

EFFETTO REALE MEDIATO E FORMA DEL MUTUO DISSENSO DI PRELIMINARE IMMOBILIARE

Di Francesco Fantechi

| 737

SOMMARIO: *1. Il problema alla base della pronuncia Cass., sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4714 ed il decisum della Suprema Corte. – 2. Sul discusso principio di “libertà delle forme”. – 3. Volontà risolutoria e previsioni di forma ad substantiam. – 4. Effetto reale mediato e forma vincolata del mutuo dissenso di preliminare immobiliare.*

ABSTRACT. La pronuncia della Corte di Cassazione n. 4714/2022 in tema di forma del mutuo dissenso di contratto preliminare immobiliare ci consente di sviluppare alcune riflessioni di ordine generale sulla portata del riconosciuto principio di libertà delle forme alla luce delle ragioni giustificative delle disposizioni prescriventi vincoli formali ad substantiam.

The ruling of the Court of Cassation no. 4714/2022 regarding the formal requirement of the consensual termination of a preliminary contract concerning immovable properties allows us to develop some general reflections on the extent of the recognized principle of freedom of forms in the light of the justifications of the rules prescribing formal constraints.



1. Il problema alla base della pronuncia Cass., sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4714 ed il *decisum* della Suprema Corte.

Il problema della forma da sempre divide. Lo testimonia la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 4714 del 14 febbraio 2022 in tema di mutuo dissenso di contratto preliminare di permuta immobiliare.

Con scrittura privata, una persona fisica ed una impresa edile addivenivano alla stipula di un contratto preliminare di permuta col quale la prima si impegnava a trasferire un terreno con l'obbligo per la seconda di provvedere a trasferire una costruzione da realizzarsi sul medesimo.

Successivamente il proprietario del terreno agiva in giudizio per sentire dichiararsi la risoluzione del preliminare adducendo che la controparte non si era di fatto adoperata per ottenere le necessarie autorizzazioni amministrative ai fini della realizzazione del fabbricato. Rinvenendo nella scrittura un valido contratto preliminare, il Tribunale accerta l'inadempimento della convenuta condannando la stessa al pagamento della prevista penale.

Aderendo alla prospettazione della appellante impresa edile, la Corte d'Appello di Firenze riformava la pronuncia di prime cure rilevando che tra le parti erano intercorse trattative volte a sostituire il contratto preliminare di permuta con un contratto di compravendita avente ad oggetto il medesimo terreno. Il Giudice di secondo grado, in particolare, dichiarava risolto per mutuo dissenso il preliminare attribuendo rilievo al fatto che, in epoca successiva alla conclusione di quest'ultimo, l'impresa edile aveva formulato una proposta di acquisto del terreno; proposta che, seppur rifiutata dal proprietario del terreno, doveva ritenersi indice della volontà delle parti di porre nel nulla lo stipulato contratto preliminare.

L'impresa edile propone quindi ricorso per Cassazione sulla base di tre distinti motivi.

In via prioritaria, la Seconda Sezione della Suprema Corte ritiene doversi rigettare il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente aveva dedotto la nullità della sentenza perché viziata da ultrapetizione in violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto la domanda di accertamento della risoluzione per mutuo consenso non sarebbe mai stata proposta in primo grado. Dopo aver evidenziato che la risoluzione consensuale del contratto è un fatto oggettivamente estintivo dei diritti nascenti dal negozio bilaterale desumibile dalla volontà manifestata dalle parti, afferma infatti la Corte che “laddove le parti abbiano allegato in giudizio di non avere interesse alla permanenza degli effetti del contratto, la risoluzione consensuale può essere oggetto di accertamento

d'ufficio da parte del giudice anche in sede di legittimità, ove non vi sia necessità di effettuare indagini di fatto”¹.

Il Collegio passa poi ad esaminare congiuntamente i primi due motivi di ricorso, con i quali si deduceva rispettivamente la violazione e falsa applicazione degli artt. 1350 e 1351 c.c. (in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) per avere la Corte di merito ritenuto che il contratto preliminare di permuta fosse stato risolto per mutuo dissenso in assenza di un atto avente forma scritta *ad substantiam* pur avendo lo stesso ad oggetto diritti reali immobiliari ed il difetto di motivazione della sentenza (ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) in quanto, con la proposta di acquisto del terreno oggetto del preliminare non seguita da accettazione per iscritto da parte del proprietario dello stesso, non vi sarebbe stata manifestazione della volontà delle parti di risolvere il precedente vincolo contrattuale.

I due motivi sono ritenuti fondati.

La Seconda Sezione osserva che, per costante giurisprudenza, la risoluzione consensuale di un contratto riguardante il trasferimento o la costituzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non solo quando il contratto da risolvere sia definitivo (e quindi rientri nella espressa previsione dell'art. 1350 c.c.) ma anche quando si tratti di contratto preliminare sottolineando che la ragione dell'assoggettamento del preliminare alla forma di cui all'art. 1351 c.c. va ravvisata nell'incidenza, sia pure mediata, che lo stesso spiega su diritti reali immobiliari, in quanto con esso le parti assumono l'obbligo di concludere il definitivo.

La risoluzione del contratto preliminare, a detta della Corte, necessita quindi il rispetto dei requisiti della forma di cui all'art. 1350 c.c. (come espressamente richiesta dall'art. 1351 c.c.) perché impedisce il verificarsi degli effetti immobiliari derivanti dall'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare².

Se infatti, in via generale, il mutuo consenso di un contratto può risultare anche da un comportamento tacito concludente, qualora si tratti di contratti per i quali è richiesta la forma scritta ai fini della validità, analoga forma deve essere osservata per la

¹ Prosegue la Suprema Corte evidenziando che, in armonia con tale principio, la consolidata giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la risoluzione consensuale del contratto non costituisce oggetto di eccezione in senso proprio, bensì una mera difesa; ragione per cui non è configurabile nel caso di specie un vizio di ultrapetizione. Sul punto, la pronuncia richiama i precedenti: Cass., 20 giugno 2012, n. 10201; Cass., 24 maggio 2007, n. 12075 e Cass., 21 novembre 2006, n. 24802.

² Qui il richiamo al principio di diritto espresso nella sentenza Cass., 26 giugno 2015, n. 13290.



risoluzione consensuale. Di talché osserva la Cassazione che l'efficacia estintiva del contratto non poteva evincersi dal mero comportamento delle parti che, nelle more della conclusione del definitivo, avevano avviato trattative per la vendita del terreno oggetto del preliminare, essendo invece necessario che la volontà di eliminare lo stipulato preliminare di permuta risultasse con un atto scritto idoneo a rendere manifesta tale intenzione in modo inequivoco.

