

1. il 1) principio della libertà delle forme versus principio della forma funzionale.

a) tesi tradizionale del principio della libertà delle forme.

secondo questa tesi nel nostro ordinamento l'art. 1325 n.4 cc sancisce il c.d. "principio della libertà delle forme", secondo il quale i contraenti, nell'esplicazione del loro potere di autonomia privata, sono liberi di scegliere le forme che preferiscono per concludere i contratti, senza dover osservare particolari formalità di sorta. argomenti a sostegno:

1) logico - a contrario: considerare una determinata forma sempre quale elemento essenziale del contratto, vorrebbe dire aggravare significativamente l'autonomia privata, attese le conseguenze che deriverebbero dalla sua mancanza. l'assenza della forma "ad substantiam" comporterebbe infatti *sempre la nullità del contratto*, con conseguente possibilità per le parti di *ripetere ai sensi dell'art. 2033 c.c.* quanto versato in base al contratto dichiarato nullo, e senza facoltà per i contraenti di effettuare alcuna convalida o ricognizione su una pattuizione nulla.

2) letterale:

confirma nell'art. 1325, il quale elencando i requisiti del contratto, indica anche la forma, ma solo quando essa risulta prescritta dalla legge a pena di nullità; la norma, insomma, viene interpretata nel senso che, *se la legge non prescrive alcuna forma, le parti sono libere di scegliere in tal senso.*

in virtù del disposto dell'art. 1350 c.c., che al n. 13 impone la forma scritta dell'atto pubblico o della scrittura privata "per gli altri atti specialmente indicati dalla legge", *confermando così che solo in casi tassativi è necessaria una certa figura esteriore dell'atto.*

3) precipitato di altri principi: principio dell'autonomia privata e aggancio costituzionale nell'art. 41 che sancisce il principio di libertà dell'attività economica privata, ravvisando quindi in tutte le norme che impongono un determinato onere formale un limite a tale libertà (prosperi), e affermando che le forme vincolate, per il loro esasperato tecnicismo, lungi dall'agevolare i soggetti più deboli, spesso li confondono e pregiudicano i loro interessi.

conclusione: la forma ad validitatem è un'eccezione, mentre il principio della libertà delle forme è la regola.

b) tesi recente del principio della forma funzionale. secondo questa tesi la forma va valutata come elemento essenziale in base a un'analisi assiologicamente orientata in funzione dei valori fondamentali del sistema. dunque, per stabilire, nel silenzio della legge, se la forma è prevista ai fini della validità o meno del contratto, è necessario operare un'indagine in concreto che valuti con metodo casistico lo specifico tipo contrattuale preso in considerazione e le finalità che il legislatore attribuisce alle prescrizioni di forma. pertanto:

se la forma ha una rilevanza pubblicistica, in grado di soverchiare la posizione e la volontà dei contraenti, allora dovrà essere considerata come prevista "ad substantiam", e la sua carenza darà vita ad una nullità assoluta, insanabile.

se invece la forma è prevista per proteggere una singola parte contrattuale, la nullità sarà relativa, indipendentemente dalla previsione normativa

pro

a) logico: l'autonomia non va confusa con libertà. la prima è fisiologicamente limitata. inoltre, spesso la forma tutela il contraente debole rispetto alle sorprese e agli abusi del più forte, o il contraente adempiente rispetto a quello inadempiente. insomma, come è stato giustamente rilevato, il formalismo può essere ispirato a ragioni di garanzia e alla promozione di interessi e valori diversi, ma non per questo meno importanti, dalla generica libertà;

b) letterale:

i - manca una norma che fissa regola libertà delle forme.

ii - dal tenore letterale dell'art. 1325 è possibile distinguere tra *contratti deboli e forti*, che non si pongono in termini di regola eccezione.

iii - l'art. 1325, infatti, non dice che la forma è un requisito del contratto quando è prescritta dalla legge; bensì "quando risulta prescritta dalla legge": in base a 1325 la forma è un risultato interpretativo, non un'esplicita prescrizione normativa (irti); è l'interprete, quindi che deve stabilire se un determinato negozio deve rivestire una forma determinata o meno.

iv - né potrebbe ricavarsi dall'art. 1350,

perché l'avverbio specialmente non è sinonimo di "eccezionalmente"

va inteso nel senso che, *oltre ai numeri dell'1 al 12*, che indicano categorie generali di atti, devono farsi per iscritto anche tutti gli altri atti indicati dalla legge non per categorie, ma per specie

v 1352 che consente le forme convenzionali rovescia l'asserita regola delle libertà delle forme, riconoscendo ai privati la facoltà di vincolarsi all'osservanza di forme negoziali non previste dal legislatore, condurrebbe ad una "naturale" espansione del formalismo,;

le norme sulla forma non sono di ordine pubblico (atto che la forma dell'atto stipulato all'estero diversa da quella prevista dalla legge italiana v.art. 26),

polifunzionalità della forma

ampliamento delle norme in cui è prescritta una determinata forma e che prescrivono oneri formali incidenti sul contenuto

