

# La forma del recesso convenzionale

**Autore:** Galati Alessandro

**In:** Diritto civile e commerciale

## 1) Cenni introduttivi sul recesso

Come ampiamente noto, ex art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge tra le parti e può essere sciolto solo per mutuo dissenso o per altra causa ammessa dalla legge.

Tra queste altre cause si annovera comunemente il recesso, che può trovare la sua fonte o in una norma di legge speciale o, vista l'autorizzazione in tal senso dell'art. 1373 c.c., nella volontà delle parti. Il recesso è quindi un negozio unilaterale per il tramite del quale una parte esercita un peculiare potere, finalizzato a determinare la cessazione irretroattiva (ex nunc) degli effetti del contratto e, quindi, a causare l'estinzione di esso. Tale potere si esercita dunque con una dichiarazione negoziale e viene ad essere considerato un diritto potestativo, in quanto al recedente è attribuito il potere di conseguire un risultato (appunto, lo scioglimento del contratto) senza la necessità di una collaborazione in tal senso dell'altra parte, la quale si trova in soggezione non potendo legittimamente impedire al recedente medesimo di esercitare questo suo diritto[1].

Oltrechè unilaterale, il negozio di recesso è anche recettizio, in quanto per produrre i suoi effetti tipici necessita di pervenire all'altra parte: dato infatti che limita la sua sfera giuridica, è produttivo di un'asimmetria fra le posizioni contrattuali, quindi l'ordinamento vuole che il soggetto interessato da tale situazione sia quanto meno avvisato di quanto sta per accadere al contratto di cui era parte.

## 2) Sulla forma in generale

Il tema di queste riflessioni non è comunque il recesso quale istituto generale del diritto civile, ma un aspetto ben più particolare quale quello della sua forma. Dobbiamo perciò rilevare come anche il recesso, per produrre il suo effetto di scioglimento del vincolo contrattuale, necessiti di una manifestazione di volontà a tal fine diretta: la manifestazione di volontà, come insegna la teoria generale, può essere espressa o tacita. Quando è espressa, si chiama dichiarazione, ovvero è un insieme di segni o simboli strutturalmente concatenati, che risultano comprensibili in quanto decifrabili in virtù di un dato codice linguistico conosciuto: caratteristica prima della dichiarazione è dunque il suo essere rivolta sempre a soggetti diversi da coloro che l'hanno emessa[2]. Cosa diversa dalla manifestazione di volontà e quindi dalla sua dichiarazione è la forma con la quale essa viene espressa: la forma è infatti la tecnica di comunicazione socialmente rilevante per mezzo della quale la volontà di un soggetto lascia il foro interno

e viene indirizzata verso l'esterno. La forma del negozio che viene così posto in essere per il tramite della dichiarazione di volontà (o dell'incontro di due o più volontà manifestate, quando il negozio non è unilaterale) è quindi la sua veste esteriore, ovvero il come si presenta agli altri nella vita di relazione[3]. A tal riguardo il nostro ordinamento, superando l'impostazione del diritto romano classico (a tenore della quale un negozio poteva essere valido solo se espresso nelle formule sacramentali richieste), fa proprio il principio della libertà delle forme: in generale, infatti, un negozio è valido ed efficace qualunque sia la sua forma, purchè idonea a realizzare un'effettiva e percepibile comunicazione sociale della volontà che ne è a fondamento. Se questa è la regola, sono però stabilite delle eccezioni: l'art. 1350 c.c., infatti, prevede una serie di ipotesi in cui è necessaria la forma scritta a pena di invalidità del negozio, nella specie della nullità. La norma considera, fra l'altro, i casi di contratti che incidono su diritti reali immobiliari: in tali casi il vincolo di forma è previsto non solo per l'ingente valore di tali beni, ma anche per garantire certezza nell'identificazione dell'effetto dei rapporti giuridici ed infine per conferire allo stesso il carattere della certezza anche verso i terzi: è forte infatti il legame tra forma e pubblicità, della quale la forma è un necessario presupposto (si pensi alla trascrizione)[4].

