

La forma dello scioglimento consensuale del contratto preliminare a forma scritta vincolata.

Il tema attinente alla sussistenza di un onere di forma scritta *ad substantiam* per l'accordo risolutivo di un contratto preliminare soggetto, a sua volta, al vincolo di forma è tutt'oggi controverso in dottrina ed in giurisprudenza, posta la carenza di specifici riferimenti normativi. Muovendo l'analisi dalle disposizioni codicistiche che disciplinano la materia contrattuale deve anzitutto rilevarsi che dall'art. 1325 n. 4 c.c. si ricava il principio della libertà di forma della manifestazione della volontà in virtù del quale le parti, se la legge non dispone diversamente, possono scegliere la forma che prediligono per concludere un contratto.

A tal uopo l'art. 1350 c.c. sancisce l'obbligo della forma scritta a pena di nullità per tutti i contratti concernenti la costituzione, il trasferimento e la modifica dei diritti reali immobiliari.

Il contratto preliminare *ex se* non comporta alcuno degli effetti innanzi citati sortendo mera efficacia obbligatoria tra le parti che, infatti, sono vincolate alla conclusione del contratto definitivo.

Tuttavia il preliminare avente ad oggetto diritti reali immobiliari, stante la possibilità di ottenere dal Giudice una sentenza costitutiva di trasferimento della proprietà del bene a norma dell'art. 2932 c.c., influisce, in via mediata, sulle circostanze indicate dal citato art. 1350 c.c. (*rectius*: costituzione, trasferimento e modifica dei diritti reali immobiliari); per tale ragione il legislatore ha disposto all'art. 1351 c.c. la regola a rigore della quale "*il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo*" (c.d. principio di simmetria formale tra definitivo e preliminare).

Tanto stabilito viene ora in rilievo che non vi è alcuna norma che espressamente impone per il contratto risolutivo del preliminare peculiari requisiti di forma, parimenti l'estinzione di un diritto reale immobiliare è situazione differente rispetto a quelle di costituzione, trasferimento

e modifica dei medesimi diritti richiamate dall'art. 1350 c.c. e per i cui rispettivi contratti è imposta, a pena di nullità, la forma scritta.

Valorizzando dunque la carenza di una specifica disposizione a tal riguardo un orientamento giurisprudenziale oramai datato ha affermato che l'accordo risolutivo del preliminare non deve necessariamente risultare da un atto scritto giacché *“l' art. 1351 cc., [...] , si riferisce alla sola conclusione del contratto e non anche alla sua risoluzione consensuale, alla quale, in quanto non produce alcun effetto di natura reale, ma soltanto l'estinzione delle precedenti obbligazioni personali, è, quindi, applicabile il principio della libertà di forma della manifestazione di volontà”* (Cass. Civile sez. II 3816/1988).

In tal senso è stato anche evidenziato che l'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 1351 c.c. al contratto di risoluzione consensuale del preliminare si porrebbe in contrasto con l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, secondo cui le norme che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi in esse considerati.

Tuttavia una simile esegesi è stata disattesa dall'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza maggioritaria in virtù del quale i requisiti formali *ad substantiam* di cui agli artt. 1350 e 1351 c.c. attengono anche all'accordo risolutivo del preliminare soggetto all'onere della forma scritta.

Le ragioni sottese a tale tesi sono rinvenibili, anzitutto, nelle disposizioni codicistiche che prevedono, in applicazione di un'interpretazione sistematica, accanto alla regola generale della libertà della forma di manifestazione della volontà, il requisito della forma scritta a pena di nullità *“per i contratti più importanti, destinati ad incidere in modo più penetrante e durevole sul patrimonio e sugli interessi dei soggetti”* (Cass. Civ. Sez. Unite, 8878/90).

A tale criterio ultimo è informata sia la disciplina di cui all'art. 1350 c.c. che, appunto, impone a pena di nullità la forma scritta per i contratti concernenti la costituzione, il trasferimento e la

modifica dei diritti reali immobiliari sia il principio di simmetria formale tra contratto definitivo e preliminare *ex art. 1351 cc.*

In tale ottica il vincolo della forma scritta per l'accordo di risoluzione del contratto preliminare deriverebbe da un'interpretazione estensiva dell'art. 1351 cc. posto che *“sia il contratto preliminare immobiliare, sia il negozio risolutivo per mutuo consenso hanno natura obbligatoria; entrambi, a ben guardare, incidono in via mediata su diritti reali immobiliari [...] tutti e due i negozi si svolgono nel medesimo ambito e la volontà contrattuale si manifesta, in essi, in modo uniforme, sebbene in opposta direzione”* (Cass. Civ. Sez. Unite, 8878/90).

Viene altresì in rilievo che l'applicazione del requisito della forma scritta *ad substantiam* è pacifica nella giurisprudenza di legittimità per i negozi modificativi e integrativi dei contratti preliminari relativi a diritti immobiliari, con ciò appalesando la contraddittorietà dei contrasti sul tema della forma dell'accordo di scioglimento per mutuo consenso degli stessi contratti.

A sostegno delle superiori considerazioni possono inoltre richiamarsi i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di mutuo consenso quale forma tipica di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 1372 cc.; orbene se per il contratto che si scioglie è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, identica forma sarà necessaria per l'accordo di scioglimento; in caso contrario, in base al principio della libertà delle forme, il contratto risolutivo non deve necessariamente risultare da un accordo esplicito ma può anche scaturire dalla volontà, emergente da fatti univoci, di non dare ulteriore corso ad esso (*cf.* Cass. civ. Sez. VI 21764/2015; Cass. civ. Sez. III 18757/2013).

In ragione dei principi su esposti e al fine di garantire la certezza del volere e dei rapporti giuridici sembra maggiormente condivisibile la conclusione per cui ogni contrattazione inerente ai diritti reali immobiliari, compresa quella risolutiva, vada stipulata per iscritto.

Avv. Gianluca Scotti