questa regola non v'è traccia nel codice civile del 1865 né nei codici europei di maggior peso, a cominciare dal BGB⁶⁸, mentre siffatta regola entra nel panorama di diritto europeo attraverso l'*avant-project* del *Code européen des contrats* redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei⁶⁹.

Il proponente ha il potere di prescrivere una forma per l'accettazione incidendo di conseguenza sul profilo dell'*an* della conclusione del contratto⁷⁰. Il nostro autore vede in capo all'oblato un onere: se vuole concludere il contratto deve rivestire l'accettazione nella forma scritta, altrimenti la stessa «non ha effetto». Cosa significa per Genovese che l'accettazione viziata nella forma non ha effetto? La risposta è la medesima stabilita per l'accettazione non conforme prevista nell'ultimo comma dell'art. 1326, secondo cui l'accettazione difforme equivale a nuova proposta. In siffatta tesi si rivela con una certa chiarezza l'influenza del

⁶⁵ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 11; L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti ed i contratti sulle forme*, in *Riv. not.*, 1948, p. 20, nt. 11.

⁶⁶ Così, A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 23, intitola l'ultimo paragrafo della Prima Sezione del Capitolo II.

⁶⁷ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 38, mette in evidenza come questa previsione non abbia ricevuto la giusta attenzione da chi ha studiato il tema.

⁶⁸ Pur in mancanza di un'espressa disposizione, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 257, precisa che «il proponente può determinare in quale forma deve seguire l'accettazione della proposta».

⁶⁹ Art. 16, comma 5: «L'autore dell'offerta, dando una conferma immediata all'altra parte, può considerare concluso il contratto sulla base di una accettazione conosciuta in data successiva al termine di cui all'art. 15, comma 3, o di un'accettazione non conforme alla forma o alle modalità fissate nella proposta» (*Code européen des contrats. Avant-project*, 1, a cura di G. Gandolfi, Milano, 2001).

⁷⁰ A. GENOVESE, *Le formalità dell'accettazione stabilite dal proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 365, parla di «regola tecnica» imposta dal proponente, «che l'oblato deve osservare se vuole che la controparte risulti legata al contratto».

modello tedesco che, in modo geometrico, tratta alla stessa stregua tutte le ipotesi di accettazione non conforme, sia che riguardino il tempo sia che riguardino il contenuto, così come prescrive il § 150 BGB.

La giurisprudenza consolidata persegue anch'essa una tesi diretta a recuperare le attività preparatorie al contratto seguendo l'argomento principe del carattere disponibile dell'interesse del proponente; talché questi può attribuire efficacia all'accettazione priva di forma ai fini della conclusione mediante lo strumento dell'avviso, alla stregua della regola dell'accettazione tardiva. I giudici richiamano la figura della rinuncia, quale strumento idoneo a recuperare gli effetti della dichiarazione di accettazione dell'oblato⁷¹. Ma anche per la forma determinata dal proponente per la futura accettazione dell'oblato resta lo spazio interpretativo: la soluzione dell'art. 1326 trova applicazione «solo quando non risulta una volontà diversa»⁷².

Come anticipato all'inizio del paragrafo, il secondo capitolo rappresenta il cuore del volume, già per il solo fatto che la disposizione di nuovo conio contenuta nell'art. 1352 si concentra sul problema dell'interpretazione del patto dubbio sulla forma. Genovese avverte che «la posta in giuoco è importante: si tratta infatti di sapere se un contratto si è costituito oppure no, se un rapporto è sorto irrevocabilmente oppure no, e, in sintesi, se la forma negoziale prevista assuma il valore di un elemento essenziale del contratto oppure il più lieve valore probatorio»⁷³. Il diritto romano e il diritto comune non offrono punti di riferimento stabili e i relativi studi non hanno illuminato le vie di soluzione del problema. Per questo l'autore avverte di «raccomandare un atteggiamento prudente di fronte alla tradizione storica»⁷⁴.

Il punto principale è che il patto sulla forma costituisce un atto di autonomia privata sul quale intervengono le norme di interpretazione dei contratti e non le norme sull'interpretazione della legge. A ciò va aggiunto che il principio di libertà di forma concerne esclusivamente il campo delle forme legali e non può offrire alcun aiuto al nostro problema.