Alla luce di ciò, è allora ovvio che anche il negozio di recesso deve avere una forma per il tramite della quale la dichiarazione del recedente si palesa all'esterno della sua sfera giuridica; parimenti chiaro è che siffatto problema investe solo quelle forme di recesso convenzionale per le quali né la legge, né l'autonomia privata impongono il rispetto di date prescrizioni formali. Negli altri casi dunque, cioè a dire quando il recesso è legale oppure le parti del contratto lo disciplinano circa il problema delle vestigia formali, non si pone questione interpretativa.

### **3) La forma del recesso**

L'art. 1373 c.c. non pone nessuna prescrizione riguardo alla forma del recesso convenzionale, aprendo la strada ad una serie di problematiche ed interpretazioni. Così, la prevalente dottrina ritiene che, in linea generale e proprio in virtù del principio della libertà delle forme, il negozio di recesso abbia forma libera purchè pervenga al destinatario della manifestazione di volontà[5]. Non mancano tuttavia alcune autorevoli voci che ritengono sempre e comunque necessaria, per il recesso, la stessa forma rivestita dal contratto che si vuole estinguere, in quanto il carattere unilaterale del recesso impone di tutelare chi, pur non avendo partecipato al negozio, ne subisce gli effetti: in tal senso viene ritenuta essere una più che adeguata tutela la forma per relationem[6].

La giurisprudenza non ha posto a chiare lettere un principio di diritto sulla libertà di forma del recesso tout court: tuttavia, la soluzione sembra essere data per pacifica dai giudici, soprattutto da quelli di legittimità, i quali ne fanno sovente applicazione nelle loro decisioni. In un recente precedente[7], peraltro, si afferma proprio in un obiter dictum la libertà formale della dichiarazione di recesso, purchè manifestata in forma idonea ad essere percepita dall'altra parte.

In ogni caso, la libertà di forma è sostenuta solo per quanto concerne il recesso riferito a contratti aformali, cioè quelli per i quali non è richiesta dalla legge forma scritta ad substantiam. Per tali convenzioni invece si apre il problema della forma del recesso, il quale rappresenta poi una questione particolare all'interno del più ampio dibattito concernente la forma dei negozi strumentali.

I negozi strumentali sono quelli riferiti ad altro e diverso negozio, o nel senso che incidono su un precedente rapporto negoziale, sciogliendolo od eliminandolo (come il recesso, o la risoluzione per mutuo dissenso) oppure nel senso che preparano un futuro contratto (come il preliminare). Tali negozi strumentali[8]necessariamente pongono un problema di forma quando sono riferiti a contratti formali, in quanto in tali casi ci si chiede se, per attuarli, sia o meno necessaria la forma prevista per la validità del contratto su cui devono incidere. La legge risolve il problema solo per alcuni[9] di questi negozi strumentali richiedendo la simmetria formale, ma per il resto il problema resta aperto e si fronteggiano varie concezioni:

-

una prima teoria, assai minoritaria, ritiene comunque di doversi applicare per i negozi strumentali afferenti al contratto formale il principio della libertà delle forme: nel silenzio della legge, infatti, il principio della libertà di forma non può essere derogato con un'applicazione analogica od un'interpretazione eccessivamente estensiva delle norme eccezionali che prevedono forme scritte. Altrimenti, si violerebbe direttamente o indirettamente il divieto espresso dall'art. 14 delle preleggi[10];

-

altra concezione sostiene invece che il negozio strumentale debba avere la stessa forma di quello cui afferisce, perché le norme che prevedono un vincolo di forma non sono eccezionali, in quanto costituiscono ordinaria espressione di un principio generale, a tenore del quale quando la legge o le parti impongono una forma ad un negozio, la stessa è implicitamente imposta anche per gli atti preparatori, modificativi o estintivi dello stesso[11];

un'ultima prospettiva s'incentra invece sugli effetti del negozio strumentale: così, questo sarebbe soggetto alla stessa prescrizione di forma del negozio principale solo quando vada a porre in essere uno degli effetti tipici per la produzione dei quali l'ordinamento prevede la forma scritta, come soprattutto nel caso dei trasferimenti immobiliari[12].

