

Materiali per un *Lemmario bio-filosofico*

FORMA (5) Brevi cenni alla *forma* nel diritto

Riccardo Conte

Non c'è branca del diritto in cui non vengano in rilievo questioni afferenti alla «forma». Uno studio in materia potrebbe essere oggetto di una vasta monografia. In queste brevi note cercherò di offrire alcuni sintetici cenni di orientamento per non giuristi.

Partiamo dall'esperienza comune. Ognuno di noi ogni giorno stipula decine di contratti: compra il giornale, compra il pane, sale su un mezzo di trasporto timbrando il biglietto, spedisce una lettera, ecc. Ognuna di queste attività dà vita (uso un termine atecnico) ad un contratto: di compravendita nei primi due casi, di trasporto di persone nel terzo caso, di trasporto di cose nel quarto.

Il *contratto*, secondo la definizione che ne dà il codice civile, «è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 cod. civ.). Quando, per esempio, si dà vita ad un contratto (in termine tecnico: si *conclude* un contratto) di lavoro, Tizio s'impegna a prestare la propria attività lavorativa a favore di Caio; si *regolano* i rispettivi impegni (obbligazioni): il tipo di prestazione, gli orari, la remunerazione; quando il rapporto cessa (dunque si *estingue*), si scambiano alcune comunicazioni (lettera di dimissioni, lettera di licenziamento).

Il contratto – secondo la legge – si *conclude* [abbiamo già visto che con questo termine si intende che il contratto nasce, si stipula], in generale, quando chi ha fatto una proposta (es.: Tizio scrive a Caio chiedendogli di acquistare un certo tipo di merce che Caio produce per il corrispettivo di € 10 al kg.) riceve l'accettazione dell'altra parte. Abbiamo, dunque, due *manifestazioni di volontà*. Perché per stipulare un contratto è necessario che le volontà dei contraenti siano manifestate. Queste manifestazioni di volontà si possono esprimere oralmente, per iscritto, ma anche con comportamenti di fatto (entro in un supermercato, prendo della merce, vado alla cassa a pagarla). E qui siamo al cospetto della *forma*.

Ogni manifestazione di volontà ha infatti una “forma”, che può essere *espressa* o *tacita* (es.: se vendo la casa che mi ha lasciato mio padre in eredità, ho tacitamente accettato l'eredità, anche se non l'ho dichiarato espressamente con un atto *ad hoc*). Il contratto può essere *orale* (ordino della merce per telefono e il venditore mi dice che spedirà subito), o per comportamento di fatto (es.: ordino, anche con una mail, della merce a Caio, che me la spedisce), o per iscritto. La *forma scritta* può essere voluta dalle parti o imposta dalla legge.

Un contratto di vendita immobiliare non può che essere concluso per iscritto per espresse previsione di legge. Se Tizio vende a Caio una casa, l'incontro delle due manifestazioni di volontà («voglio acquistare questa casa»; risposta: «va bene») non può essere sancito da una stretta di mano. Se la legge prescrive la prova scritta *ad substantiam* – come si dice – il contratto che non rispetta tale forma è nullo, cioè non è produttivo di effetti.

La previsione di legge può essere imposta sia per la particolare importanza economica del contratto e a fini di pubblicità (una vendita immobiliare, la costituzione di una società, una donazione, ecc.), sia per una particolare tutela delle parti o di una delle parti (per es., ai sensi dell'art. 26 del d. lgs. 151/2016 «le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sono fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro», allo scopo di evitare la pratica ricattatoria delle cosiddette dimissioni in bianco), sia per fini fiscali (fino ad alcuni anni fa il contratto di locazione poteva essere stipulato oralmente; poi il legislatore ha deciso che doveva essere fatto per iscritto, anche per evitare evasioni fiscali: cfr. l'art. 1, comma 4, della L. 431/98 e cfr. Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214).

Anche la determinazione di una forma da parte del legislatore, dunque, può dipendere da rapporti di forza tra gruppi politici, come abbiamo avuto modo di dire in relazione alla fattura

della norma in generale, nel corso degli incontri per il ciclo Linguaggi in transito: Diritto (nella primavera del 2017).