Accogliendo il primo e il secondo motivo di ricorso, la Suprema Corte cassa quindi la sentenza impugnata rinviando alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione.

2. Sul discusso principio di “libertà delle forme”.

Muovendo dalla concezione della assoluta signoria della volontà negoziale (frutto anche delle concezioni giusnaturalistiche e che trova la sua massima espressione nel *Code Civil* francese³), la dottrina tradizionale ha da sempre ritenuto esistente nell'ambito della teoria generale del negozio giuridico il principio di “libertà della forma”⁴. Se il contratto doveva considerarsi unicamente quale espressione dell'autonomia privata, una eventuale limitazione della stessa conseguente alla prescrizione di determinati vincoli di forma doveva necessariamente considerarsi come eccezione alla regola generale della forma libera.

Nell'ambito del Codice civile italiano del 1942, ad avviso della dottrina largamente maggioritaria, questo principio troverebbe la sua consacrazione nell'art. 1325 n. 4 c.c., il quale – nel prevedere che la forma è requisito essenziale del contratto solo quanto prescritta dalla legge a pena di nullità – imporrebbe di ritenere che in tutti gli altri casi la forma

del contratto è libera. La conseguenza, secondo la tradizionale dottrina, è che le disposizioni atte a prescrivere una determinata forma sarebbero da considerarsi norme aventi carattere eccezionale, con la conseguente impossibilità di una loro applicazione in via analogica posto il divieto in tal senso espresso dall'art. 14 disp. prel. c.c. e pure di una loro interpretazione in senso estensivo.

La vigenza del principio di libertà delle forme da una trentina di anni a questa parte è stata messa in discussione da una parte della dottrina maggiormente legata al positivismo giuridico, la quale evidenzia l'assenza di una norma che esprima in modo esplicito la vigenza del sopramenzionato principio⁵. In termini estremamente sommari, si sostiene che l'art. 1325 n. 4 c.c. non avrebbe un valore prescrittivo, bensì semplicemente *descrittivo* della struttura del contratto in generale. Lungi dall'esprimere un preciso principio in tema di forma, detta disposizione si limiterebbe a porre unicamente una regola: quella che aggiungerebbe il requisito del *vestmentum* formale solo per quelle fattispecie contrattuali con riferimento alle quali la legge prescrive tale elemento sotto pena di nullità. Si tratterebbe, insomma, più che di una norma, di un frammento di norma destinato necessariamente ad integrarsi di volta in volta con la disciplina prevista per le singole figure contrattuali. Corollario di questa intuizione sarebbe allora l'esistenza di due diverse “tipologie” di contratto: i) le fattispecie cc.dd. “deboli”, con riferimento alle quali il legislatore ritiene requisiti necessari (ma anche sufficienti), ai fini della validità, gli elementi dell'accordo, dell'oggetto e della causa; e ii) le fattispecie contrattuali “forti”, con riferimento alle quali, invece, è richiesto un requisito ulteriore di carattere rafforzativo della struttura, ossia la forma⁶.

Il principio generale di libertà delle forme, ad avviso di tale dottrina, non avrebbe dunque alcun fondamento positivo, con la conseguenza che le norme statuenti vincoli di forma *ad substantiam* sarebbero suscettibili di applicazione analogica e interpretazione estensiva al pari di qualsiasi altra norma non avente natura eccezionale.

Detta tesi è stata oggetto di vivaci critiche, argomentate facendo leva ora sul carattere squisita-

³ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 2 ss., che pone in evidenza il progressivo superamento delle forme negoziali come generale caratteristica dei moderni sistemi giuridici, in antitesi con il formalismo contrattuale tipico dell'epoca anteriore alle moderne Codificazioni.

⁴ Sia pure con varietà di sfumature, in letteratura: A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 443; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, III.1, Milano, 1988, 115; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, II, 205; B. GRASSO, *La forma tra “regola” ed “eccezione” (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, II, 52; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 198; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 989 ss.; A. LISERRE, *Formalismo legale e testamento*, Milano, 1966, 17; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17.

⁵ Il riferimento è chiaramente a Natalino Irti, il quale ha offerto tale lettura a partire dall'elegantissimo volume (dal titolo particolarmente evocativo) N. IRTI, *Idola Libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, poi ripresa negli scritti successivi: ID., *Del falso principio di libertà delle forme*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 449 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 137 ss.

⁶ Nel caso di fattispecie deboli, in buona sostanza, non avremmo tanto un contratto a forma libera quanto piuttosto un contratto con riferimento al quale il requisito formale non assume rilevanza.



mente strutturale della forma⁷, ora sostenendo che le norme non sono mai descrittive ma sempre animate da una matrice prescrittiva⁸.

A prescindere da questi argomenti (che pure sarebbe opportuno approfondire), a noi pare che tale raffinata lettura non risulti persuasiva proprio nel suo segmento iniziale, cioè nel considerare un “vuoto”, un “neutro”, la mancata presenza di una disposizione che sancisca in modo esplicito la vigenza del principio generale in discussione. L’assenza di un enunciato legislativo, infatti, non implica necessariamente una sorta di indifferenza dell’ordinamento, ma – al contrario – ben può indicare uno spazio normativo ulteriore ricavabile logicamente dal precetto legislativo stesso⁹. Si tratta, in buona sostanza, di una norma inespressa a mezzo della quale l’ordinamento intende in genere esonerare i privati dall’assunzione di impegni formali nella loro attività di autoregolamentazione di propri interessi, con quanto comporta in termini di celerità della circolazione dei beni e di risparmio in tempi di attività giuridica e costi transattivi¹⁰.

L’assunto portato avanti dalla tradizionale dottrina in base al quale le norme prescriventi vincoli di forma debbano essere considerate come eccezionali in quanto “eccezioni alla regola di libertà” (e pertanto di stretta interpretazione) risulta a nostro avviso criticabile per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, stabilire un rapporto regola-eccezione a livello normativo significa osservare che alcuni modelli di regolazione trovano applicazione in via *residuale*. Ma questa residualità non restituisce automaticamente la natura di “eccezionalità giuridica”, che invece andrebbe dimostrata. Dimostrazione

⁷ Si vedano, *ex multis*, A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, cit., 206-207; B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 50; M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, 84.

⁸ In tal senso, su tutti, B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 51; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, 27-28.

⁹ E. DICIOTTI, *L’individuazione di norme espresse e inesprese tramite l’interpretazione teleologica della legge*, in *Analisi e diritto*, 2013, 250-251. Sulla deduzione di una norma permissiva mediante l’impiego di un argomento a contrario a partire da un precetto avente carattere imperativo, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, 431.

¹⁰ Su tale esigenza di carattere politico-economico, si veda quanto osservato da G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017, 21 nell’illustrare il fondamento delle disposizioni di cui agli artt. 1325 n. 4 e 1341 c.c.

