

PREMESSE

In genere si ritiene che la “forma” sia l’aspetto esteriore di una cosa; in senso più concreto lo stampo in grado di trasferire a un altro oggetto la propria struttura¹.

L’esperienza giuridica romana ha fatto largo uso del concetto di *forma*² in una varietà assai vasta di accezioni³, senza mai arrivare a concettualizzare il dogma. Per esempio, Ulpiano distingue la *forma* dalla *substantia* delle *res*⁴. In altro senso, i classici impiegano il termine ‘*forma*’ per designare la struttura tipica di un istituto, o per riferirsi a un singolo negozio⁵. Difatti i giuristi romani utilizzarono espressioni come ‘*forma mandati*’, ‘*forma locationis*’, o ‘*forma compromissi*’⁶ non per indicare il *vestmentum* richiesto dalla legge per quel contratto, ma soltanto per fare allusione al tipo di contratto⁷.

Nella cultura giuridica europea, il termine “forma” ha una ricca storia filosofica ed evoca qualcosa che prescinde dal contenuto oppure qualcosa che costituisce la caratteristica essenziale di un oggetto o di un concetto⁸. Nonostante ciò, non esiste nel diritto positivo una definizione di forma⁹.

Il termine “formalismo”¹⁰ deriva da “forma” e viene spesso impiegato in ambito giuridico per indicare una caratteristica di alcuni ordinamenti, soprattutto quelli più arcaici¹¹; «il termine si riferisce al fatto che in quegli ordinamenti la produzione di effetti giuridici viene collegata al compimento di pratiche o riti in modo esattamente conforme ad un modello»¹², alla precisa pronuncia di determinate parole, in tempi e luoghi e alla presenza di persone rigorosamente prestabilite¹³. In questa accezione, “formalismo” significa che la produzione di effetti giuridici avviene mediante

¹ FALETTI, *Note sur l’emploi du terme forma dans les testes juridiques*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris, 1929, 219; MANTOVANI, *Le formulae del processo privato*², Padova, 1999, 15.

² *Thesaurus linguae latinae*, VI,1, Lipsia, 1912-1926, 1066 ss.; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, (rist. 2001), Paris, 1985, 247.

³ ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, III App., Torino, 1961, 658; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *NNDI*, VII, Torino, 1968, 558.

⁴ Ulp. D. 10,4,9,3.

⁵ ORMANNI, *Forma del negozio*, cit., 558.

⁶ Pap. D. 4,8,42; Cels. D. 17,1,48,2; Ulp. D. 24,3,7,3.

⁷ MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, 40.

⁸ TARELLO, *Formalismo*, in *NNDI*, VII, Torino, 1968, 573; JORI, *Formalismo giuridico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, VIII, Torino, 1992, 426 s.

⁹ MESSINA, *Libertà di forma*, cit., 15, n. 1.

¹⁰ Cfr.: A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, 5 ss.; AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, 1990, 3 ss.; BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, a cura di N. MORRA, Torino, 1996, 26.

¹¹ TARELLO, *Formalismo*, cit., 573.

¹² TARELLO, *Formalismo*, cit., 573.

¹³ TARELLO, *Formalismo*, cit., 573.

atti individuabili e individuati dalla loro forma¹⁴. In questo senso “formalismo” deriva da “forma” e non concerne il “contenuto”¹⁵.

Talvolta si parla di “formalismo” come di un elemento necessariamente connaturato a ogni ordinamento. In tal caso, con “formalismo” ci si vuole riferire all’esistenza di determinate forme, ponendo l’accento su di una nozione molto lata di “forma”¹⁶.

Con specifico riferimento alla forma degli atti, essa si rapporta all’espressione della volontà presente nelle convenzioni, dal momento che tutte le convenzioni hanno una forma e un contenuto. La forma è dunque un requisito essenziale e costitutivo del paradigma generale dell’atto giuridico: conseguentemente, nelle norme che richiedono una forma determinata per il compimento dell’atto si delinirebbe la disciplina particolare di un profilo generale e sempre presente nella struttura di esso¹⁷.

Le forme richieste dal diritto per un atto giuridico vengono normalmente distinte dal contenuto, elemento che viene pure regolato dal diritto¹⁸.

Da quanto detto, si comprende come niente sia più complesso della forma: essa varia a seconda dei popoli, delle epoche e della natura giuridica dell’atto¹⁹.