⁷¹ Per una puntuale e chiara ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 319 ss.; Cass., 15 ottobre 1977, n. 4414, in *Foro it.*, 1978, I, c. 940; Cass., 26 maggio 1965, n. 1054, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 614, con nota di A. GENOVESE, *La rinuncia del proponente ai requisiti dell'accettazione*, Cass., 8 giugno 1962, n. 1416, in *Rep. Foro it.*, 1962, *Obbligazioni e contratti*, n. 91; T. Milano, 4 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1999, c. 1863.

⁷² A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 30.

⁷³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 55.

⁷⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 58.

Allora se trovano applicazione al patto di forma le norme codicistiche sull'interpretazione del contratto operano immediatamente le regole dettate dagli artt. 1362 ss. In questo senso la regola dell'art. 1352 deve cedere in ogni caso alle norme generali di interpretazione soggettiva, in quanto dirette a svelare la c.d. comune intenzione delle parti incapsulata nel patto di forma. Di conseguenza, la previsione dell'art. 1352 entra in azione soltanto dopo che l'applicazione delle norme di interpretazione soggettiva non hanno diradato i dubbi circa la funzione perseguita dalle parti con la forma negoziata, ossia se a fini costitutivi ovvero meramente probatori. Siffatto dualismo per le parti contraenti, che di solito non possiedono le conoscenze tecnico-giuridiche, in realtà non assume le sembianze di una vera e propria contrapposizione. Alle parti la differenza sfugge se la finalità perseguita è quella di costituire una prova che aiuti alla realizzazione del diritto⁷⁵, in particolare una «funzione probatoria extraprocessuale»⁷⁶. Ciò significa che le parti non vogliono la forma ai fini della costituzione del negozio, vogliono la forma per avere una prova che possa dare tranquillità a ciascuna parte e scoraggiare la coltivazione del giudizio. Quindi «agli occhi del privato (a differenza di quelli del legislatore), la funzione extraprocessuale della prova assume un rilievo maggiore, poiché se la prova in giudizio salva il diritto, la prova stessa, prima del processo, salva il privato dalle liti»⁷⁷. Nella realtà il contraente vuole garantire fortemente il suo diritto, o meglio la prova del diritto, e questa prova la vuole contestualmente alla nascita del vincolo. Per meglio dire, i contraenti vogliono una forma per la prova contestuale alla stipulazione, cioè una forma costitutiva. Se è così, la forma *ad substantiam* per le parti rappresenta una mera forma probatoria contestuale alla conclusione del contratto, anzi, che fa dipendere la conclusione del contratto dalla dall'osservanza della forma. Nella prospettiva dell'A. «il dilemma tradizionale tra forma probatoria e forma essenziale perde molta della sua importanza nel campo del formalismo volontario, dove la forma essenziale appare come una forma probatoria d'intensità massima»⁷⁸.

⁷⁵ Questa idea era stata già paventata da una antica dottrina tedesca: I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Lehre von den Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, CXI, 1914, p. 47 s., in proposito avverte che la scelta del *vestimentum* a scopi di prova non è incompatibile con la scelta della forma a fini di validità dell'atto negoziale.

⁷⁶ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 70.

⁷⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 71 s.

⁷⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 74.

In questa prospettiva – anticipando soltanto quanto si dirà più avanti – il difetto di forma negoziata non può rendere invalido il contratto principale, con ulteriori conseguenze nella successiva fase di un eventuale recupero dell'atto difforme.

L'ultima sezione del secondo capitolo concerne l'interpretazione oggettiva⁷⁹, fase interpretativa che interviene a seguito del fallimento dei criteri di interpretazione soggettiva⁸⁰. L'opera su questo versante rispecchia il contesto culturale del suo tempo in quanto richiama gli sviluppi degli studi in materia di interpretazione del contratto, in particolare le indagini decisive per il nostro diritto di Grassetti⁸¹ e di Oppo⁸².

La nuova norma contenuta nell'art. 1367 c.c. rappresenta una evoluzione delle normative precedenti contenute nel vecchio codice civile del 1865 (art. 1132), debitore del *code civil* francese (art. 1157). Con riferimento alla lettera dell'art. 1367 c.c., l'Autore propone una lettura evolutiva che non si fermi a una mera giustapposizione fra significato negativo e significato positivo di una clausola o del contratto.