17.forma

2. polisemicità del termine forma nel mondo del diritto

a - «l'aspetto esteriore che assume (in generale, un fenomeno rilevante per il diritto, ed in particolare) un atto giuridico»;

b -altre volte viene utilizzato «come equivalente delle espressioni 'categoria', o 'modello', ovvero al posto del lemma 'tipo'» (art. 1400 c.c., dove si prevedono "speciali forme di rappresentanza")

c -altre volte, ancora, viene impiegato come sinonimo di procedimento: è il caso, ad es., dell'art. 107 c.c. dove si fa riferimento alla "forma" di celebrazione del matrimonio

d -infine è spesso associato a <<esteriorità che seguono la manifestazione di volontà (trascrizioni, iscrizioni) o che, addirittura, la eseguono (consegna della cosa nel comodato)» (sacco).

3. modi di esternazione della volontà.

la manifestazione di volontà è un elemento essenziale di tutti gli atti giuridici (negoziali e non).

a seconda dei modi con i quali la volontà viene esternata la manifestazione di volontà può essere:

a -dichiarazione espressa è un pensiero diretto ad altri ed è fatto con parole, cenni, scritti

b dichiarazione tacita o indiretta o comportamento concludente si ha quando comportamento che risulti incompatibile con una -pregressa- volontà (contraria) i casi l'ordinamento non si accontenta di una

c negozio attuativo, laddove mediante un certo comportamento si dà, appunto, attuazione ad un contratto. ma si tratta in realtà di una dichiarazione espressa (es 477,478, 1327, convalida negozio annullabile).

d silenzio circostanziato. di regola il silenzio non esprime una volontà: qui tacete neque voluit neque consentire videtur. anzi, il comportamento silente può essere contrario a buona fede. in casi eccezionali il silenzio può, tuttavia, assumere significato di manifestazione della volontà:

➤ qualora sia la legge (cd **dichiarazione legalmente tipica**) ad attribuirgli tale qualifica (es. art. 1333 c.c.),

➤ oppure qualora si accompagni a determinate circostanze n concreto (**c.d. "silenzio circostanziato"**),

➤ o ancora laddove vi sia un'espressa pattuizione preventiva che imponga ai contraenti di esprimersi, e questi restino invece silenti (cd **silenzio convenzionale**)

17. forma

4. Forma degli atti giuridici

A) Forma degli atti giuridici in senso stretto.

Difettano di una disciplina generale
 il codice non distingue espressamente tra atti in senso stretto, fatti e negozi e ciò anche in punto di forma;
 si ritiene che il 1324 cc sia applicabile solo agli atti negoziali unilaterali
 gli atti giuridici in senso stretto hanno una speciale disciplina sulla forma (es riconoscimento figlio naturale, confessione, atto di scelta amministratore di sostegno ecc).

B) Forma degli atti negoziali.

i) Fondamento normativo della forma contrattuale.

l'art. 1325 n. 4 c. prevede che la forma è un requisito essenziale del contratto quando è prescritta a pena di nullità;
 la sua carenza dà luogo a nullità strutturale in virtù del combinato disposto degli artt. 1325 n. 4 e 1418 II co. c.c. per mancanza di un elemento essenziale del contratto
 1324 cc estensione ai negozi unilaterali
 1352 forma convenzionale
 1351 forma preliminare

ii) Contrasto di significati rapportabile al confronto tra la teoria della volontà e teoria precettiva.

> Nella teoria volutaristica, in particolare, la forma viene considerata come il mezzo attraverso il quale si esteriorizza (ed acquista rilievo giuridico) la voluntas del soggetto, altrimenti destinata a restare confinata nel foro delle pulsioni psichiche interne

>> In questo caso (Santise) la forma è vestimentum del contratto che, costituendo il minimum indefettibile affinché la volontà da mero fatto psichico assuma rilievo giuridico, risulta indefettibile

>> Diverso dal vestimentum è l'instrumentum, ovvero il documento contenente il contratto

>> carenza dà luogo a nullità

> Nella teoria c.d. precettiva, invece, la forma tende ad essere identificata con il negozio stesso nella sua dimensione oggettiva e sociale, con ciò valorizzandosi il profilo sostanzialmente unitario della fattispecie negoziale.

> Risponde alla necessità che qualsiasi manifestazione di volontà si estrinsechi nella realtà esterna per assumere rilevanza giuridica, divenendo così conoscibile dai terzi; ciò in linea con il fondamentale principio di affidamento e con la connessa esigenza di assicurare la certezza e celerità dei traffici giuridici (Santise).

> La carenza dà luogo a inesistenza (recte, a un fatto non qualificabile come atto).