In relazione a certi contratti, la legge non solo chiede che il contratto sia scritto, ma che rivesta la particolare forma dell'atto pubblico, sia cioè redatto da un notaio (o, in certi casi, da altro pubblico ufficiale, quale ad es., il segretario comunale): si pensi all'atto costitutivo di una società per azioni o a responsabilità limitata, alla donazione, alle convenzioni matrimoniali relative al regime patrimoniale della famiglia.

Talvolta la legge prevede la forma scritta solo ai fini di prova processuale (dunque, *ad probationem*): ma non è il caso di soffermarsi sul punto in questa sede.

Forme particolari possono essere previste per altri *negozi giuridici* (la parola negozio viene dal latino *negotium*, cioè *nec otium*: attività). Il negozio giuridico è rappresentato da una manifestazione di volontà, rivolta ad uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione giuridicamente rilevante (cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1983, p. 132). I contratti sono negozi giuridici, che hanno la particolarità di essere un accordo a contenuto patrimoniale. Ma non tutti i negozi giuridici sono contratti. Il matrimonio, ad esempio, è un negozio giuridico, ma non è un contratto, poiché non ha un contenuto patrimoniale; il testamento è un negozio giuridico, ma non è un contratto perché non pre-suppone alcun accordo.

Il *matrimonio* ha una sua forma particolarmente solenne (art. 107 c.c.):

«Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi degli articoli 143, 144 e 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. // L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione».

Anche per il *testamento* sono previste forme peculiari. Senza entrare nelle fattispecie dei testamenti redatti in contesti di epidemie (art. 609 c.c.), o a bordo di una nave, o dai militari (art. 617), il testamento di solito o è pubblico, cioè ricevuto da notaio, alla presenza di due testimoni (art. 603 c.c.) o è olografo, cioè redatto di pugno dal testatore (art. 602). L'art. 602 c.c. prevede che:

«Il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. // La sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni. Se anche non è fatta indicando nome e cognome, è tuttavia valida quando designa con certezza la persona del testatore. // La data deve contenere l'indicazione del giorno, mese e anno [...]».

È evidente che non siamo al cospetto di formalismi privi di significato. Le forme dell'atto pubblico sono dettate per dar rilievo all'importanza di quanto le parti si accingono a fare. L'esigenza che il testamento scritto da un privato sia redatto di suo pugno (e non battuto a macchina), come le altre previsioni, sono stabilite a garanzia dell'autenticità del testamento e dell'effettiva volontà del testatore (cfr. Cass., 27 luglio 2017, n. 18616:

«In tema di nullità del testamento olografo, la finalità del requisito della sottoscrizione, previsto dall'art. 602 c.c. distintamente dall'autografia delle disposizioni in esso contenute, ha la finalità di soddisfare l'imprescindibile esigenza di avere l'assoluta certezza non solo della loro riferibilità al testatore, già assicurata dall'olografia, ma anche dell'inequivocabile paternità e responsabilità del medesimo che, dopo avere redatto il testamento – anche in tempi diversi – abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento, onde l'accertata apocriefa della sottoscrizione esclude in radice la riconducibilità dell'atto di ultima volontà al testatore»).

Un problema di forme si pone anche nei codici che regolano i processi (civile, amministrativo, tributario, penale). In questa sede mi soffermerò solo sul *codice di procedura civile*.

Attualmente, di norma il processo inizia con un atto introduttivo, che può rivestire le forme dell'*atto di citazione* o del *ricorso*. Nella parte sostanziale tra i due tipi di atto cambia poco. In linea di massima: mentre nell'atto di citazione colui che inizia la causa (attore) conviene (*vocatio in ius*) il convenuto a presentarsi (comparire) avanti al giudice per una determinata udienza (che il giudice potrà confermare o differire), nel ricorso manca questa parte, poiché è il giudice che fissa direttamente l'udienza. Per il resto non vi sono sostanziali differenze.