Il principio di conservazione disciplinato nella norma da ultimo richiamata, in mancanza di fattispecie particolari come quelle descritte nelle disposizioni degli artt. 1370 e 1368 c.c., mostra tutte le sue potenzialità al fine di risolvere in maniera soddisfacente il problema del patto dubbio sulla forma. La previsione dell'art. 1367 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui la dichiarazione contrattuale supporti più di un effetto positivo anche accanto ad un effetto negativo. Ciò per giustificare che tra più effetti positivi l'interprete deve seguire il principio del massimo effetto utile, ossia l'effetto positivo più forte. In questa prospettiva, il principio di conservazione pare assolvere una funzione determinante nell'ambito del patto dubbio sulla forma perseguendo il maggior effetto utile. Resta da chiarire la relazione che corre fra la norma generale contenuta nell'art. 1367 e quella dell'art. 1352, tenendo conto che quest'ultima assume una posizione speciale e quindi prioritaria rispetto alla prima. Specialità

⁷⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 339, discorre di “interpretazione tecnica”, dove la soluzione supera la consapevolezza degli autori del contratto, «inquadrandola [...] non più nella totalità individuale di ambedue le parti, ma nella totalità dell'ambiente sociale, secondo le vedute in esso correnti circa l'autonomia privata».

⁸⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 339 s., precisa come «nell'ambito di un'interpretazione destinata ad una funzione normativa, quale è quella giuridica, l'interpretazione tecnica assume, o almeno può assumere, una funzione integrativa, che, nell'ambito di un'interpretazione meramente ricognitiva, quale quella filologica e storica [...], le è o estranea, o meno familiare».

⁸¹ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, ristampa, Padova, 1983.

⁸² G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943.

che si collega strettamente ai termini della fattispecie contenuta nell'art. 1352, la quale esige requisiti innovativi e severi rispetto alle norme del panorama europeo, fra le quali quelle contenute nel codice civile tedesco.

Riassumendo i termini del rapporto fra la norma speciale dedicata alle forme convenzionali e le norme generali sull'interpretazione del contratto, a fronte di un dubbio interpretativo circa la funzione della forma voluta dalle parti per il contratto da concludere, trovano applicazione primaria le norme generali di interpretazione soggettiva del contratto dirette ad aiutare l'interprete all'individuazione della comune intenzione delle parti. Se, nonostante l'applicazione di queste norme, il patto resta dubbio, allora in presenza della fattispecie così come caratterizzata dalla norma dell'art. 1352 la soluzione sarà quella dettata dalla previsione legale, ossia la forma costitutiva. Nell'ipotesi invece che la fattispecie dubbia non possieda i caratteri richiesti dal legislatore, l'interprete potrà sciogliere il significato del patto dubbio attraverso la norma dell'art. 1367 che persegue il maggior effetto utile, che nel caso sarà ancora una volta la forma costitutiva. Ove anche quest'ultima risulti non idonea a risolvere il dubbio, resta sempre sullo sfondo la regola finale dettata nell'art. 1371, che si muove fra i canoni dell'equo contemperamento degli interessi delle parti e l'altro del significato meno gravoso per l'obbligato.

6. Cap. III. La rilevanza giuridica del patto sulla forma

Si è constatato come la disposizione dell'art. 1352 c.c. comprende due norme, l'una attinente alla libertà dei privati, l'altra riguardante la composizione di questioni di carattere interpretativo.

A questo punto pare opportuno spostare la prospettiva di studio entro il procedimento di formazione del contratto principale e dei relativi vincoli preparatori costituiti dalle parti con un preventivo ed apposito patto *ad hoc*⁸³.

Generalmente i privati convengono una determinata forma ovvero una veste più complessa di quella predisposta dalla legge, grazie ad autonome convenzioni precontrattuali. Da qui i problemi della natura e dei conseguenti effetti esplicitanti all'interno del processo di

⁸³ Sulla funzione di agevolare la conclusione del contratto, cfr. V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 21; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 104 ss.

formazione del contratto, costituito, alle volte, anche da attività soltanto eventuali. Una chiara soluzione del problema può aiutare l'interprete a decifrare quelle fattispecie ambigue scaturite immediatamente da un comportamento dei soggetti in violazione delle prescrizioni convenute dagli stessi in sede precedente, le quali potrebbero atteggiarsi a fenomeno sanante.

Non è dubbio che le forme convenzionali pongono una conferma dell'incidenza del potere privato all'interno dello svolgimento procedimentale: «tra i due poli [...] dei limiti inderogabili e [...] dei principi generali opera l'autonomia stessa in senso dispositivo del procedimento in un quadro di condizioni particolari di riconoscimento»⁸⁴.