Peraltro, il principio di libertà delle forme è stato consacrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e risulta chiaramente affermato in tutti i più recenti tentativi diretti ad armonizzare la disciplina dei contratti a livello europeo. Sul punto, S. PAGLIANTINI, *Della forma del contratto*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei contratti in generale. II: artt. 1360-1386 c.c.*, Torino, 2011, 11 ss.

che richiede un confronto della regola residuale non tanto (o meglio: non solo) con la regola che si reputa generale, ma anzitutto dal raffronto della prima con il sistema nel suo complesso¹¹ e, in particolare, con tutte le previsioni dell’ordinamento che si pongono in dialogo con la stessa in quanto vertenti sul medesimo problema giuridico.

In secondo luogo (ma è questo un argomento da prendere in considerazione in combinato con il primo), è necessario comprendere il significato e la ragione d’essere di tali previsioni. Soltanto dopo aver verificato attentamente la *ratio* (*rectius: le rationes*) delle previsioni particolari in tema di forma è possibile pronunciarsi sulla natura – eccezionale o meno – delle prescrizioni di forma.

Sul punto torneremo nell’analizzare il contenuto della pronuncia giurisprudenziale in commento.

3. Volontà risolutoria e previsioni di forma *ad substantiam*.

I contorni dell’istituto attorno al quale ruota la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in commento sono noti. Per mutuo dissenso (o risoluzione consensuale) si intende quel contratto avente come specifica finalità quella di sciogliere consensualmente un precedente negozio giuridico.

Si tratta di evidente espressione dell’autonomia negoziale cui il legislatore fa espresso riferimento all’art. 1321 c.c., il quale definisce il contratto quale accordo di due o più parti volto – oltre che a costituire o regolare – anche ad estinguere tra loro un rapporto giuridico di tipo patrimoniale ed all’art. 1372, comma 1, c.c.¹², ove, dopo aver espresso il principio in base al quale il contratto ha forza di legge tra le parti (c.d. principio di vincolatività), si stabilisce che esso non può essere sciolto che per mutuo consenso nonché per le altre cause ammesse dalla legge.

¹¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 133, ove si osserva che “Il formalismo moderno in particolare non può non essere in sintonia con i valori dell’ordinamento e in funzione della loro attuazione. In questo senso il tema delle forme è il più idoneo per una verifica del metodo giuridico, purché non si abbia la pretesa di individuarlo nelle sole norme sulla forma in una separatezza che rischia di attribuire al formalismo sempre e soltanto una valenza negativa”.

¹² In termini pressoché analoghi disponeva l’art. 1123 del Codice civile del 1865, ove si prevedeva che i contratti “*non possono essere revocati che per mutuo dissenso o per cause autorizzate dalla legge*”. Disposizione a sua volta chiaramente ispirata al testo dell’art. 1134 del *Code civil* francese nella sua versione antecedente alla *réforme* del 2016.

Trattasi dunque di uno strumento contrattuale¹³ avente finalità eliminativa di un rapporto giuridico previamente costituito tra le parti¹⁴.

Chiaro l'inquadramento generale della figura negoziale, altrettanto non può dirsi con riferimento alla sua disciplina, la quale, in assenza di una sua individuazione a livello normativo, è sostanzialmente demandata agli interpreti, ai quali spetta il compito – in verità di non agile soluzione – anzitutto di individuarne il modo di operare nonché i suoi profili più propriamente strutturali.

Difficoltà che traspare, ove più ove meno, in tutti i contributi dedicati all'istituto in parola¹⁵ e che sconta un interrogativo di fondo che attiene in modo specifico alla sua natura ed in particolare alla sua qualificazione come contro-negozio (*contrarius actus*) ovvero come negozio demolitivo-ripristinatorio dotato di causa propria¹⁶.

Venendo più specificamente al tema che qui ci occupa, la questione della forma del mutuo dissenso rievoca in modo forte il generale dibattito sul requisito formale con riferimento alla (eterogenea) categoria dei negozi cc.dd. *di secondo grado*, ossia di quei negozi volti a modificare, risolvere, conformare o accertare un altro negozio previamente posto in essere¹⁷.

Nulla quaestio naturalmente per l'ipotesi in cui il contratto da risolvere non necessiti di forma solenne, nel qual caso il mutuo dissenso non sarà soggetto a vincoli di forma e potrà risultare anche da fatti concludenti che lascino intendere in modo inequivoco la volontà delle parti di rimuovere il negozio primario dal mondo giuridico¹⁸.

Il problema si pone invece allorché l'atto solutorio finisca per incidere su un negozio con riferimento al quale la legge richiede il rispetto di un determinato requisito di forma *ad substantiam*. La domanda è, in breve, la seguente: nel caso di negozio formale, perché sia valido, l'atto di risoluzione consensuale posto in essere dalle parti deve rivestire la medesima forma prevista con riferimento al negozio presupposto oppure vi è una maggiore autonomia strutturale?

Sul punto il dibattito ancora oggi vede contrapposti orientamenti diversi.

Un primo indirizzo interpretativo esclude l'estensione della forma vincolata prevista dalla legge per un negozio al contratto di mutuo dissenso incidente sullo stesso¹⁹. Tale esito è giustificato considerando l'autonomia strutturale del negozio di mutuo dissenso e muovendo dal carattere eccezionale delle disposizioni prevedenti vincoli formali *ad substantiam*²⁰, le quali non potrebbero essere applicate oltre i casi espressamente previsti dalla legge alla luce del divieto di applicazione analogica (e pure di interpretazione estensiva) stabilito dall'art. 14 disp. prel. c.c. Ragioni ostative all'estensione del vincolo formale sarebbero le medesime per le quali la legge ritiene di porre quale regola generale quella della libertà di forma: la libertà di manifestazione della volontà negoziale (quale corollario della preminenza dell'autonomia privata) e la necessità di assicurare la speditezza dei traffici giuridici, nonché un risparmio in termini di attività giuridiche e costi transattivi.

Opposto alla lettura appena esposta è l'orientamento che ritiene operante un principio di c.d. "perfetta simmetria" di forma tra negozio di base e negozio di secondo grado. Ad avviso di tale orientamento – che in giurisprudenza trova ampio

¹³ Per una illustrazione circa le differenze tra revoca, recesso e mutuo dissenso, v. G. CHINÉ e A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2020, 1348; A. ALAMANNI, *La modifica del contratto: l'identità e gli effetti*, Torino, 2018, 72, nota 94.

¹⁴ Sul piano degli effetti del negozio in parola, si vedano: F. GALGANO, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1405*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Roma, 1993, 23 ss.

¹⁵ Sul punto, D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, Napoli, 2013, 9.