Queste problematiche interpretative si pongono soprattutto, all'interno del vasto genus dei negozi strumentali, per la species dei negozi risolutori, all'interno della quale categoria rientra il recesso. Così, per il recesso da contratti di compravendita immobiliare tende a riproporsi la diatriba interpretativa ora accennata, con prevalenza, nelle soluzioni proposte, dell'ultimo dei criteri riportati: dato che il negozio di recesso realizza la stessa vicenda e lo stesso effetto del contratto da estinguersi, sia pure in senso inverso (in quanto farebbe tornare la proprietà del bene compravenduto in capo al dante causa), anche il recesso deve avere forma scritta in virtù dell'effetto reale che produce[13].

Questo principio viene poi applicato dalla giurisprudenza maggioritaria anche al contratto preliminare di compravendita immobiliare[14], richiedendosi la forma scritta anche per il recesso da questo contratto, sulla scorta della riflessione a tenore della quale la legge equipara l'atto di disposizione immediata che si realizza col contratto definitivo a quello di disposizione mediata che si realizza per il tramite dell'assunzione dell'obbligo di stipulare tipica del contratto preliminare. Tuttavia, l'impostazione non persuade: il preliminare, di per sé, produce effetti obbligatori e non reali, i quali sono infatti rimessi al definitivo. Perciò, il recesso dal preliminare si limita ad estinguerlo senza però produrre trasferimento, modificazione o retrocessione di diritti reali (né in maniera immediata né mediata), proprio perché dal preliminare nasce un effetto obbligatorio e non reale[15]. Tuttavia, l'orientamento criticato è stato ribadito anche in un'altra decisione[16], la quale ha ribadito che i fattori estintivi del rapporto contrattuale devono essere sempre espressi nella forma richiesta per il contratto cui si riferiscono, anche nel caso in cui riguardino un contratto preliminare che, per sua natura, è idoneo a spiegare effetti sui diritti reali immobiliari, anche se mediati dall'assunzione di obblighi a contrarre.

4) Forma convenzionale del recesso.

Si ritiene[17] che le parti possano accordarsi circa una particolare forma da utilizzare per il compimento dell'atto di recesso. Il problema che si pone, allora, è se a tale forma convenzionalmente prevista per il recesso vada riconosciuto il carattere essenziale che l'art. 1352 c.c. pone per le forme convenzionali, con la conseguenza che dovrebbe ritenersi del tutto inefficace una dichiarazione di recesso avente una forma diversa da quella stabilita convenzionalmente. Infatti, dato che l'art. 1352 c.c. è riferito ad una forma pattuita per la stipula del contratto ma non anche per eventuali dichiarazioni unilaterali successive volte a modificare od estinguere i rapporti da esso nascenti, e dato altresì che il recesso è proprio un negozio successivo al contratto, la previsione dell'art. 1352 c.c. sembrerebbe non riguardare tale ipotesi[18]. Tuttavia la giurisprudenza sembra superare il dato letterale della disposizione e pare ritenerla applicabile ad ogni patto sulla forma di futura manifestazione di volontà, qualunque sia il fine cui sono destinate, dato che ai privati è consentito porre in essere prescrizioni formali e dato anche che le norme sui contratti sono applicabili anche agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale[19]. La giurisprudenza più risalente è anche più chiara sul punto, stabilendo che l'art. 1352 c.c. si riferisce ad ogni patto negoziale con cui le parti si obbligano ad adottare una data forma per la prestazione di un consenso futuro: la formulazione letterale della norma non viene intesa come un ostacolo in tal senso, data l'estensione agli atti unilaterali tra vivi delle norme sul contratto in generale; inoltre, l'interpretazione estensiva della norma dell'art. 1352 c.c. si uniforma, del resto, al principio dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c., quindi le parti devono essere libere di regolare la forma dei contratti e di ogni manifestazione di consenso relativo a possibili vicende future di rapporti negoziali già in essere[20].