Il capitolo sulla rilevanza giuridica del patto sulla forma assume un ruolo sostanziale nell'economia della monografia qui in rilettura, in quanto rappresenta ulteriore conferma della distanza che corre fra formalismo legale e formalismo volontario.

Genovese nella illustrazione delle diverse teorie, dirette a negare valore al patto sulla forma o ad attribuirgli efficacia meramente negativa o infine a riconoscergli efficacia positiva, accoglie senza esitazioni l'ultima corrente. Gli sviluppi successivi in dottrina e in giurisprudenza confermeranno la posizione preminente delle tesi positive dirette a riconoscere determinati effetti al patto sulla forma.

Una tesi abbastanza seguita in dottrina che riconosce il vincolo del patto sulla forma attraverso il richiamo del contratto normativo non ha trovato accoglimento nella prospettiva dell'Autore attenta alla incompatibilità dei tratti caratteristici della figura richiamata con il fenomeno oggetto di studio.

L'Autore attribuisce all'accordo di forma la massima forza vincolativa quando difende la tesi del contratto preliminare⁸⁵. Nelle ipotesi in cui le parti concordano una determinata forma per il futuro e definitivo negozio, implicitamente si sono voluti obbligare anche a prestare il consenso: «non obbligo di costituire la forma negoziale; ma, obbligo di prestare il consenso nella forma negoziale prestabilita»⁸⁶. Nell'ipotesi di vendita immobiliare il carattere solenne delle modalità convenute dalle parti, nonostante ad un primo approccio si sia tentati

⁸⁴ Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 80. Interessante Cass., 14 febbraio 1992, n. 1823, in *Rep. Giust. civ.*, 1992, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 36, ove riconosce all'autonomia delle parti di intervenire nel procedimento di formazione del contratto.

⁸⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 116 ss.

⁸⁶ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 121.

di inquadrare la vicenda nel fenomeno della ripetizione del contratto, risulta compatibile col procedimento di trascrizione, non appena si consideri l'esigenza del compratore di mettersi al riparo da eventuali conflitti con eventuali terzi acquirenti. La forma pubblica garantisce perciò sia la chiarezza del contenuto contrattuale, compresa anche la competenza nella terminologia, sia la certezza delle rispettive posizioni delle parti «così che i diritti contrattuali possono venire protetti durante l'esecuzione in ogni momento e contro chiunque»⁸⁷.

L'opinione sostenuta non troverà spazio nella successiva dottrina, né tanto meno in giurisprudenza, soprattutto perché richiama tipologie di patti sulla forma rinforzati da impegni sostanziali, dove le parti orientano i loro interessi non esclusivamente all'obbligo di forma ma ad una piattaforma più articolata. In questa guisa, la valutazione dell'obbligo di forma non porta necessariamente a determinate soluzioni di carattere angusto, giacché gli interessi sottostanti al regolamento contrattuale inducono l'interprete a porre in relazione dialettica la regola sulla "veste" e i valori segnalati nel complessivo programma negoziale.

Negli studi successivi la dottrina si aggirerà intorno a figure meno stringenti per le parti interessate come l'accordo normativo, il negozio regolamentare, il negozio configurativo.

L'ultima figura⁸⁸, quale strumento negoziale, unilaterale o bilaterale, consente alle parti di incidere sui procedimenti di formazione del contratto allo scopo di semplificarli o aggravarli⁸⁹. Il procedimento di formazione del contratto trova di conseguenza le sue regole nell'atto di autonomia e non più nelle norme di legge derogate, ciò per soddisfare interessi particolari delle parti⁹⁰.

⁸⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 132.

⁸⁸ Sulla figura: Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 80 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 36 e 149; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 108 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1155 ss.

⁸⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., p. 33.

⁹⁰ E. PALMERINI, *Commento art. 1352*, in *Dei contratti in generale (1350-1386)* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 189 s.

Accanto v'è la tesi dell'accordo normativo⁹¹, attraverso il quale le parti non sono vincolate a concludere il contratto definitivo, ma sono tenute a rispettare le regole precedentemente convenute nell'eventualità che pongano in essere l'attività definitiva⁹². Il problema della natura è meglio impostato richiamando la figura affine del negozio regolamentare, caratterizzato dal fatto che le parti regolano i propri rapporti, attuali e futuri, in intimo collegamento con altre operazioni negoziali al fine di realizzare determinati e peculiari interessi⁹³. I paciscenti hanno il potere di predisporre preventivamente parte della disciplina da adottare nei singoli rapporti che successivamente ed eventualmente potrebbero essere costituiti dagli stessi.