17. forma

5. Cenni di diritto romano. Il formalismo negoziale nel diritto romano.

A Nel diritto romano classico l'accordo non era direttamente rilevante quale fonte di obbligazione secondo la regola *nudum pactum non parit obligationem* («il nudo patto non produce un'obbligazione»). Per far sorgere il vincolo obbligatorio occorre dunque dei negozi formali:

· **GESTA PER AES ET LIBRAM**: atti compiuti con il bronzo e la bilancia (retta del **LIBRIPENS**), alla presenza di 5 testimoni, cittadini romani maschi puberi. Sono tutti negozi **BILATERALI** (con due parti). Ce ne sono tre tipi:

- a. **NEXUM**: antica forma di mutuo, in cui si pesava ciò che veniva prestato e da questo si assumeva un'obbligazione di restituire altrettanto (per restituire bisognava fare la -->
- b. **SOLUTIO PER AES ET LIBRAM**: atto di liberazione dal **NEXUM** (il **NEXUM** sparirà molto presto, nel IV secolo circa).
- c. **MANCIPIATIO**: ha vita più lunga e applicazioni molto ampie, comporta l'acquisto di potere su persone e/o cose in favore del **MANCIPIO ACCIPIENS** che è colui che parla e si avvantaggia (può anche essere schiavo o **FILIUS FAMILIAS**), mentre il **MANCIPIO DANS** perde.

□ 2) **IN IURE CESSIO**:

Nella **LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM**, il convenuto aveva la possibilità di tacere e dare luogo a una *facta confessio*. Questo processo, ad un certo momento, viene utilizzato dai cittadini come negozio. Caio è l'acquirente: egli dice che la cosa è sua, l'attuale proprietario sta zitto, la cosa diventa di Caio. È un uso negoziale del processo.

□ 3) **SPONSIO**:

Diventa in un secondo momento **STIPULATIO**. C'è sempre il verbo **SPONDEO** (formalità semplicissima ma **OBBLIGATORIA**). È un negozio avente effetti obbligatori. Prende l'iniziativa chi acquista il vantaggio. Le parti possono indicare l'oggetto che più preferiscono. Questa libertà è un correttivo alla tipicità negoziale (si hanno pochi negozi a disposizione, però hai la **SPONSIO** dentro alla quale puoi mettere qualsiasi esigenza).

□ Attorno al II secolo d.C. si creano nuovi negozi **NON-FORMALI** del *ius gentium*: *emptio venditio*, *societas*, *locatio-conductio*, *mandatum* ecc.

17.6 classificazioni in base alla forma

una prima distinzione è se la forma sia o meno elemento strutturale

- negozi solenni o formali o a forma vincolata o a struttura forte in cui la forma è elemento essenziale del contratto
- negozi a forma libera o aformali o a struttura debole. sono tutti i negozi diversi da quelli solenni, per i quali sono sufficienti accordo, causa ed oggetto.

una seconda distinzione è in base alla fonte della forma:

- forma legale: si ha quando è imposta dalla legge
- forma convenzionale: si ha quando le parti abbiano siglato un accordo sulla forma ex art. 1352 cc

una terza distinzione si basa sul ruolo della forma

- forma ad substantiam o ad vliditatem quando la forma è prevista per la validità dell'atto
- forma ad probationem: si ha quando la forma è richiesta per provare la stipula

una quarta distinzione è tra forma e formalità

- la forma è un elemento strutturale del contratto
- le formalità sono adempimenti che possono essere anche burocratici, che perseguono una finalità di tutela dell'affidamento dei terzi e di certezza del diritto

i -responsabilizzare le parti sulla dichiarazione che andranno a fare;

non a caso il contratto che più di ogni altro richiede un onere formale è la donazione, perché è quello per cui le conseguenze sono più gravi;

ii -esigenze di certezza dell'atto, per cui è più semplice rendere edotti i terzi della vicenda, provarne il contenuto, ecc.

Collegata a questa esigenza, quindi, c'è quella di semplificazione e prevenzione delle liti;

la forma si atteggia anche come pre-requisito della pubblicità:

così, ad esempio, nell'ipoteca (occorre atto pubblico per iscrivere)

nel pegno c.d non possessorio, la forma scritta oltre a essere chiesta a pena di nullità è strumentale all'iscrizione.

iii -esigenze di pubblicità e opponibilità ai terzi;

in determinati casi, infatti, pur essendo il contratto a forma libera, tuttavia la forma scritta è richiesta ai fini della trascrizione (come accade per la vendita di autoveicoli).

iv -altre volte, poi, la forma "forte" sopperisce anche alla causa "debole",

quale quella liberale, come nel caso delle donazioni

v -la forma può avere l'ulteriore funzione di strumento di protezione per il contraente debole:

- Così, ad esempio, l'art. 1284 III co. c.c.;
- Contratti con la pa
- Contratti del consumatore

vi -Altre volte, poi, la forma costituisce lo strumento scelto dal legislatore per tutelare interessi generali,

come quelli dell'Amministrazione Tributaria, al fine di combattere il fenomeno deleterio dell'evasione fiscale (es registrazione locazione).