Il codice di procedura civile indica con precisione il contenuto in astratto dell'atto di citazione (e del ricorso). In tal senso, per l'atto di citazione precisa che l'attore deve: a) oltre ovviamente ad identificarsi e ad identificare la sua controparte (convenuto) o le sue controparti; b) indicare il giudice avanti al quale vuole radicare la causa (un tribunale o un giudice di pace a seconda di tre criteri previsti dalla legge per materia, valore della causa o per competenza territoriale); c) determinare l'oggetto della domanda (es.: voglio la condanna di Tizio al pagamento di una somma; oppure alla consegna di un certa *res*; oppure voglio sia accertata l'illegittimità di un licenziamento, di un'occupazione di un terreno, dell'uso di un marchio o di un brevetto); d) indicare le ragioni di fatto e di diritto che sostengono la domanda (es.: ho fornito della merce a Tizio, che non ha pagato il corrispettivo; Tizio mi ha promesso di vendermi una casa e poi non ha adempiuto; Tizio non ha rispettato il mio diritto di precedenza e deve risarcirmi i danni procurati alla mia auto per il tamponamento ...); e) indicare i mezzi di prova di cui si vuole avvalere per dimostrare le proprie ragioni (es.: l'ordine della merce fornita e il documento di trasporto firmato per la consegna dall'acquirente; il contratto preliminare di compravendita inadempito; le domande che vuole che il giudice rivolga ai testi per ricostruire la dinamica dell'incidente automobilistico); f) il nome dell'avvocato difensore e gli estremi della procura; g) l'invito al convenuto a comparire avanti al giudice, ricordandogli le modalità e i termini previsti dalla legge per svolgere le sue difese (questa formalità non è prevista ovviamente per il ricorso; sarà il giudice ad emettere un provvedimento *ad hoc*). Analoghe disposizioni, *mutatis mutandis*, regolano l'atto con cui il convenuto deve esporre le proprie difese (la prima difesa del convenuto è chiamata «comparsa di costituzione»).

Ma restiamo all'atto di citazione. La legge processuale prevede che il mancato rispetto delle forme previste per la redazione dell'atto di citazione comporti la nullità dell'atto, che può essere sanata a determinate condizioni e con determinati effetti su cui non ritengo di dovermi qui soffermare nel dettaglio.

Non si tratta di formalismi. La forma ha un riflesso immediato sul diritto di difesa delle parti, poiché uno dei momenti essenziali del diritto di difesa è il rispetto del contraddittorio, ritenuto espressione del principio di eguaglianza, affermandosi, con richiamo al combinato disposto degli artt. 24 Cost. e 101 c.p.c., che «è un'elementare esigenza di giustizia dare a tutte le parti l'occasione e la possibilità di difendersi prima che il giudice pronunci il suo giudizio» (E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano 1992, p. 10). Ciò implica che la parte convenuta in giudizio, per potersi difendere, dev'essere resa edotta di ciò che le viene contestato. Questo è il sistema attuale. In precedenza, prima del 1993, il sistema prevedeva delle rigidità su cui non mette conto qui indugiare.

Qualche volta, tuttavia, forme sancite da norme si traducono in *formalismi esasperati*. Non posso qui entrare in esempi che, per essere compresi, necessitano di particolari conoscenze tecniche del processo. Ne cito, a mo' d'esempio, uno – oggi superato – che tuttavia è particolarmente significativo.

Nell'impianto originario del codice di rito, l'art. 83 c.p.c. disponeva che

«Quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura. // [...] // La procura [...] può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta [...]. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore».

Per decenni gli atti giudiziari sono stati scritti su fogli in carta da bollo. Il foglio in carta da bollo era composto di quattro facciate. L'avvocato che predisponava un atto di citazione o un ricorso o una comparsa di risposta poteva far apporre la delega al cliente o nel margine – piuttosto ampio – del primo foglio, oppure alla fine dell'atto. In buona sostanza, per esempio,

l'avvocato redigeva l'atto di citazione o il ricorso; lo firmava e di seguito, sulla stessa pagina, se c'era spazio, o nella pagina successiva, scriveva la delega che il cliente firmava e lui controfirmava per certificare l'autenticità della firma del cliente. Nel caso in cui l'atto fosse stato quello introduttivo di un processo (non importa se di primo grado, secondo o per cassazione), di seguito l'ufficiale giudiziario, incaricato per la notifica alla controparte, redigeva la relazione di notifica (cioè relazionava a chi aveva consegnato l'atto, dove e quando). Con l'andar del tempo ed il progredire della tecnica, l'introduzione delle stampanti, i fogli bollati furono sostituiti da semplici fogli di carta (quelli che chiamiamo di formato A4, per intenderci) su cui veniva apposta una marca da bollo ogni quattro facciate.