La libertà in capo alle parti circa la conclusione del contratto principale ha sempre costituito il punto di forza della tesi non negoziale. In proposito va replicato che l'interprete deve saper cogliere e sanzionare le condotte abusive poste in essere dalle parti, o meglio saper distinguere fra libertà del soggetto di rifiutare la conclusione del contratto particolare e minaccia di esercitare la libertà di rifiutare la conclusione del contratto in assenza di una modificazione delle regole contenute nel precedente accordo normativo-regolamentare.

Quest'ultima ipotesi può integrare una fattispecie di violazione della regola dell'art. 1375 c.c. che prevede l'esecuzione del contratto in buona fede. In questo modo, la libertà scaturente dal contratto preparatorio è limitata alla facoltà di non concludere contratti; non, per contro, di concluderli a condizioni diverse da quelle predisposte in sede preparatoria. Il patto sulla forma concluso in sede preparatoria può qualificarsi invero negozio regolamentare diretto a disciplinare in via preventiva la veste di futuri ed eventuali contratti definitivi fra le parti medesime⁹⁴.

⁹¹ Inteso come «accordo con il quale le parti concordano clausole da eventualmente utilizzare in una serie di rapporti futuri (c.d. contratti particolari) tra le parti stesse (c.n. bilaterali) o tra una parte e un terzo (c.n. unilaterali), se e quando uno o più di tali rapporti fossero conclusi» (G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 38).

⁹² L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ristampa, Napoli, 2011, pp. 287 e 458 ss.; E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni, Parte generale*, Milano, 1943, p. 293; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 237.

⁹³ Sul negozio regolamentare cfr. F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 179 ss., giusta il quale la funzione consiste «nella modificazione della disciplina di un rapporto preesistente o nella creazione della disciplina di un rapporto futuro che per la sua particolare natura richiede una preventiva regolamentazione» (p. 195).

⁹⁴ Infine non può mancare un breve riferimento alla vecchia teoria dell'efficacia che equipara la clausola di forma ad una condizione volontaria, la quale supera la lettera dell'art. 1352 che richiama la figura dell'invalidità

7. Cap. IV. *L'estensione e i limiti della forma volontaria*

Siffatto capitolo della monografia affronta il delicato problema della latitudine della forma convenzionale, soprattutto nelle ipotesi in cui le parti non osservano sotto il profilo formale quanto convenuto in precedenza. Ciò richiama l'annosa questione della revoca del patto e delle sue forme espressa e implicita.

L'Autore segue nell'ipotesi una filosofia libertaria che si fonda su una ricostruzione del formalismo volontario secondo canoni autonomi rispetto al formalismo legale. Così la revoca esplicita del patto di forma non va compiuta in forma scritta in conseguenza dell'assenza di norme che impongono determinati requisiti. I soggetti in questo caso si muovono entro il regno della libertà di forma e permangono titolari di un potere che elimini quanto in precedenza stabilito.

Il discorso è più difficile con riferimento alla revoca implicita derivante dalla mera conclusione del contratto definitivo in guisa difforme. Nella stessa prospettiva libertaria, Genovese ammette che la mera conclusione del contratto difforme implica la revoca tacita del precedente patto di forma. La mera conclusione del contratto senza la forma convenuta significa che «l'interesse, che una volta le ha mosse a volere una certa forma, non si è fatto più sentire e che per esse non ha più alcun valore»⁹⁵. Inoltre la revoca per *facta concludentia* scaturisce dall'esecuzione bilaterale o anche unilaterale delle prestazioni del contratto, non anche dall'esecuzione di prestazioni parziali.

Va sottolineato come una parte della dottrina segue una tesi più restrittiva, da una parte, escludendo la rilevanza della revoca tacita, dall'altra, esigendo non tanto la veste scritta quanto almeno l'atto negoziale espresso di revoca. Soluzione assolutamente da non scartare soprattutto per le ipotesi di interazione con la diversa questione delle conseguenze giuridiche ai casi di difetto di forma convenuta.

(L. COVIELLO sr., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, p. 84). Nella dottrina moderna siffatta tesi è recuperata da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 299, ove la precisazione che la forma convenzionale «costituisce un requisito volontario, cioè un requisito che le parti stabiliscono per il loro contratto. Ora, la rilevanza in ordine al contratto che le parti possono attribuire a determinati requisiti è la rilevanza propria della condizione».