17.7 le formalità

□ Pubblicità notizia.

La c.d. "pubblicità notizia" mira a rendere conoscibile un atto (o il suo contenuto) ai terzi, senza intaccare in alcun modo però la validità e l'efficacia dell'atto, né tantomeno l'opponibilità ai terzi in caso di inattuazione della pubblicità.

La pubblicità notizia costituisce infatti tecnicamente un onere e non un obbligo giuridico, il cui inadempimento comporta dunque effetti sfavorevoli soltanto per chi non la attui.

Si pensi, ad esempio, all'inosservanza della formalità delle pubblicazioni prematrimoniali, che comporta solo l'applicazione di sanzioni pecuniarie a carico dei nubendi ex art. 134 c.c

□ Pubblicità costitutiva.

E' eccezionale e si ha qualora l'ordinamento la richieda per l'esistenza stessa dell'atto nella realtà giuridica e, dunque, per la sua stessa validità.

i iscrizione ipoteca.

registrazione pegno possessorio

□ Pubblicità Dichiarativa.

La pubblicità dichiarativa assicura l'opponibilità degli atti nei confronti dei terzi, senza incidere in alcun modo sulla validità degli atti che ha ad oggetto.

Quella dichiarativa costituisce la funzione tipica e fisiologica che la pubblicità svolge nel nostro ordinamento.

risolve i conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore o, meglio, dirime i conflitti che possono insorgere tra diversi titoli traslativi in caso di vicende circolatorie dei diritti.

Ipotesi di pubblicità dichiarativa sono:

i Trascrizione (rinvio)

ii Annotazione (rinvio).

• 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 consumatore 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

forma scritta

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, 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;

• la forma, da "contenitore" e figura esteriore del solo contratto, si estende fino a ricomprendere la fase della contrattazione anteriore alla sua stipulazione ed il suo contenuto in modo puntuale.

in questo senso è stato acutamente osservato in dottrina (masucci), che la forma del contratto nel contesto del diritto civile influenzato dal diritto comunitario rende più sfumata la differenza tra forma dell'atto contrattuale e forma dell'attività contrattuale.

si ha quindi il passaggio da forma vestimentum, a forma contenuto e infine a forma attività.

• il 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 capovolgersi;

• 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. forma scritta a pena di nullità per i contratti bancari e di credito al consumo e la forma deve investire anche il contenuto contrattuale e l'informazione precontrattuale

□ nel settore dell'intermediazione finanziaria: art. 23 t.u.f. impone la forma scritta a pena di nullità per i contratti legati a servizi finanziari, e che un esemplare dev'essere consegnato all'investitore, mentre il terzo comma di questa norma prevede che la nullità per difetto di forma può essere azionata solo dal cliente, atteggiandosi dunque quale nullità di protezione.

□ nella disciplina dei contratti di multiproprietà: art. 71 cod. cons. forma scritta a pena di invalidità che coinvolge sia profili contenutistici che informativi

□ per la vendita di pacchetti turistici: artt. 35 e ss. codice del turismo forma scritta a pena di invalidità che coinvolge sia profili contenutistici che informativi

□ per i contratti negoziati a distanza e fuori dai locali commerciali:

art. 49 cod. cons. una serie minuziosa di informazioni precontrattuali e, in caso di controversia circa l'adempimento degli stessi, il X co. dell'art. 49 realizza un'inversione del carico probatorio, ponendo a carico del professionista l'onus probandi del relativo adempimento.

L'art. 50 del Codice del Consumo, in relazione ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, sancisce che le informazioni di cui all'art. 49 devono essere contenute in un supporto cartaceo o altro mezzo durevole.

l'art. 53 d.lgs. n. 206/2005 prevede poi, nel caso in cui il professionista non abbia fornito le informazioni necessarie si ha pentimento del consumatore, che il periodo di recesso legalmente determinato in 14 giorni si dilata fino a terminare dopo 12 mesi dalla fine del periodo di recesso iniziale determinato dall'art. 52, comma secondo.