¹⁶ Per una ricostruzione circa le varie posizioni: G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 636 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1373*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1998, 51 ss.; L.P. ORIANI, *Il mutuo dissenso*, in P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 2009 ss.; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso. Contributo per una teoria della causa di «neutralizzazione» degli atti giuridici*, Napoli, 2016, *passim*. La questione assume particolare rilievo pratico, tra le altre cose, con riferimento al requisito di forma del mutuo dissenso di donazione.

¹⁷ Il conio di tale locuzione è da ascrivere ad Emilio Betti, il quale fa rientrare in tale categoria tutti quei "negozi diretti a modificare, risolvere o estinguere un negozio precedentemente posto in essere" (così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 248 ss.).

¹⁸ La dottrina maggioritaria propende per la forma libera del negozio risolutorio anche con riferimento ai casi di forma volontaria ex art. 1352 c.c., salvo espressa previsione di una forma

vincolata anche per il mutuo dissenso da parte degli stessi contraenti. Sul punto, *ex multis*, D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, cit., 122 ss. Ma *contra* F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 294 ss.

¹⁹ Di tale avviso, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, IV, in *Comm. cod. civ.*, 3^a ed., Torino, 1980, 257 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 274, 452; M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 154; R. SANDULLI, *Forma del negozio risolutorio di un preliminare di vendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 432; A. TORRENTE, *La forma del negozio risolutorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 625 ss.; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., 154 ss.

²⁰ Nel senso del carattere eccezionale dei vincoli di forma, oltre agli Autori citati nella precedente nota, si vedano *ex multis*: M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1003 ss.; D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, Torino, 1965, 358 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, cit., 205 ss.; B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 52 ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 122 ss.



riscontro²¹ – le norme che prevedono vincoli di forma non sarebbero affatto eccezionali, in quanto costituirebbero ordinaria espressione di un principio a tenore del quale, quando per la formazione di un determinato contratto è richiesta dalla legge una forma particolare, questa stessa forma deve ritenersi implicitamente richiesta per tutti gli atti preparatori, integrativi, modificativi ed estintivi di quel contratto; conclusione “avvalorata dal rilievo che gli atti, per i quali il vincolo di forma è esplicitamente richiesto dalla legge, non presentano caratteri peculiari che giustifichino come soltanto per essi debba osservarsi la stessa forma del contratto a cui accedono, ond’è che l’estensione del vincolo ai casi non contemplati si impone per ragioni di logica coerenza”²².

A fondare il principio di simmetria formale sarebbero anzitutto esigenze di certezza dei traffici giuridici, oltre che la valorizzazione del nesso di strumentalità-dipendenza tra negozio secondario e negozio di base.

Se il primo orientamento (che riconosce il principio di libertà delle forme come rigido ed assoluto) è da respingere in quanto lesivo delle ragioni sostantive estrapolabili dal tessuto normativo, non poche perplessità suscita anche il secondo indirizzo sopra esposto, il quale finisce per cadere nell’eccesso opposto predicando ad oltranza la necessità del rispetto di un determinato requisito di forma per tutti i negozi secondari soltanto perché incidenti su contratti formali.

Maggiormente persuasivo appare invece il tentativo ermeneutico di risolvere il problema dell’estensione o meno del precetto di forma ai negozi di secondo grado in base ad una attenta analisi funzionale dei *vestimenta* formali, da condursi tenendo in debita considerazione il profilo effettuale della fattispecie negoziale concretamente posta in essere in prima battuta²³.

²¹ Si tratta, invero, di giurisprudenza il più delle volte di carattere tratlazio, nella quale si procede a decidere la *quaestio iuris* sulla base del mero richiamo a precedenti giurisprudenziali omettendo di porre in correlazione lo specifico atto negoziale con le *rationes* ispiratrici della disciplina in punto di forma del contratto.

²² In questi termini, F. CARRESI, *Il contratto*, XXI.1, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 369-370 (così argomentando, l’Autore pare peraltro affermare una netta sovrapposibilità tra la forma *ad substantiam* avente fonte legale e forme volontarie ai fini della validità imposte dai contraenti ai sensi dell’art. 1352 c.c.); P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 308 nonché G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 148; G. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, I, 1961, 433, i quali parlano della piena simmetria rispettivamente come principio “di piana intuizione” e “di logica generale”.

²³ A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 322; E. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 43 ss.

Si ritiene, insomma, che il punto di partenza ai fini della risoluzione del problema di cui si discetta debba consistere nell’esame delle molteplici (e talvolta eterogenee) *rationes* alla base delle singole previsioni legislative in tema di forma e nella successiva messa in relazione delle stesse con il sistema civilistico complessivamente inteso nonché con i profili peculiari delle figure negoziali che individualmente vengono in rilievo²⁴.

Alla luce di questa lettura “teleologica” delle norme prevedenti vincoli formali, al negozio di secondo grado sarà da applicarsi la forma vincolata prevista per il negozio presupposto nei casi in cui il primo finisca in concreto per realizzare uno degli effetti tipici in considerazione dei quali l’ordinamento richiede doversi prescrivere una determinata forma ai fini della manifestazione della volontà. Ciò significa che il particolare *vestmentum* è da ritenersi imposto ogniqualvolta, individuata la natura, l’atto non sarebbe immaginabile senza quel precipuo risultato giuridico che la legge ritiene dover presidiare, alla luce degli interessi che coinvolge, con forme solenni²⁵.

Si tratta allora di verificare la necessità o meno di estensione di una previsione di forma in base ad un giudizio di equivalenza assiologica che, tuttavia, non sempre risulta agevole cogliere, dal momento che il più delle volte una medesima disposizione di legge è espressione non di una, bensì di un fascio di funzioni e che taluni interessi che l’assetto normati-

²⁴ Si veda quanto osservato, anche alludendo agli indici normativi ascrivibili al fenomeno del c.d. *neoformalismo*, con riferimento al problema dell’estensione del vincolo formale da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 4^a ed., Milano, 2021, 423-424: “L’analisi della legislazione extracodicistica evidenzia la sua utilità non solo per confermare la pluralità di funzioni perseguite dal vincolo formale e la conseguente impossibilità di ricondurre tutte le previsioni di forma ad un’esclusiva ed evanescente esigenza di «certezza» o di «protezione», il cui richiamo – ove non adeguatamente circostanziato attraverso una puntuale disamina delle concrete caratteristiche della singola previsione – non potrebbe assicurare un’adeguata valutazione delle conseguenze rimediali della violazione del precetto. Essa si rivela altresì necessaria per evidenziare che le molteplici esigenze poste a fondamento della prescrizione di forma condizionano la sua estensione e, dunque, impongono di rispondere diversamente in ordine all’identificazione del reale oggetto del precetto normativo”. In termini analoghi S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art 1350*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2003, 14; U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. contratto Roppo*, I, *Formazione*, Milano, 2006, 508; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 174, il quale, dopo aver evidenziato l’imprescindibile nesso tra forma e contenuto, conclude nel senso dell’impossibilità tanto di una assoluta riaffermazione del dogma di libertà della forma quanto di una sua indifferenziata confutazione.