⁹⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 162.

La giurisprudenza, tuttavia, «con indirizzo ormai consolidato»⁹⁶, sostiene il principio secondo cui «le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciare al succitato requisito, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento»⁹⁷. In siffatto orientamento il principio di libertà di forma assume una capacità espansiva tale da restringere progressivamente qualsiasi operazione di ampliamento di regole sulla forma.

8. *Cap. V. La coercibilità derivante dal patto sulla forma*

L'ultimo capitolo - secondo l'Autore - «raccolge gran parte dell'interesse del presente studio»⁹⁸, orientato a misurare le «possibilità coercitive» del formalismo convenzionale. L'intensità del vincolo negoziale da cui deriva la veste del contratto definitivo rappresenta il nucleo essenziale dell'indagine al fine di verificare la sua attualità nella prassi.

La fattispecie della clausola di forma contenuta in un contratto definitivo che predispone la forma di un futuro negozio unilaterale compiuto da una delle parti e incidente sulla vita del rapporto contrattuale non assume rilievi problematici per la forte somiglianza con le ipotesi di forme legali. L'atto unilaterale deve avere la forma convenuta dalle parti e il suo compimento da parte del soggetto interessato in una veste diversa comporta la piena invalidità dell'atto, salvo sempre il potere delle parti di revocare convenzionalmente la forma convenuta e quindi di sanare l'atto difforme.

Questa ultima parte del lavoro assorbe l'attenzione dell'Autore sulle diverse ipotesi di forma convenuta mediante contratto normativo e contratto preliminare. La prima figura richiamata incentra l'indagine sulla tipologia di contratto normativo, obbligatorio e bilaterale, dove le parti stabiliscono le clausole che entreranno al momento della conclusione dei contratti particolari. Il punto debole, o meglio la caratteristica, di questa figura sta nel fatto che le parti contraenti non assumono l'obbligo di concludere il contratto particolare, in quanto esse restano sempre libere durante la trattativa per il contratto individuale di poter derogare

⁹⁶ Così, Cass., 22 febbraio 2012, n. 4541, in *Pluris on line*.

⁹⁷ Cass., 22 febbraio 2012, n. 4541, cit.; Cass., 22 agosto 2003, n. 12344, in *Contratti*, 2004, p. 247; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13277, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 163; Cass., 22 febbraio 1990, n. 1306, in *Pluris on line*.

⁹⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 177.

in qualsiasi misura al contratto normativo. Per meglio specificare il punto, il contratto normativo non obbliga le parti ad inserire le clausole del contratto particolare, ma ben può una di esse condizionare la prosecuzione delle trattative o addirittura la conclusione del contratto individuale al non inserimento di tutte o di alcune clausole del contratto normativo nel contratto definitivo. In conclusione, secondo l'Autore, «un contratto normativo bilaterale, contenente una clausola sulla forma essenziale, non svolge alcuna efficacia obbligatoria [...]. Una simile clausola potrà unicamente esser fatta rientrare fra i contratti direttivi (*Richlinienverträgen*), aventi una limitatissima funzione interpretativa nei vari casi concreti, in cui sia possibile ritenere che la stipulazione del contratto particolare, in forma diversa da quella convenuta, non escluda la volontà delle parti di osservare la forma pattuita, e ciò in considerazione delle particolari circostanze in cui la stipulazione aformale è avvenuta»⁹⁹.

Ma il pensiero di Genovese assume tutto il suo carattere originale nel momento in cui richiama per il patto sulla forma la figura del contratto preliminare, una figura forte che obbliga le parti a concludere il contratto definitivo, ancora di più se si pensa alla nuova norma contenuta nell'art. 2932 del codice vigente. Senza volerci attardare sulle dinamiche dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato alla disposizione appena richiamata, Genovese non svia dal problema di verificare se la sentenza del giudice possa sostituire la forma convenuta. La risposta non può essere che negativa, fondata sulla lettera della norma che esclude l'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre nel caso in cui risulti dal titolo, e «non esigendo forma alcuna per la dichiarazione di esclusione, permette anche quella implicita o indiretta, come dev'essere indubbiamente considerata l'ipotesi» della forma concordata¹⁰⁰. La tesi, pur argomentata in guisa raffinata, non ha trovato sponda nella dottrina successiva, la quale ha preso atto della forza vincolante “temperata” del patto sulla forma.

⁹⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 186.

¹⁰⁰ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 189.

