

QUESTIONI ATTUALI IN TEMA DI NEOFORMALISMO NEGOZIALE

LEZIONE 23 GENNAIO PROF.SSA ROSALBA ALESSI

La forma del contratto

Riferimenti normativi: artt. 1325, 1350, 1352 c.c.

- nozione di forma del contratto: strumento mediante il quale le parti manifestano la loro volontà verso l'esterno (E. BETTI). Ai sensi dell'art. 1325 n. 4 c.c. costituisce uno degli elementi essenziali del contratto quando risulta prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Ne consegue che, laddove la legge richieda una forma peculiare del contratto, la sua carenza darà luogo a nullità strutturale ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325, n. 4 e 1418, II co., c.c., per mancanza di un elemento essenziale del contratto;
- distinzione tra forma “*ad substantiam actus*” e “*ad probationem*”: nel primo caso la forma è uno dei requisiti di validità del contratto, richiesta dalla legge a pena di nullità *ex art.* 1325 n. 4 c.c. L'art. 1350 c.c. contiene un elenco non esaustivo dei contratti che devono avere la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata). La legge talvolta richiede la forma ai fini probatori: si tratterà della forma *ad probationem*, ovvero volta alla prova dell'avvenuta conclusione del contratto (ad esempio artt. 1888, 1967, 2556, I co., c.c.);
- tradizionale funzione della forma scritta *ad substantiam*: rendere maggiormente certa l'espressione della volontà, imporre alle parti un'adeguata ponderazione dell'atto che compiono vista la rilevanza degli effetti che incidono profondamente sulle loro sfere giuridiche, per assicurare la certezza della circolazione dei diritti sia tra le parti che nei confronti dei terzi. In alcuni casi, poi, il Legislatore non si limita a richiedere la forma scritta ma prescrive l'adozione dell'atto pubblico: ad esempio ciò avviene per la donazione in cui la forma “forte” sopperisce alla causa “debole” quale quella liberale;
- Il sistema normativo (artt.1325 n 4 e 1350 c.c.) conferma il principio della libertà delle forme: se non è prescritta una determinata forma, il consenso delle parti può essere manifestato con qualsiasi modalità di espressione del volere. I vincoli di forma sono, dunque, un'eccezione;
- forma convenzionale: l' art. 1352 c.c. dispone che le parti possono imporre un onere formale a un negozio a forma libera. La forma convenzionale si presume pattuita *ad substantiam*. Si discute, però, se si tratti di una presunzione “*iuris tantum*” o “*iuris et de iure*”;
- il principio di simmetria delle forme e la forma dei contratti accessori: i contratti accessori (che si distinguono in strumentali, se sono prodromici, funzionali rispetto alla stipulazione

di un contratto principale, es. procura, contratto preliminare, , e dipendenti, cioè subordinati ad un altro contratto da cui dipendono, es. revoca, recesso, disdetta, negozio di accertamento, mutuo dissenso) devono rivestire la stessa forma dei contratti cui accedono e, quindi, nel nostro ordinamento vige o meno il principio di simmetria delle forme? Esistono casi in cui la risposta è data dallo stesso legislatore, come per il contratto preliminare (art. 1352 c.c.), la procura (art. 1392 c.c.) e la ratifica (art. 1399 c.c.). Il problema si pone tutte le volte in cui il legislatore non prevede nulla circa la forma dei negozi strumentali e dipendenti;

- il problema della forma del mandato , le posizioni della dottrina ,le oscillazioni della giurisprudenza.