²⁵ R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 125; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 322; P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 820 ss.



vo nel suo complesso intende tutelare non sono neppure chiaramente esplicitati ma soltanto fatti trasparire.

L'operazione fondamentale richiesta all'interprete²⁶ è dunque anzitutto quella di selezionare (o, meglio, "inventare") le *rationes* e gli interessi rilevanti ai fini di offrire una soluzione al problema della forma dell'individuo negozio solutorio che si confaccia alle logiche del sistema civilistico nel suo complesso.

4. Effetto reale mediato e forma vincolata del mutuo dissenso di preliminare immobiliare.

Esaurita questa digressione, torniamo adesso alla questione di diritto alla base della pronuncia in commento, ossia al problema della forma del mutuo dissenso di contratto preliminare immobiliare. Il tema è da sempre dibattuto, anche se la giurisprudenza pare avere trovato una continuità di soluzione a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 1990²⁷, le quali hanno risolto la questione nel senso di ritenere necessaria la forma vincolata anche per la risoluzione consensuale del preliminare di contratto definitivo formale²⁸.

²⁶ Con riferimento al ruolo dell'interprete, E. DICIOTTI, *L'individuazione di norme espresse e inesprese*, cit., 254 ss., ove si sostiene che "l'interpretazione giuridica, complessivamente considerata, non è un'attività conoscitiva, poiché necessariamente richiede all'interprete scelte pratiche, giustificabili sulla base di giudizi di valore" (così alla pagina 258). Si veda inoltre G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 77 ss.

²⁷ Cass., Sez. Un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *DeJure* e commentata in *Giust. civ.*, 1991, I, 945 ss., con nota di M. COSTANZA, *Scioglimento convenzionale di preliminare immobiliare: forma scritta o verbale?*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 194 ss., con nota di F. REGINE, *Forma e risoluzione consensuale del contratto, con particolare riferimento al preliminare di compravendita immobiliare*. In senso conforme la giurisprudenza successiva, tra cui: Cass., 4 giugno 1993, n. 6232, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 987; Cass., 29 gennaio 1994, n. 928, in *Vita not.*, 1994, 1351; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1092, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 229; Cass., 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 880; Cass. 15 maggio 1998, n. 4906, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 1046; Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in *Contr.*, 2001, 221; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1787; Cass., 26 giugno 2015, n. 13290, in *DeJure*; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4313, in *Guida al dir.*, 21, 69; Cass., 23 novembre 2018, n. 30446, in *DeJure*.

²⁸ Nel senso della forma libera per il mutuo dissenso di preliminare immobiliare, a titolo esemplificativo: Cass., 27 ottobre 1962, n. 3072, in *Giur. it.*, 1963, I, 1860; Cass., 22 marzo 1967, n. 668, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 254; Cass., 19 gennaio 1980, n. 459, in *Riv. not.*, 1980, 525; Cass., 28 maggio 1983, n. 3692, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 1308; Cass., 16 febbraio 1986, n. 7551, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 2162; Cass., 6 giugno 1988, n. 3816, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1183.

Ci dice l'art. 1351 c.c. che il contratto preliminare deve avere la stessa forma prevista dalla legge per il contratto definitivo, stabilendo dunque una regola di forma *per relationem*. Onde comprendere se tale vincolo di forma valga anche per i contratti volti a risolvere lo stipulato preliminare è però utile fare un ulteriore passo indietro.

Si è inquadrato il più delle volte la risoluzione consensuale come contratto *atipico*. Si tratta tuttavia, a ben vedere, di una atipicità *sui generis*. Vero è che nel Codice non è dato rinvenire una disciplina *ad hoc* per tale figura contrattuale, ma è pure chiaro che l'accedere il mutuo dissenso ad un previo negozio è un dato del quale non si può assolutamente non tenere debitamente in conto. E proprio questo suo "incidere", in termini effettuali, su un precedente atto negoziale risulta un profilo assolutamente centrale nella ricostruzione della disciplina in concreto applicabile.

L'elemento formale certamente non fa eccezione a quanto appena evidenziato, con l'aggiunta che il problema della forma del negozio di mutuo dissenso non può essere condivisibilmente risolto prescindendo da un attento scrutinio delle funzioni delle disposizioni prescriventi precisi *vestimenta*.

Nel caso di specie, permuta immobiliare, il referente normativo in tema di forma è l'art. 1350 n. 1 c.c., ove si prevede che debbono farsi per atto pubblico o per scrittura, sotto pena di nullità, "*i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili*".

Come risulta dalla stessa formulazione letterale, al pari dei numeri da 2 a 5 dello stesso articolo, si tratta in modo piuttosto evidente di una norma sulla forma prevista in precipua funzione dell'effetto, e ciò a prescindere dal particolare tipo contrattuale utilizzato²⁹.

Le principali funzioni del formalismo previsto da tale precetto sono note. In via di prima approssimazione, possiamo dire che l'imposizione di *vestimenta* formali ai fini della validità del contratto serve a: i) richiamare l'attenzione e la serietà del contraente sulla valenza del negozio posto in essere; ii) a responsabilizzarlo in considerazione della portata giuridica e delle conseguenze economiche che discendono dell'atto negoziale che questi va a porre in essere; iii) nello stesso tempo a fissare il contenuto della dichiarazione conferendogli certezza ed univocità (anche in ordine alla natura e al momento

²⁹ Cfr. F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, 27-28. Osservano R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2017, 738 che con il gruppo di regole di cui ai numeri da 1 a 6 e 11 dell'art. 1350 c.c. "il legislatore voleva certo riferirsi a tutti i contratti che producono una vicenda di rapporto reale immobiliare".

della conclusione del negozio); iv) a rendere facilmente conoscibile alle stesse parti il loro regolamento di interessi, grazie alla costante disponibilità della formula documentale³⁰.

Riscontrato, nel caso di specie, il legame della previsione di forma con la realizzazione di un determinato risultato giuridico (e comunque in considerazione dell'incidenza dell'atto negoziale su determinate tipologie di diritti), viene da chiedersi se, almeno in simile ipotesi, non sia più corretto discorrere di norme aventi carattere *speciale*³¹, ossia di disposizioni che la legge ritiene meritevoli di un trattamento deviante dalla regola generale alla luce di precise circostanze³² (qui, appunto, di natura effettuale).