9. Cosa lasciano questi studi

Da quanto detto in precedenza, gli studi offerti in rilettura possono ancora oggi risultare utili alla rivoluzione dogmatica intrapresa dalla giurisprudenza¹⁰¹, soprattutto in determinati settori del diritto dove gli interessi della vita di qualsiasi genere entrano in collisione. L'ordito legale vigente lascia ampi spazi agli interpreti decidenti, ma per quanto siano meritevoli questi sforzi di costruire una nuova sistematica del diritto, il limite naturale del caso da risolvere ridimensiona (ovvero meglio: porta alla corretta dimensione) il progetto del nuovo sistema. La giurisprudenza può supplire il legislatore – cioè può fare il legislatore come riconosciuto anche in alcuni modelli giuridici¹⁰² – ma non può sostituirsi alla dottrina. Questa, anche se remissiva¹⁰³, non può abdicare al suo compito principale ed irrinunciabile di ordinare e sistemare il materiale normativo, perché l'ordinamento alla fine è sempre un sistema¹⁰⁴. Sistema costruito dall'esterno, idoneo a giustificare la deduzione teleologica posta in essere da chi applica il diritto. Allo stesso tempo, il sistema partecipa alla produzione del diritto, sia attraverso l'attività di comprensione del contenuto teleologico di una norma o di un istituto giuridico, sia attraverso la realizzazione della coerenza e unità del diritto, quali paradigmi fondamentali per lo sviluppo giudiziale del diritto.

Da qui la nascita di una dogmatica moderna, dal carattere integrale che costituisca il baluardo contro i pericoli di una dottrina che batte sentieri ricostruttivi ignorando l'azione

¹⁰¹ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 266, richiama per il formante giurisprudenziale la sua «natura incrementale».

¹⁰² Il riferimento è al famosissimo art. 1 ZGB, che dà al giudice, in caso di lacuna legislativa, il potere di decidere secondo la consuetudine o, ancora in mancanza, secondo la regola che adotterebbe come legislatore, attenendosi alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli. Per l'azione di *freie Rechtsfindung* della giurisprudenza svizzera si consenta il rinvio a R. FAVALE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, Torino, 2016, p. 32 s.

¹⁰³ Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 s., a fronte di una giurisprudenza posseduta dall'ansia creativa. Questa tentazione in realtà i giudici l'hanno sempre avuta, anche in tempi in cui la posizione del legislatore era forte. Interessanti i contributi di F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, (1911), in *Le prolusioni dei civilisti II (1900-1935)*, Napoli, 2012, p. 1563 ss.; L. COVIELLO sen., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, (1918), in *Le prolusioni dei civilisti II (1900-1935)*, Napoli, 2012, p. 1641 ss.

¹⁰⁴ Utili le avvertenze di M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, 2002, p. XV ss., nell'Introduzione, della ricerca del sistema come «elegante speranza». Inoltre: F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO e F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 1 ss.; C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli, 2009.

della giurisprudenza e di una giurisprudenza che procede in solitudine ignorando le ricostruzioni e le riflessioni della dottrina¹⁰⁵. Una dogmatica integrale che promuova la collaborazione fra dottrina e giurisprudenza¹⁰⁶ diretta ad un solo obiettivo: lo sviluppo del diritto teorico e pratico¹⁰⁷. Una giurisprudenza senza dottrina procede a tentoni, è una pratica cieca e senza principi; una dottrina senza giurisprudenza è una teoria insensibile che perde il contatto con gli interessi reali e vitali¹⁰⁸.

Ritornando ai casi richiamati all'inizio del lavoro, la redazione difforme dell'ordine dell'investitore e l'esecuzione delle relative prestazioni devono far riflettere sulla sua legittimità a chiedere successivamente l'invalidità dell'operazione negoziale posta in essere con l'intermediario. La giurisprudenza consolidata riconosce alle parti contrattuali il potere di rinunciare anche in via tacita attraverso comportamenti incompatibili con il mantenimento della regola di forma prima concordata¹⁰⁹. In alcune decisioni, la S. Corte esige, ai fini della revoca del patto di forma, accanto alla conclusione del contratto informale altresì un comportamento attuativo delle parti incompatibile con l'esistenza del precedente patto¹¹⁰. È evidente che una simile soluzione rafforzerebbe la tesi radicale negativa della forma convenzionale e quella in parte diversa di Genovese, secondo cui «il solo fatto che le parti siano addivenute alla perfezione del contratto senza la forma prestabilita, vuol dire che l'interesse, che una volta le ha mosse a volere una certa forma, non si è fatto più sentire e che per esse non più alcun valore»¹¹¹.