Nel corso degli anni Novanta, improvvisamente, la Suprema Corte di cassazione dichiarò l'inammissibilità dei ricorsi in cui la procura era apposta sull'ultima pagina dell'atto composto da fogli spillati. La Corte affermò che

«è affetta da nullità rilevabile d'ufficio, con conseguente inammissibilità del ricorso stesso, la procura autenticata dal difensore e rilasciata su foglio staccato rispetto a quello contenente la sottoscrizione del ricorso da parte del difensore del ricorrente – cui accede soltanto per esservi legato da punti metallici, ma senza che possa, per tale ragione, considerarsi apposta in calce, non formando con esso un corpo unico – dal momento che la stessa, da un lato, è priva dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo, e, dall'altro, è inidonea a fondare la giuridica certezza della riferibilità dell'attività svolta dal difensore al titolare della posizione sostanziale controversa, a nulla rilevando che la suddetta procura sia seguita dalla relata di notificazione del ricorso, a sua volta completata su foglio ulteriormente autonomo» (Cass., 24 novembre 1995, n. 12135; conf. Cass., sez. un., 22 novembre 1994, n. 9869).

L'orientamento non era costante (anche qualche sezione della stessa Suprema Corte cercò di salvare il salvabile in qualche modo). In ogni caso, al di là della motivazione con cui si tentò di avallarlo, si trattava di un formalismo esasperato che andava a discapito della giustizia sostanziale. Dovette intervenire il legislatore nel '97: modificò l'art. 83 c.p.c. precisando: «La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce [...]».

La forma, dunque, ha una sua importanza notevole ai fini del *diritto di difesa*, che, come è noto, ha una garanzia costituzionale. La Costituzione definisce quello di difesa come diritto inviolabile. E questi principi valgono in ogni branca dell'ordinamento giuridico. In relazione a tale diritto, una delle forme peculiari, in genere, di ogni provvedimento di un'Autorità (giurisdizionale o amministrativa) è costituita dalla *motivazione*. Per le sentenze (*rectius*, per i provvedimenti giurisdizionali) la Costituzione dispone che «devono essere motivati» (art. 111, 6° comma, Cost.).

È opportuno ricordare che l'art. 13 Cost., dopo aver affermato, nel 1° comma, che «la libertà personale è inviolabile», nel suo 2° comma dispone che: «Non è ammessa forma alcuna di detenzione di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge».

Sia il codice di procedura penale (art. 546), sia quello di procedura civile (art. 132) disciplinando il contenuto della sentenza (e, quindi, la forma che essa deve avere: l'intestazione – Repubblica italiana – l'espressa menzione che è pronunciata nel nome del popolo italiano, l'indicazione del giudice, il nome delle parti, ecc. ecc.), prevedono espressamente che essa deve contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione».

A garanzia dell'effettività della motivazione, la Corte di cassazione ha costantemente affermato un principio (cito qui pronunce in materia civile, per comodità) secondo cui:

«La motivazione è solo apparente, e la sentenza è nulla perché affetta da *error in procedendo*, quando, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far co-

noscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie ipotetiche congetture» (Cass., 28 gennaio 2019, n. 2321; conf. Cass. 9 gennaio 2019, n. 380).

Penso non sia necessario che io mi soffermi lungamente su aspetti storici dell'obbligo di motivazione. È noto come nel passato, in campo penale, spesso l'imputato non sapeva di che cosa lo si accusava, né era messo a conoscenza delle basi (fatti e prove) su cui l'accusa si fondeva. Spesso un procedimento penale nasceva dalle cosiddette «accuse segrete» per usare l'espressione di Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, § XV), che scriveva:

«Chi può difendersi dalla calunnia quand'ella è armata dal più forte scudo della tirannia, il segreto? Qual sorta di governo è mai quella ove chi regge sospetta in ogni suo suddito un nemico ed è costretto per il pubblico riposo di toglierlo a ciascuno?».

La storia ci insegna quali furono le conseguenze tragiche di tale regime.

Tra gli emendamenti alla Costituzione americana introdotti nel 1791 ve ne sono due che al riguardo vanno menzionati. Il IV, secondo cui

«Il diritto dei cittadini ad essere assicurati nelle loro persone, case, carte ed effetti contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli, non potrà essere violato, e non potranno essere emessi mandati se non su motivi probabili, sostenuti da giuramenti o solenni affermazioni e con una dettagliata descrizione del luogo da perquisire e delle persone o cose da prendere in custodia».