□ legge subfornitura, che, pur rivolgendosi all'imprenditore debole, e dunque non ad un contraente debole in senso stretto come il consumatore, all'art. 2 prescrive la forma scritta a pena di nullità, nullità, questa, che è pacificamente intesa come relativa, confermando così che la forma integra un presidio per l'imprenditore che sia vittima dell'abuso di subfornitura.

contratto monofirma: è valido un contratto bancario senza la firma dell'intermediario? cioè solo con la firma del cliente?

contrasto

tesi firma ad substantiam. □ il primo risultava più aderente alla concezione classica della forma, positivamente vincolata ai fini della validità dell'atto negoziale, che riflette l'inclusione del requisito tra gli elementi costitutivi della fattispecie- tutela interesse generale del mercato

tesi funzionale della firma. basta la firma del cliente perchè questa è posta a sua tutela

(cass. civ. ss. uu., 16 gennaio 2018, n. 898 risolve contrasto e aderisce alla seconda tesi sulla base delle seguenti argomentazioni

a) nei contratti bancari del tub vige il principio della forma scritta e della consegna della copia al cliente

b) la previsione del requisito formale serve alla più estesa ed approfondita conoscenza, da parte del cliente, del contenuto del regolamento contrattuale predisposto dalla controparte e cui lo stesso si accinge ad aderire (esigenza di trasparenza);

c) se c'è firma del cliente quella della banca può dirsi assorbita, essendo un dato formale irrilevante

d) irrilevante la mancata previsione del rilievo d'ufficio della nullità perchè questo è sempre possibile se non vi è una ragione più liquida per respingere pretesa azionata

conseguenze

a) la nullità dell'art. 117 tub per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente, così come è a tutela esclusiva di quest'ultimo la previsione della consegna del contratto;

b) il vincolo di forma imposto dal legislatore va inteso secondo quella che è la funzione propria della norma (di protezione del cliente) e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità;

c) come per i contratti quadro nell'ambito della intermediazione mobiliare, anche per i contratti bancari, compreso quello di conto corrente, perchè sia rispettato l'onere della forma scritta, è sufficiente che il documento negoziale sia stato sottoscritto soltanto dal cliente, potendosi invece desumere il consenso della banca dal comportamento concludente normalmente manifestato attraverso l'apertura del conto e la sua concreta operatività.

critiche

i- svaluta la sottoscrizione di entrambe le parti, andando di contrario avviso a quanto risulta dal dato letterale: perchè quella della banca è irrilevante e quella del cliente rileva a condizione che questi sollevi l'eccezione o che la stessa sia sollevata dal giudice;

ii- non tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale prevalente sul 1284 co 3 cc secondo cui occorre la sottoscrizione di banca e cliente. sarebbe necessario un mutamento di giurisprudenza o una sigla separata di questo accordo, dicendo che dichiarazione unil è idonea a conclusione

iii- sposta l'oggetto dell'onere della prova dalla sottoscrizione al comportamento successivo della banca e del cliente, da cui possa desumersi presuntivamente la conclusione del contratto e la sua esecuzione.



1.1.1. Forma contrattuale

A. Notione patto sulla forma. Il patto sulla forma è quello con cui le parti convengono di adottare per uno o più atti una forma determinata.

B. Fondamento normativo. V. 1352 cc.

C. Struttura. Il patto può essere autonomo, oppure costituire la clausola esecutoria.

1. Ci si può domandare se il preponente possa imporre all'interlocutore un determinato atto formale.

1. BIANCA prospetta per la risposta positiva, sostenendo che il potere di accertazione è conferito dall'art. 1352 c.c. e può essere esercitato in qualsiasi momento, con o senza l'obbligo di concludere la futura prestazione che diventerà intercorrente con il tempo.

D. Natura giuridica.

1. Teori minoritarie. Secondo parte della dottrina i convenuti la interpretazione sulla forma è un contratto preliminare.

1. In concreto è stato osservato che le parti non si impegnano a stipulare un futuro contratto, ma esclusivamente ad adottare per la conclusione dello stesso una determinata forma.

1. Teori prevalenti. Secondo altra parte della dottrina, sulla forma invece si applica il principio di interpretazione, con il che il fatto di concludere la futura prestazione che diventerà intercorrente con il tempo.

1. In questi casi il patto di forma "volontaria", di corso regolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

E. Anche applicativi atti unitari?

1. Teori positive, la norma si applica anche agli atti unitari, in virtù del rinvio che per l'1352 opera alle norme sui contratti per le parti stabilite che il rinvio opera a tutto patto.

1. Teori negative.

1. In primo luogo gli esempi fatti rimandano a contratti bilaterali in cui convenzionalmente viene stabilita una determinata forma.

1. Il problema dell'interdittività agli atti unitari dell'art. 1352 si risolve, nel senso che ci si accorda su un oggetto senza impegnarsi unilateralmente verso un altro ad assumere impegni in tal senso.

1. La risposta negativa sembra preferibile.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso regolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

1. Nel caso di un patto di forma "volontaria" di corso irregolare, che è disciplinato e quale legge, risponde invece da norma di legge.

17.18- forma dei contratti accessori

a- nozione di contratti accessori . . .

b- casi di simmetria legale, vi sono dei casi in cui è la legge stessa a fornire la risposta all'interrogante.

c- casi non disciplinati.