Alessandro Galati

[1] Per la nozione di diritto potestativo si rimanda a CARPINO, Diritti potestativi, in Enc. Giur. Treccani XI, Roma 1989, ad vocem, e NICOLÒ, Istituzioni di diritto privato, I, Milano 1962, 33 ss.

[2] SCHLESINGER, Dichiarazione (Teoria gen.), in Enc. dir. XII, Milano 1964, ad vocem.

[3] BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, Camerino Rist. 1994, 125.

[4] Per una compiuta analisi del problema della forma in generale, si rinvia a SICA, Gli atti che debbono farsi per iscritto, in Commentario al c.c. Schlesinger-Busnelli, Milano 2003. Utili riferimenti anche nella dottrina classica: ex multis LENER, A., Forma scritta costitutiva e conclusione del contratto, in Foro it. 1964, I, 1780 ss.; CARIOTA-FERRARA, Le

forme dei contratti ed i contratti sulle forme, in Riv. not. 1948, I, 11 ss.; BARBERO, A proposito delle forme degli atti giuridici, in Jus 1940, 442 ss.

[5] D'AVANZO, voce Recesso (Dir. priv.) in Nss. Digesto It., VI, Torino 1967, ad vocem.

[6] ROPPO, Il contratto, Milano 2001, 542.

[7] Cass. 8 gennaio 2005, n. 262, in Notariato 2005, 597.

[8] Li definisce "accessori" SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli 1986, 216.

[9] Infatti, si richiede la stessa forma del definitivo, a pena di nullità, per il contratto preliminare; la stessa forma dell'atto che il rappresentante deve concludere per la procura, che altrimenti è inefficace; la stessa forma richiesta per l'atto da ratificare per la ratifica.

[10] GIORGIANNI, voce Forma degli atti (Dir. priv.), in Enc. Dir. XVII, Milano 1980, 1004.

[11] RESCIGNO, Manuale di diritto privato italiano, Napoli 1996, 308; CARRESI, Il Contratto, II, in Trattato Cicu-Messineo, Milano 1987, 366.

[12] GABRIELLI - PADOVINI, Recesso (Dir. priv.), in Enc. dir. XXXIX, Milano 1988, 43 ss.; NICOLÒ, La relatio nei negozi formali, in Studi in onore di Santoro-Passarelli, III, Napoli 1972, 539.

[13] Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in Foro It. 1991, I, 172. Per una lettura parzialmente diversa del fenomeno del recesso da contratti ad effetti reali, però, è opportuno un rinvio a SIRENA, Effetti e vincolo, in Trattato del contratto diretto da Roppo, Vol. III a cura di Costanza, 136, il quale rileva come in tal caso il bene torna all'alienante non come avente causa in senso inverso, ma come originario titolare del diritto di proprietà.

[14] Cass. 7 giugno 1990, cit.; Cass. 24 novembre 1983, n. 7047.

[15] Correttamente, Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in Foro It. 1988, I, 2919; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7551, in Foro It. Rep. 1986, voce Contratto in genere, n. 240.

[16] Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in Contratti 2001, 221.

[17] CALLEGARI, Il recesso unilaterale dal contratto, Torino 1939, 225.

[18] MESSINEO, voce Contratto (Dir. priv.), in Enc. Dir. IX, Milano 1961

[19] Cass. 8 settembre 1997, n. 7354.

[20] Cass. 13 giugno 1958, n. 1999, in Foro It. 1959, I, 92.

<https://www.diritto.it/la-forma-del-recesso-convenzionale/>