Il neoformalismo negoziale

- neoformalismo di protezione: la forma è prevista a tutela di una parte, il consumatore, al fine di colmare il *gap* informativo strutturalmente esistente nel rapporto tra lo stesso e il professionista. Il vincolo di forma si proietta al di fuori del contratto, riguardando anche gli atti che lo precedono, a presidio di una corretta, adeguata, ed esaustiva informazione precontrattuale. L'esigenza di garantire l'informazione, sinonimo di trasparenza contrattuale, si traduce nella imposizione non solo della forma scritta ma anche nella prescrizione di vincoli ulteriori come, ad esempio, l'uso, nella redazione dell'atto, di un linguaggio semplice e comprensibile, che assicuri chiarezza (ad esempio art. 35, cod. cons.);
- la nuova funzione della forma: nella legislazione consumeristica, la forma svolge la nuova funzione di protezione del consumatore, contraente debole, richiamando la sua attenzione sul contenuto del contratto che va stipulando, nell'esigenza di una responsabilizzazione del suo consenso considerato “debole”;
- le prescrizioni di forma-contenuto: in alcuni casi il vincolo di forma comprende la prescrizione di un determinato contenuto ai fini della trasparenza. Ad esempio, nei contratti di investimento su prodotti finanziari o per la prestazione di servizi finanziari stipulati a seguito di offerta fuori sede, il Legislatore, all'art. 30, co. 7, T.U.F., prevede la necessaria indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari sanzionando l'omissione della stessa con la nullità di protezione del cliente;
- ridimensionamento del principio della libertà delle forme come conseguenza delle regole di armonizzazione dettate dalle direttive comunitarie in tema di contratti professionisti-consumatori: il moltiplicarsi delle regole di forma nei contratti dei consumatori ridimensiona il principio della libertà della forma fino a dover prendere atto che il rapporto tra la regola – forma libera – e l'eccezione – forma vincolata – in diversi contratti di consumo tende a

capovolgarsi;

- il problema del carattere (non più strutturale bensì) funzionale o assiologicamente orientato della forma: nell'ambito del neoformalismo, o formalismo negoziale, il vincolo di forma imposto dal legislatore può/deve essere inteso secondo la funzione della norma, con conseguenze in punto di rimedi?

–

Casi di neoformalismo nella disciplina di fonte comunitaria

- per i contratti bancari e di credito al consumo: artt. 117 e 125 *bis* T.U.B.
- nel settore dell'intermediazione finanziaria: art. 23 T.U.F.
- nella disciplina dei contratti di multiproprietà: art. 71 cod. cons.
- per la vendita di pacchetti turistici: artt. 35 e ss. codice del turismo
- per i contratti negoziati a distanza e fuori dai locali commerciali: art. 49 cod. cons.

Questioni attuali in tema di formalismo negoziale

- servizi di investimento e contratti monofirma

Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 16 gennaio 2018, n. 898

la questione affrontata è se sia valido o meno il contratto-quadro prodotto in giudizio recante la sola sottoscrizione del cliente. Le Sezioni Unite, osservato che la nullità *ex* art. 23 T.U.F. è di protezione, in quanto prevista nell'esclusivo interesse del cliente, sostengono l'irrilevanza della mancata sottoscrizione del delegato della banca affermando, in particolare, il seguente principio di diritto: “Il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando della sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti”;

- nullità del contratto di locazione senza forma scritta

Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 17 settembre 2015, n. 18214

le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta (art. 1, co. 4 della L. 431/1998) è affetto da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, attesa la *ratio* pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale, eccettuata l'ipotesi in cui la forma verbale sia stata imposta dal locatore, in quanto in questo caso si tratterebbe di nullità di protezione a favore del conduttore, solo da lui denunciabile.

Giurisprudenza

Sulla forma del mandato

Cass. civ. Sezioni Unite 18 ottobre 1954, n.33861

Cass. civ. 2 luglio 1990, n.6764

Cass. civ. 2 settembre 2013, n.20051

– *Sulla forma del contratto d'investimento*

Cass. civ. 22 marzo 2012, n.4564

Cass. civ. 24 marzo 2016, n.5919

Cass. civile Sez. I, ord. 27 aprile 2017, n. 10447

Cass. civ. Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898

Riferimenti dottrinali

U.BRECCIA , *La forma*, in Trattato del Contratto, diretto da V. Roppo, vol I, Formazione, Milano, 2006, p. 535

U.CARNEVALI, *Mandato*, in Enc. Giur. Treccani, 1990, 3

A.LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di Cicu e Messineo,, Mengoni, Milano, 1984, volume XXXII, p. 369 ss.

E.BUDA, (a cura di) *Mandato e trasferimento immobiliare*, in I contratti, 3/2016, 267 ss (sintesi di dottrina e giurisprudenza)

- R. ALESSI-V. MANNINO (a cura di), *Profili del neoformalismo negoziale*, Jovene editore, 2013;
- L. MODICA, *Cass. Sezioni Unite 18214/2015: i giudici di legittimità sulla «interpretazione assiologicamente orientata» delle nullità per vizio di forma*, in Diritto civile contemporaneo, Anno II, numero IV, ottobre/dicembre 2015;
- D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in I Contratti, 4/2017, p. 393