D- casistica rilevante (Sandrie-Curiospendenza)

con la locuzione "contratti accessori" si intendono sia i contratti strumentali, ovvero quelli che sono prodromici, funzionali alla stipulazione di un contratto principale (es. procura, contratto preliminare, mandato) sia quelli dipendenti, cioè subordinati ad un altro contratto da cui dipendono (es. revoca, recesso, dissoluta, negozio di accertamento, mutuo dissenso).

sono avvertiti da un collegamento negoziale (tecnico, logico e genetico)

è legittimo vale anche per la forma? si applica principio accessorium sequitur principale?

come per il contratto preliminare (art. 1322 c. c.), la procura (art. 1392 c.c.) e la ratifica (art. 1399 c.c.).

- tesi della libertà delle forme, ha ritenuto che i negozi accessori non necessitano della forma richiesta dalla legge per il contratto principale
- tesi del principio di simmetria, per un altro filone interpretativo, invece, esigenza di certezza del diritto da un lato e ricorrenza di uno stretto rapporto di accessorietà tra i negozi dall'altro, impongono il rispetto del requisito della forma vincolata a pena di nullità anche per i negozi dipendenti e strumentali, vale a dire che nel nostro ordinamento esisterebbe, accanto al principio di libertà delle forme, anche quello di simmetria delle forme, per cui i negozi che accedono a quello principale, formale, dovrebbero rivestire a pena di nullità, in modo simmetrico e specularmente, la figura esterne richiesta per il contratto-base.
- tesi della forma funzionale, in cui si esamina se la forma è strumentale alla causa negoziale.

1-forma procura rilasciata per la diffida ad adempiere

- i- Tesi libertà delle forme. Secondo una prima impostazione, liberale, la procura rilasciata al procuratario per diffidare la controparte all'adempimento al sensi dell'art. 1454 c.c. non richiederebbe alcuna forma scritta, quale il principio di libertà delle forme, forma scritta per la diffida ma non per la procura.
- ii- tesi simmetria. Procura è negozio presupposto e quindi necessità della forma scritta per principio simmetria. Altri osservano che la simmetria è rispetto al contratto cui si riferisce diffida
- iii- le Sezioni Unite della Cassazione Civile con sentenza n. 14202/2017 hanno accolto la tesi più rigorosa, stabilendo che la procura per la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. dev'essere rilasciata per iscritto, indipendentemente dalla forma richiesta per il contratto da risolvere. Per contratto si deve intendere negozio, siccome ad incidere unilateralmente su altrui sfera giuridica

2-forma mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili

- i- Tesi della forma scritta.
- per altri si applica 1351 cc perchè mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili è forma preliminare immobiliare
- ii- Suprema Corte e Sezioni Unite con la risalente sentenza n. 3861/1954 ritenne indispensabile la forma scritta del mandato, trattandosi di "negotio iure al trasferimento del bene immobile".
- iii- Tesi della libertà delle forme. In tempi più recenti, però, la Suprema Corte con la sentenza n. 19402/2013

si occorre distinguere il profilo interno gestito tra mandante e mandatario e quello esterno. Solo per il secondo occorre forma scritta, perchè qui si realizza trasferimento

il mandato non costituisce fonte di alcun atto di acquisto del diritto di proprietà, facendo sorgere in caso di mandato soltanto il diritto al ritraffimento

il per la Cassazione non è immaginabile un'equiparazione con il preliminare, essendo quella di cui all'art. 1351 c.c. un'ipotesi normativa eccezionale, pertanto non estendibile in via analogica

3-forma dei negozi risolutivi

- i- Tesi negativa- libertà forme. A sostegno della tesi
- 1- si porta il cosiddetto principio della libertà delle forme.
- ii- Il negozio risolutivo, tra l'altro, non trasferisce diritti immobiliari, e quindi necessariamente non è soggetto all'onere formale cui sono assoggettati tutti i negozi che hanno ad oggetto il trasferimento di diritti reali
- iii- Mitigato esigenze di certezza, nel senso che risulta molto difficile privare che una dichiarazione a struttura forte è stata risulta da una dichiarazione a struttura debole, per cui esigono maggiori difficoltà di prova
- iv- si è detto che il negozio in questione realizza la stessa vicenda del contratto risolto, e quindi dovrebbe essere corretto assoggettato allo stesso onere di forma, dal momento che ha gli stessi effetti del negozio di primo grado, sia pure in senso inverso
- v- il principio di simmetria estrapolando dal codice un principio, secondo cui sono soggetti alla forma scritta non solo tutti gli atti che trasferiscono un bene immobile, ma anche quelli che assolvono ad una funzione strumentale relativamente a vicenda immobiliare: ciò lo si deduce in particolare dal numero 12 dell'art. 1350, ove la forma scritta è prevista per le transazioni che hanno ad oggetto diritti immobiliari