¹⁰⁵ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (1936), rist., Napoli, 2018, nella *Prefazione*, p. IX, discorre di «costruzione dogmatica integrale del diritto».

¹⁰⁶ Ancora oggi stimolanti le pagine di A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 5 ss.

¹⁰⁷ Illuminanti le pagine di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 941 ss., che inserisce il tema entro le orbite della storia e della comparazione, che poi tanto successo avrà nella letteratura comparatistica domestica ed europea.

¹⁰⁸ Sempre attuale è l'insegnamento di P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *AcP*, 1914, p. 1 ss., spec. p. 11 ss., che identifica nella realizzazione delle esigenze della vita, o meglio degli interessi, lo scopo primario dell'attività del giudice, dove la sua decisione esprime non soltanto una *Spezialwirkung* sugli interessi concreti, ma soprattutto una *Generalwirkung* idonea a costituire la base per una elaborazione armonica dei molteplici interessi che in futuro potrebbero entrare in collisione.

¹⁰⁹ Cass., 22 marzo 2012, n. 4541, in *Pluris online*, parla di «indirizzo ormai consolidato».

¹¹⁰ Così, Cass., 10 maggio 2013, n. 11124, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 971, con nota di A. BERTOLINI, *Dell'ammissibilità della revoca tacita del patto sulla forma ex art. 1352 cod. civ.*; Cass., 27 aprile 2017, n. 10379, in *www.cortedicassazione.it*, § 3.4.

¹¹¹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 162. La validità ed efficacia del contratto difforme potrebbe essere anche fondata su una diversa ricostruzione, anch'essa compatibile con il pensiero del nostro Autore, che qualifichi la proposta difforme come proposta non soltanto del contratto ma anche di mutuo

Noi siamo convinti, al contrario, che la strada più proficua per tutelare gli interessi delle parti sta nel rafforzare il ruolo della forma del mutuo dissenso del patto di forma, sulla base di una lettura della disposizione dell'art. 1352 che dia attenzione al profilo della forma del patto. La forma scritta voluta per la redazione di quest'ultimo dal legislatore esprime tutte le sue potenzialità non soltanto in sede di interpretazione del patto dubbio, ma anche in sede di abbandono del patto, al fine di scoraggiare comportamenti a sorpresa in pregiudizio della controparte. Di conseguenza, la conclusione difforme del contratto principale non produce automaticamente mutuo dissenso tacito della convenzione sulla forma, ma il diverso problema della sua invalidità o inefficacia. Per meglio dire, la redazione in forma scritta del patto di forma serve a tutelare le parti dal rischio della revoca tacita. Una conferma della bontà della nostra tesi si ha non appena si volge lo sguardo al modello tedesco, nel quale la dottrina, di fronte alla più agile lettera del § 125 BGB, che non prevede alcuna veste per il patto sulla forma, escogita la figura della clausola di forma doppia con la quale le parti stabiliscono di adottare la forma scritta per l'eventuale mutuo dissenso del patto di forma precedente; e tutto ciò per evitare il fenomeno della revoca tacita¹¹².

Abstract

Il contributo, che parte dall'analisi di due recenti sentenze della S. Corte in materia di contratti di intermediazione finanziaria, rilegge due opere classiche in materia di forme convenzionali al fine di mostrare la loro utilità attuale per una soluzione adeguata del problema delle forme volontarie predisposte per i negozi esecutivi di compravendita dei titoli.

Abstract

The paper starts from the analysis of two recent Supreme Court judgments related to financial intermediation agreements, reviews two works in the field of conventional forms in

dissenso del patto sulla forma e la conseguente dichiarazione difforme dell'oblato, quale atto diretto alla conclusione del contratto e al contratto estintivo del patto di forma. Naturalmente, la diversa ricostruzione pesa in ordine al problema della ripartizione dell'onere della prova, nel senso che la parte che vuole far valere il contratto deve dare la prova che la conclusione difforme del contratto definitivo ha portato anche al mutuo dissenso del patto di forma.

¹¹² Questo problema è sviluppato nel nostro lavoro *Forme convenzionali e mutuo dissenso*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, pp. 341 ss., 353 s.

order to show their current usefulness and provides an adequate solution to the issue concerning voluntary forms in executive agreements for the sale and purchase of securities.

Camerino, dicembre 2019.