Il Sacco, con riguardo al contratto, ha in passato notato come nella letteratura giuridica italiana mancasse ancora «un’opera ampia, completa e fondamentale sulla forma»²⁰; questa osservazione vale probabilmente ancora oggi, in quanto il tema è assai ampio e trasversale, interessando non solo la storia del diritto, ma anche la filosofia e il diritto vigente, richiedendo pertanto un notevole sforzo sistematico; lo scopo di quest’opera è rappresentato dal tentativo di colmare, ovviamente solo in parte, questa lacuna, approfondendo lo studio delle forme degli atti giuridici dai molteplici punti di vista²¹: sarà lo sviluppo storico della forma dei negozi giuridici patrimoniali che fornirà la base di questo studio²².

¹⁴ TARELLO, *Formalismo*, cit., 573 s.

¹⁵ TARELLO, *Formalismo*, cit., 574.

¹⁶ TARELLO, *Formalismo*, cit., 574.

¹⁷ DI GIOVANNI, *La forma*, in *Trattato dei contratti*, diretto da U. RESCIGNO, I, *I contratti in generale*², a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, 886.

¹⁸ JORI, *Formalismo giuridico*, cit., 433.

¹⁹ SABOULARD, *Étude sur la forme des actes de droit privé en droit romain et dans les très anciens droit français*, Paris, 1889, I.

²⁰ SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile*, VI, Torino, 1975, 420; Id., *La forma*, in RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, X, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1995, 289, n. 1. Cfr.: DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 19(2001), 396.

²¹ CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, osserva: «Colui che volesse porre la nozione di forma quale tema centrale di un proprio studio dovrebbe certamente orientare la ricerca verso un esame e una compiuta classificazione di tutti i diversi requisiti formali, per analizzarli soprattutto in relazione alle loro finalità».

²² SABOULARD, *Étude sur la forme*, cit., II.

Affrontare le tematiche inerenti la forma e il formalismo giuridico manifesta connotati peculiari e inconsueti, e richiede un approccio storico-comparatistico²³, per evitare di muoversi in una sorta di dimensione speculativa, di scarsa e non immediata utilità²⁴. Quindi questa monografia si limita a una analisi del problema della forma sotto il profilo strettamente giuridico, tralasciando il dibattito filosofico che la scienza ha elaborato²⁵.

Al fine della nostra ricerca pare necessario analizzare le molteplici tipologie di forma, partendo dal fatto indiscutibile che la parola è stata la prima forma naturale e primitiva dell'espressione delle idee²⁶.

Orale o scritta la forma ha due specie: o è abbandonata all'iniziativa delle parti e allora essa si diversifica all'infinito seguendo le mille vicende del commercio giuridico e la volontà dei contraenti; o è solenne e pre-costituita, determinata dalla legge o dal costume e sempre immutabile²⁷.

Come avremo modo di vedere, la forma può avere scopi differenti: sia come elemento costitutivo dell'atto (*ad substantiam* o *ad solemnitatem*), sia per la prova (*ad probationem*), sia al fine di portare la convenzione a conoscenza di terzi (*ad publicitatem*)²⁸, sia di informazione per la protezione delle parti deboli (forma-contenuto)²⁹.

²³ D'altra parte non pare condivisibile il giudizio pessimistico del Geny, il quale ha sostenuto che, esistendo numerosi scritti sul formalismo giuridico, sembra inutile pretendere di scoprire un campo di indagine nuovo. Si veda: GENY, *Sciences et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, III, *Élaboration technique du droit positif*, Paris, 1921, 96.

²⁴ FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 88(1990), 1 s.

²⁵ Sul tale dibattito cfr. principalmente: A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 3 ss.; ID., *Formalismo giuridico*, in *EDD*, XVII, Milano, 1968, 1012 ss.; TARELLO, *Formalismo*, cit., 571 ss.; JORI, *Formalismo giuridico*, cit., 425 ss.

²⁶ SABOULARD, *Étude sur la forme*, cit., I.

²⁷ SABOULARD, *Étude sur la forme*, cit., II.

²⁸ SABOULARD, *Étude sur la forme*, cit., II.

²⁹ La "forma-documento" viene impiegata come modalità di controllo della presenza di tutta una serie di elementi ritenuti essenziali all'esistenza dell'atto; sul concetto di "forma-contenuto": si veda *infra* cap. V.