4-forma mutuo dissenso in particolare

- i- Tesi contrarius actus- secondo una parte della dottrina (Dogana) e della giurisprudenza (Cass. 30 agosto 2005, n. 17503) è un nuovo contratto con contenuto uguale e contrario a quello del negozio originario. Infatti, essendo irreversibili gli effetti negoziali realizzati, essi possono essere eliminati soltanto attraverso un contro- negozio (i.e. contrarius actus)- tesi formale
- ii- Tesi del contrarius consensus- secondo altri autori (Bazzoni) è un negozio risolutivo; tuttavia, nei negozi traslativi (ad es. nella compravendita), onde realizzare il ritraffimento del bene dall'acquirente all'alienante, sono necessari due negozi: uno di mutuo dissenso, avente natura obbligatoria, col quale l'acquirente si obbliga a ritraffere il bene all'alienante (che subisce di animamento del primo negozio) e l'altro di adempimento solutione causa, con cui si realizza il ritraffimento del bene
- iii- n. 20445/2011 della Suprema Corte, pur accogliendo la teoria del contratto di animamento, ha comunque ritenuto necessario a pena di nullità la forma scritta del mutuo dissenso riferito ad un contratto a forma vincolata.

mutuo dissenso è atto di risoluzione a carattere convenzionale, espressione dell'autonomia negoziale delle parti, assimilabile anche in relazione a contratti ad effetti reali, di vita ed un effetto ripristinatorio a carattere retroattivo

dell'art. 2655 c.c., che prevede che la risoluzione di un atto trascritto o iscritto nei registri immobiliari deve essere annotata in margine alla trascrizione e alla iscrizione dell'atto stesso. L'ultimo comma dell'art. 2655 c. c. stabilisce inoltre che l'annotazione si effettua non già solo in base ad una sentenza, ma anche in base alla convenzione da cui risulta "uno dei fatti soprannominati", vale a dire la convenzione ripristinatoria o mutuo dissenso

5-forma negozio fiduciario

- i- Cass. civ. sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459
- ii- Le SS.UU. aderiscono all'ultima tesi evidenziando che non è possibile equiparare il negozio fiduciario al contratto preliminare ed è invece assimilabile al mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili
- iii- sentenza che riconosce la struttura e natura negozio fiduciario- rinvio

1) Generalità

- regola generale: locazione non è soggetta ad onere di forma
- eccezioni
 - a) le locazioni ultranovennali - forma scritta ad substantiam e in alcuni casi trascrizione ex art. 2643 n. 8 cc
 - b) le locazioni ad uso abitativo - nullità art. 1 co. 4 L. n. 431/98, n. 43 e art. 15 co. 5 stessa legge - inoltre prevede nullità per omessa registrazione e anche sanatoria
 - c) contratti di locazione in cui una delle parti è la DA v. norma di contrab. stato del '23

2) Quali è natura giuridica della nullità prevista per le locazioni ad uso abitativo

a) Contratto di giurisprudenza

- I Tesi ad substantiam. La maggior parte delle pronunce della giurisprudenza di merito ha ritenuto che il dato letterale non lasci adito a dubbi.
 - in realtà non fu interessato, per cui l'aggettivo "validi" non può che comportare, a contrario, l'invalidità del contratto localizzato privo della forma scritta.
- II Tesi ad probationem. Altra parte della giurisprudenza di merito ha invece opinato che la forma richiesta dall'IV co. dell'art. 1 legge n. 431/98 sia ad probationem, cioè necessaria ai fini probatori ma non quale requisito strutturale del contratto.
 - Questa prospettazione giuridica si fonda sul principio della libertà delle forme poiché questo costituisce la regola generale, nel dubbio la eccezione deve essere interpretata restrittivamente.
 - Il Cass. su 18274/75, la forma scritta del contratto di locazione abitativa è ad substantiam e la sua omessa da luogo a nullità relativa solo nell'ipotesi dell'art. 15 co IV legge 431-9
 - rinviò pluralità di funzioni: quella di protezione del conduttore solo nel IV dell'art. 15 poiché si tutelato da abuso locatore che ha imposto forma scritta.

3) La registrazione è forma o formalità?

a) Nozione di registrazione - Atto amministrativo in senso stretto con il quale si acquisisce informazioni dai privati al fine di consentire l'esercizio dei diritti di un'autorizzazione (unicale, ex registrazione periodici)

b) Fondamento normativo.