Pur dandosi l'esistenza di un generale principio di libertà delle forme, verrebbe insomma da escludere che tutti i dati normativi di diverso segno, solo perché deroganti al modello generale, debbano ritenersi giuridicamente eccezionali nell'accezione di cui all'art. 14 delle Preleggi. Con la conseguenza che "quando ve ne sia il motivo" le singole disposizioni legali che impongono l'atto pubblico o la scrittura privata possono vedere estesa la loro portata³³ a mezzo di interpretazione in senso estensivo ovvero di applicazione in via analogica.

Fatto il passo indietro, proviamo adesso a farne due in avanti.

Ad avviso della menzionata pronuncia delle Sezioni Unite del 1990, l'art. 1350 mostrerebbe, ac-

canto al principio di libertà delle forme, l'esistenza di un altro principio in base al quale "per i contratti più importanti (cioè quelli destinati ad incidere in modo più penetrante e durevole sul patrimonio e sugli interessi dei soggetti) è sempre richiesta la forma solenne"³⁴. A questi contratti – sottolinea il Supremo Consesso – devono ritenersi equiparati, sotto il profilo della forma, i contratti che incidono in via solamente mediata sui diritti reali immobiliari (come, appunto, il contratto preliminare), aggiungendo che pure il mutuo dissenso di preliminare immobiliare non fa eccezione a tale principio, dal momento che impedisce quelle innovazioni dei diritti reali che altrimenti sarebbero destinate a realizzarsi.

Più voci della dottrina e della giurisprudenza hanno criticato l'argomentazione approntata dalle Sezioni Unite³⁵. In particolare, non convince il fatto che in entrambe le ipotesi (preliminare e mutuo dissenso di preliminare) esisterebbe una "volontà contrattuale che deve manifestarsi in modo uniforme sebbene in opposta direzione". Si osserva che tale argomento è contraddittorio. Evidenzia infatti questa dottrina che è difficile riconoscere uniformità laddove una delle due volontà risulta contraria all'altra. In altri termini, le due situazioni non sarebbero affatto omogenee³⁶, giacché una serve a preparare il trasferimento immobiliare, mentre l'altra a neutralizzare questa preparazione della circolazione immobiliare, sottolineando anche che in tal caso il mutuo dissenso è volto a sciogliere un contratto ad effetti obbligatori e che l'effetto reale mai si realizzerà proprio per via della risoluzione consensuale dalle parti posta in essere.

A coloro, poi, che si sono espressi nel senso di riconoscere come operante il principio di simmetria formale tra contratto risolutorio e contratto-base

³⁰ Non volendo eccedere, ci limitiamo qui a richiamare: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, 248; A. LISERRE, *Forma degli atti*, cit., 2-3; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 165; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 370 ss.; F. ADDIS, *La forma*, in G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 621-622.

³¹ Di tale avviso A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. Giur.*, 2020, 604, ove l'Autore sostiene che l'art. 1350 c.c. è una norma valida "per una casistica", in quanto "esprime un principio esteso (tra l'altro) a tutti gli atti con cui si dispone di immobili". Nello stesso senso, già F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2^a ed., Padova, 2010, 242 ss.; F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 294 ss.

³² Su questi temi, si vedano anche S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, *passim*, e, da ultimo, A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 2, 37 ss.

³³ Cfr., sul punto, R. SACCO, *Le forme in genere*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 10.2, Torino, 2018, 270, ove l'Autore, pur rinvenendo la vigenza del principio di forma libera, osserva che "Questo principio non implica che le norme che impongono una forma siano eccezionali e come tali soggette ad una interpretazione stretta. Quando ve ne sia il motivo, le singole disposizioni legali che impongono l'atto pubblico o la scrittura privata possono subire un'interpretazione estensiva". Si veda anche E. Tosi, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, 42 ss.

³⁴ Così le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia n. 8878 del 1990 (punto 2 della motivazione della sentenza). Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 13; P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 1991, 104.

³⁵ In senso contrario all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite, in tempi più risalenti, V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 186 ss., motivando sulla base del diverso schema causale della revoca rispetto al rapporto presupposto. Più di recente, l'impostazione delle Sezioni Unite è stata criticata, tra gli altri, da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 19^a ed., Napoli, 2019, 885; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 344 ss.; F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 200 ss.; E. MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, III.2, Milano, 2009, 390.

³⁶ Con riferimento al recesso, T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 146 ss., la quale tuttavia, argomentando sul problema del recesso da contratto solenne, riconosce un diverso atteggiarsi del problema della forma dei negozi di secondo grado incidenti su un contratto preliminare (si veda, in particolare, *ivi*, nota 110).

giustificandolo sulla base della necessità di tutelare i terzi (i quali potrebbero essere pregiudicati dall'esistenza di un "indice di apparenza fallace" quale può essere un documento scritto³⁷) la dottrina orientata nel senso di negare l'estensione del vincolo di forma al mutuo dissenso di preliminare ha replicato osservando anzitutto che la mera esistenza di una traccia scritta relativa alla risoluzione intervenuta *inter partes* non comporta di per sé la sua conoscenza da parte dei terzi e, soprattutto, evidenziando che la tutela di questi ultimi è assicurata non tanto dalla vigenza di vincoli formali, bensì dal principio di relatività degli effetti del contratto e dal fatto che, in difetto di pubblicità, la tutela del terzo in buona fede è sufficientemente garantita dalla inopponibilità nei suoi confronti dello scioglimento del contratto³⁸, senza che vi sia la necessità di invocare l'invalidità dell'atto negoziale³⁹.

La soluzione che ritiene il mutuo dissenso di preliminare solenne sottratto alla forma vincolata però non convince.

Anzitutto, è lo stesso art. 1351 c.c. a fissare un "principio di simmetria formale tra contratto preliminare e definitivo", esprimendo una astratta valutazione legale di corrispondenza delle esigenze formali tra preliminare e definitivo⁴⁰.

Detta valutazione, tuttavia, non riposa tanto sul carattere della mera accessorietà o del mero collegamento tra il contratto definitivo ed il preliminare che lo precede, bensì sul fatto che quest'ultimo (pur mantenendo una sua autonomia strutturale) viene a collocarsi all'interno di una sequenza negoziale funzionalizzata alla produzione di un determinato risultato giuridico finale, che nel caso in esame è l'effetto traslativo di diritti reali immobiliari. Precisando però che il primo segmento di detta sequenza si presenta già come autosufficiente regolamento d'interessi fonte di diritti ed obblighi tra le parti, con il definitivo che, in assenza di un ulteriore intervento dell'autonomia negoziale⁴¹, "rileva esclusi-

vamente come adempimento delle obbligazioni assunte con il primo"⁴².