Il VI, secondo cui

«In ogni processo penale, l'accusato avrà il diritto ad un procedimento pronto e pubblico, con una giuria imparziale di persone dello Stato e del distretto in cui il delitto sia stato commesso; il quale distretto dovrà essere previamente determinato dalla legge; e avrà il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa; di esser posto a confronto coi testi a suo carico; di avere strumenti cogenti per ottenere testimonianze in proprio favore, e di avere l'assistenza di un avvocato per la sua difesa».

La Costituzione francese del 1791, nel capitolo dedicato al «potere giudiziario», agli artt. 10 e 11 disponeva:

«Art. 10. Nessun uomo può essere preso se non per essere condotto davanti all'ufficiale di polizia; e nessuno può essere messo in istato di arresto o detenuto, se non in virtù di un mandato degli ufficiali di polizia, di un mandato di cattura di un tribunale, di un decreto d'accusa del Corpo Legislativo nel caso in cui spetta ad esso pronunziarlo, o di una sentenza di condanna alla prigione o alla detenzione correzionale»; «Art. 11. Ogni uomo preso e condotto davanti all'ufficiale di polizia sarà interrogato immediatamente, o al più tardi entro le ventiquattr'ore. Se dall'esame risulta che non vi è alcun estremo di accusa contro di lui, egli sarà posto subito in libertà; o se vi è luogo ad inviarlo alla casa di detenzione, vi sarà condotto entro il più breve tempo, che in nessun caso potrà superare i tre giorni».

Anche il *provvedimento amministrativo* dev'essere motivato. L'art. 3 della L. 241/90 dispone:

«Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato [...]. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

Tale norma vale anche in materia tributaria (art. 7 della L. 212/2000).

Vorrei, infine, soffermarmi su una particolare forma produttiva, in alcuni casi di effetti giuridici: quella del *silenzio*. In materia di rapporti contrattuali, secondo un costante orientamento della Suprema Corte,

«In tema di formazione del contratto, l'accettazione non può essere desunta dal mero silenzio serbato su una proposta, pur quando questa faccia seguito a precedenti trattative intercorse tra le parti, delle quali mostri di aver tenuto conto, assumendo il silenzio valore negoziale soltanto se, in date circostanze, il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, ovvero se, in un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità dei contraenti e alle loro relazioni di affari, il tacere di uno possa intendersi come adesione alla volontà dell'altro» (Cass., 14 maggio 2014, n. 10533).

Penso che sia il caso di fare degli esempi per miglior comprensione.

In materia ereditaria, è noto che non è sufficiente essere chiamati all'eredità (cioè, essere stati nominati eredi in un testamento o esserlo per disposizione di legge) per essere effettivamente eredi. Occorre che il chiamato accetti l'eredità o compia degli atti che implicino l'accettazione (es.: la vendita di un bene dell'eredità). Un chiamato all'eredità ha tempo dieci anni per dichiarare se accetta o no. Qualcuno, peraltro, potrebbe avere interesse che il chiamato all'eredità decida in tempi più brevi. La legge prevede che a tal fine l'interessato potrà chiedere all'Autorità Giudiziaria di porre un termine al chiamato all'eredità. Se questi, nel termine, nulla dichiara, perde il diritto ad accettare.

Un altro esempio. La legge prevede che il committente un'opera (es.: un'opera edile, o un impianto meccanico) ha l'obbligo di collaudarla entro un certo periodo di tempo da quando l'appaltatore lo ha invitato; in mancanza di verifica, o nel caso di silenzio sull'esito del collaudo, l'opera si ha per accettata.

Un terzo esempio, un condomino che è rimasto assente ad un'assemblea condominiale, può impugnare una delibera assunta in sua assenza; se non lo fa, decorso un certo termine, non può più farlo e la delibera è per lui vincolante.

Non mette conto che mi soffermi ulteriormente su una materia peraltro complessa.

Vorrei solo ricordare che nel *diritto amministrativo* il silenzio della pubblica Amministrazione su un'istanza presentata da un cittadino può – a seconda dei casi previsti dalla legge – dar luogo, decorso un certo lasso di tempo, sia ad un'ipotesi di assenso (cosiddetto *silenzio-assenso*), sia di diniego (cosiddetto *silenzio-rifiuto*). Il punto è regolato in generale dall'art. 20 della L. 241 del 1990.