- ... a partire dall'1° gennaio del 2005, vige l'art. 1 co. 346 legge n. 31/2004 (legge finanziaria per il 2005), in base al quale "i contratti di locazione sono nulli se non registrati";
- ... soluzione legislativa questa, ribadita con il d.lgs. n. 23/2001, che all'art. 3 VIII e co., prevede la sanzione della nullità anche all'ipotesi del contratto di locazione registrato, ma per un importo inferiore a quello affettivo.
- ... La legge di stabilità per il 2016 (co. 59 dell'art. 1 della legge n. 190/2015) ha posto l'obbligo di registrazione del contratto di locazione, penalizzato a carico del locatore, che deve registrarlo entro il termine di 30 giorni dalla stipulazione negoziale. Il contratto non registrato o il patto che in modo occulto preveda un canone più elevato vengono considerati dalla legge nulli.

4) Natura giuridica della registrazione.

- ... La tesi della "condicio iuris" di efficacia. Si tratta della tesi tradizionale e elemento esterno al contratto, per cui la mancata registrazione del contratto localizzato, non determinerebbe alcuna nullità negoziale, non essendo stata la registrazione del contratto di locazione elevata a requisito di validità del contratto.

L'essenza della registrazione del contratto localizzato, dunque, poteva essere soltanto all'inefficacia dello stesso, che restava però valido.

- ... la tesi del presupposto legale estrinseco di validità. Per un'ulteriore ricostituzione, invece la registrazione del contratto dovrebbe essere inquadrata quale presupposto legale estrinseco di validità del negozio del contratto di locazione esplicito, ove assente, di intaccare la validità.

- ... Sul punto le Sezioni Unite CIV. con la sentenza 77 settembre 2015, n. 18213, hanno inquadrate la registrazione quale adempimento formale ed estrinseco, accogliendo dunque la tesi che conclude l'ordine della registrazione quanto condicio iuris di efficacia del contratto localizzato.

... Ciò è dedotto dalla nullità per anche per la registrazione del contratto di locazione ad un canone inferiore.

... E la nullità del patto in cui è stato stabilito il canone "reali", occultato al fisco, non deriva dalla sua mancata registrazione, bensì dal fatto che tale pattuizione si pone in contrasto con norme imperative, quali sono quelle fiscali, che prediano interessi generali del Fisco.

5) La registrazione sopravvenuta ha efficacia sanatoria?

SSUU 18274/75 - TESI NEGATIVA

- ... scopo della norma sulla non è quello di sanzionare la mancata registrazione, ma bensì di punire il comportamento fraudolento posto in essere dalle parti, non può attribuirsi alcuna efficacia sanatoria all'eventuale tardiva registrazione.
- ... Del resto, sarebbe assurdo procedere alla registrazione di un contratto che si ritiene essere nullo e quindi produttivo di effetti.
- ... Si legge in sentenza che "il qual medesimo atto nullo non può, pertanto predicarsi una ipotetica validità sopravvenuta (i.e. una sia pur impropria forma di conversione negoziale) in presenza di un requisito estraleformale (la registrazione) di un negozio che, sul piano morfologico, resta identico salvo la indicazione del canone diverso e maggiore".
- ... Del resto, aggiunge la sentenza, se scopo della norma era quello di combattere il "mercato nero" si attenuerebbe parecchio l'effetto dissuasivo di una tale nullità se, al momento in cui il conduttore omette di pagare sia possibile per il locatore procedere ad una registrazione tardiva con effetto sanante.
- ... Inoltre manca un'espressa previsione di legge che consenta la sanatoria.

... E SSUU 9 ottobre 2017, n. 23601 e Cass. 2019 TESI POSITIVA la registrazione successiva sana.

... La nullità del patto aggiunto, registrato successivamente, non deriva dalla mancata registrazione iniziale di esso, ma dalla illegittima sostituzione di un corrispettivo con un altro.

... la legge oltre a riproporre, al comma 5, quel meccanismo di sanzione della mancata registrazione del contratto di locazione mediante la determinazione autoritativa del canone imposto di cui all'art. 3, comma 8, d.lgs. n. 23 del 2015 già dichiarato inconstituzionale, prevede altresì il fobbligazione unilaterale del locatore di procedere alla registrazione del contratto di locazione entro il "termine perentorio di trenta giorni".

... la mancanza di una norma espressa che sancisca la nullità testuale del patto di maggiorazione del canone, prevista per le locazioni ad uso abitativo dal citato art. 15 legge 431/99, non impedisce di ritenere nullo tale patto, a prescindere dalla registrazione, in forza del divieto di cui all'art. 79 L. n. 330/1975. Sostanzialmente il patto aggiunto determina una nullità che colpisce solo tale illegittimo aumento di canone (tattur ad non vultu) restando valido ed efficace il contratto precedente il diverso e minor canone.

... se il canone è inferiore non c'è nullità perché è pro conduttore - contraere est capere.

... Corte Costituzionale con sentenza del 14.03.2016 n. 50 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 comma 8 e 9 del Decreto legislativo del 14.03.2015 n. 23 che modifica il canone e la durata, quando il contratto di locazione ad uso abitativo non è registrato o è registrato parzialmente o in presenza di contratti di comodato fiduciario.