Conseguenza di questa giuridicizzazione sul piano strutturale della connessione preliminare-definitivo⁴³ è che ogni questione di forma negoziale attinente al preliminare e alle sue vicende (comprese quella modificativa ed eliminativa) va impostata e risolta avendo riguardo al *suo* corrispondente contratto definitivo⁴⁴.

Sulla scorta di tale dato, al pari della recente pronuncia della Cassazione in commento riteniamo che ad imporre la comunicazione del requisito formale al mutuo dissenso sia proprio il profilo funzionale di quest'ultimo, il quale finisce per incidere autonomamente sul diritto reale immobiliare dedotto nel contratto volto a preparare la sua circolazione⁴⁵.

A militare nel senso dell'estensione del requisito di forma anche al mutuo dissenso è quindi direttamente il suo peculiare risultato effettuale, "di per sé ripristinatorio della precedente posizione giuridica delle parti"⁴⁶, col conseguente venir meno dello *ius ad rem* che dal preliminare (sia pur mediamente) promana⁴⁷.

Preso atto di quanto appena osservato, pare difficile negare la necessità di una responsabilizzazione del consenso⁴⁸ per la rimozione di un regolamen-

⁴² In questi termini Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1988, 537 ss., con nota di R. DE MATTEIS, riportata da L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, 48-49 ed *ivi* i richiami a G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 166 ss.; S. SATTÀ, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, 73; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. impr.*, 1999, 98 ss.

⁴³ Cfr. S. MEUCCI, *La forma del negozio solutorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 376; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 48 ss.

⁴⁴ Così A. LUMINOSO, *Mutuo dissenso*, cit., 329-330.

⁴⁵ Cfr. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 147-148, nota 110, ove si precisa che "la forma non dipende [tanto] dal «tipo» di negozio che si vuol risolvere, ma dagli «effetti concreti» che produrrà il medesimo negozio negativo". La stessa Autrice, tuttavia, argomentando sul problema del recesso da contratto solenne, riconosce un diverso atteggiarsi del problema della forma dei negozi di secondo grado incidenti su un contratto preliminare (sul punto, si vedano *ivi*, 146 ss.).

⁴⁶ Così D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, cit., 112, che ravvisa nel negozio solutorio le medesime ragioni che giustificano il formalismo del contratto risolto.

⁴⁷ *Ius ad rem* che V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 215 descrive "tanto più colorato di «realità» in quanto il preliminare sia trascritto".

⁴⁸ Ad avviso di parte della dottrina e della giurisprudenza, la considerazione qui svolta pare trovare un conforto anche sulla scorta del fatto che l'intero procedimento di formazione contrattuale, compresi gli atti prenegoziali e preparatori, vede l'applicazione delle prescrizioni di forma previste per il contratto da concludere (si riferiscono queste voci in particolare alla giurisprudenza sul patto di opzione e a indici normativi quali

³⁷ Così F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 262 ss., il quale rinviene nella tutela dei terzi l'unica ragione per la quale è da ritenersi assoggettato al vincolo di forma il negozio risolutorio di un contratto solenne.

³⁸ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 34 ss.; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 351 ss.

³⁹ Quest'ultimo argomento meriterebbe un approfondimento a parte. Riteniamo tuttavia che al problema oggetto del presente scritto possa essere offerta una risposta anche a prescindere dall'eventuale rilievo del profilo della tutela dei terzi.

⁴⁰ In questi termini, A. LUMINOSO, *Mutuo dissenso*, cit., 329.

⁴¹ Intervento che può ben avvenire anche in sede di stipulazione del contratto definitivo. Sui rapporti tra preliminare e definitivo, v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., 703 ss.



to di interessi che – in assenza di un apposito ed idoneo intervento da parte degli stessi contraenti – porterebbe in modo ineluttabile a realizzare una vicenda traslativa immobiliare⁴⁹.

Escluso, in virtù di ciò che abbiamo appena evidenziato, che, almeno in questo caso, la ricostruzione della disciplina in tema di forma del contratto (atipico) di mutuo dissenso sia ricostruibile sulla base di un procedimento di mera riconduzione al tipo negoziale di cui il rapporto-base risulta essere espressione, verrà da chiedersi in virtù di quale operazione ermeneutica sia dato ricavare tale regola.

Che il principio di simmetria riscontrata nell'individuo caso qui preso in esame sia frutto di un procedimento di interpretazione estensiva⁵⁰ ovvero di applicazione in via analogica⁵¹ delle rilevanti norme in tema di forma è questione cui non pare semplice fornire una risposta netta⁵². Se chiara è la distinzione tra le due sul piano definitorio, altrettanto spesso non può dirsi quando dall'astrazione si passa all'esame del caso concreto dal momento che

l'art. 1392 c.c. in tema di forma della procura e l'art. 1399 c.c. in tema di ratifica del contratto stipulato da *falsus procurator*). Sul punto, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, rist. 1997, 216. Ma condivisibilmente, in senso critico, v. S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., 338; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 341-342, il quale pone in serio dubbio la configurabilità di una categoria unitaria degli "atti accessori" a prescindere dalla loro funzione specifica.

⁴⁹ G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, cit., 642; M. LIPARI, *La forma del negozio risolutorio di contratto preliminare formale*, Nota a Cass. 06 giugno 1988, in *Giust. civ.*, 1989, 1191, il quale evidenzia che sarebbe difficilmente spiegabile il fatto che l'ordinamento tuteli la serietà e l'importanza del momento in cui l'impegno viene assunto disinteressandosi poi del momento in cui lo stesso viene ad essere posto nel nulla.

⁵⁰ Nel senso dell'interpretazione estensiva si sono espresse le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 8878 del 1990 sulla base del principio "ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio".

⁵¹ Sull'inquadramento dei contorni del procedimento analogico in ambito giuridico, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938 (ried. a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006); L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 133 ss. In termini generali, si veda anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 70, ove si pone in evidenza la progressiva perdita da parte dello strumento analogico di quella specialità strutturale che allo stesso era stato assegnato dal *Code Napoléon* e si sottolinea l'impossibilità, nell'attuale panorama giuridico, di distinguere in modo netto dove finisca l'*analogia legis* e dove inizi l'*analogia iuris* (procedimenti che, invece, l'art. 12 Preleggi pretenderebbe vedersi applicati in via successiva).

⁵² R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 440; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, 2006, 133 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 149 ss.; G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, 41 ss.

entrambe queste operazioni ermeneutiche finiscono per risultare strumenti di integrazione di una disciplina, in qualche modo, "lacunosa" (ci sia consentito il virgolettato)⁵³.

Tornando alle ragioni che depongono nel senso della necessità di una estensione del vincolo di forma al negozio solutorio, si pensi poi al problema della certezza del diritto insita nella difficoltà di provare che una dichiarazione a struttura debole possa risolvere una dichiarazione a struttura forte⁵⁴. Problema che si dimostra ancora più evidente in considerazione della possibilità per le parti di ricorrere alla tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto a norma dell'art. 2932 c.c. con richiesta da parte del contraente non inadempiente all'Autorità giudiziaria di provvedere alla costituzione con sentenza degli effetti del contratto definitivo non concluso⁵⁵.

Si è detto che tra le funzioni del requisito di forma previsto dall'art. 1350 n. 1 c.c. vi è anche quello di conferire all'atto negoziale certezza ed univocità. Certezza con riferimento non solo al profilo della causa e dell'oggetto sul quale la manifestazione di volontà finisce per cadere, ma anche circa l'effettivo raggiungimento di una intesa delle parti concretamente qualificabile come "accordo" rilevante ai sensi dell'art. 1321 c.c. nonché il preciso frangente temporale in cui questo è raggiunto.

Come traspare anche dai vari passaggi della pronuncia della Suprema Corte del febbraio 2022 presa in esame, risulta evidente il problema in termini di certezza dei rapporti giuridici e sulla circolazione dei beni che sussisterebbe ove si ammettesse che un contratto avente risvolti patrimoniali significativi

⁵³ Lacunosità qui qualificabile come "assiologica", seguendo la classificazione proposta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, 127 ss.

⁵⁴ Evidenziano R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 711 che "Lo scritto necessario alla validità del negozio è necessario anche per la prova. Le parti non possono provare per confessione o per testi che il negozio fu concluso per iscritto. Quando si parla di forma necessaria per la validità si menziona la parte per il tutto", chiosando che coglierebbe maggiormente nel segno "parlare di forma doppiamente necessaria per la validità e per la prova". Ma si veda anche E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, 45 ed *ivi* il richiamo a H. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, 152.

⁵⁵ Problema che pare essere chiaramente avvertito da E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 290, ove l'Autore giustifica la previsione dell'art. 1351 c.c. con la necessità di "evitare che venga elusa la norma concernente la forma del contratto definitivo, data la virtuale equipollenza scaturente dalla possibilità di esecuzione in forma specifica". Si vedano inoltre, tra gli altri, F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 173; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, 4^a ed., Torino, 1963, 277 e, da ultimo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., 404.



come il trasferimento di un diritto immobiliare possa essere risolto sulla base di contegni spesso difficilmente oggettivabili ed accertabili quali l'avvio di una trattativa. Contegno che, peraltro, non necessariamente è da ritenersi espressione di una volontà eliminativa della precedente intesa contrattuale⁵⁶, ben potendo almeno uno dei contraenti avviare trattative continuando tuttavia a confidare sulla permanenza dell'accordo previamente raggiunto per il caso in cui l'attività di confronto prenegoziale con la controparte non finisca per dare vita ad un nuovo regolamento d'interessi chiaramente sostitutivo del precedente⁵⁷.

Il diverso atteggiarsi del requisito di forma rispetto alla regola generale di libertà si fonda quindi sull'esigenza – ricavabile dallo spirito della legge – che la volontà negoziale estintiva di un contratto volto a spiegare (sia pure in via soltanto mediata) un effetto traslativo di diritti reali immobiliari risulti “da un documento che non lasci dubbi stila volontà di entrambe le parti di sciogliere il contratto sì da rivelare il completo disinteresse delle parti all'attuazione del contratto e il mutuo consenso alla cessazione dello stesso”⁵⁸.

E pare che proprio le problematiche sopra illustrate (tra loro strettamente connesse) abbiano indotto il legislatore ad introdurre una norma come l'art. 1351, unica disposizione del Codice originariamente dedicata al contratto preliminare e riguardante, appunto, proprio (ed unicamente) la forma che esso deve rivestire.

Una qualche conferma ci è offerta dalla stessa Relazione al Codice civile⁵⁹, ove si legge che “ulteriore valido argomento per legittimare la soluzione accolta [cioè la simmetria di forma tra preliminare e relativo contratto definitivo] è dato dal fatto che il nuovo Codice autorizza la realizzazione in forma specifica dell'obbligo di contrattare di cui all'art.

2932”⁶⁰. Riferimento che sembra mettere in seria discussione quelle letture che negano che tra le ragioni giustificative del precetto in parola vi sia il suo collegamento sistematico con la tutela dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Del resto, se pure è vero che tale forma di tutela giudiziaria non è prerogativa esclusiva dei contratti formali, risulta chiara – anche alla luce di quanto sopra osservato – la particolare delicatezza che questo nesso a carattere rimediabile presenta allorché il definitivo è volto a produrre effetti particolarmente significativi per le parti sul piano patrimoniale quali la traslazione di un diritto reale immobiliare.

Delicatezza della quale il legislatore pare aver tenuto conto e che costituisce uno degli argomenti – sovente neppure chiaramente esplicitati – che induce ancora oggi la giurisprudenza quasi unanime (tra cui, da ultimo, la pronuncia Cass. n. 4714/2022 qui in commento) a ritenere operante in questi casi l'estensione del vincolo formale al negozio di risoluzione consensuale. In una prospettiva che non ridimensiona né sminuisce il riconosciuto principio di libertà delle forme negoziali, ma che lo contestualizza alla luce di altri principi (normativi) ricavabili dal sistema e delle esigenze di tutela che essi sottendono⁶¹.

⁵⁶ Nel caso di specie, infatti, neppure si poteva parlare di contratto verbale logicamente incompatibile con la volontà previamente espressa col preliminare di permuta, dal momento che la successiva offerta di acquisto del terreno oggetto di preliminare da parte della società ricorrente era stata rifiutata dall'altra parte.

⁵⁷ Osserva la Cassazione nella pronuncia in commento che nel caso di specie “La Corte di merito ha erroneamente tratto il convincimento che l'offerta di acquisto del terreno oggetto del preliminare da parte della società ricorrente, rifiutata dal promittente venditore manifestasse l'intento di risolvere per mutuo consenso il contratto preliminare senza accertare se detta proposta facesse espresso riferimento alla volontà di risolvere il contratto preliminare, anche in caso di rifiuto del promittente venditore, non essendo il comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, idoneo a tale fine”.

⁵⁸ Passaggio tratto dalla pronuncia in commento.

⁵⁹ Relazione del Guardasigilli al testo definitivo del Codice civile, n. 617.

⁶⁰ Come noto, il Codice civile italiano del 1865 non disciplinava il contratto preliminare. Ciononostante, la prassi degli affari vedeva un ampio impiego della contrattazione preliminare specialmente con riferimento a negozi aventi ad oggetto beni immobili. Sul punto si richiamano i contributi di G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *IlCaso.it*, 21 dicembre 2014, 9 ss. e M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, 31 ss.

⁶¹ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 69; S. MEUCCI, *La forma del negozio solutorio*, cit., 382.