

PARTE III
I SOGGETTI DI DIRITTO

CAPITOLO I

LA PERSONA FISICA

SEZIONE I - LA CAPACITÀ GIURIDICA

*1. La persona fisica nell'ordinamento giuridico. *2. La capacità giuridica. *2.1. L'acquisto della capacità giuridica. La nascita. *2.2. La perdita della capacità giuridica. *2.3. Gli atti dello stato civile. *2.4. Caratteri della capacità giuridica. *3. La capacità del concepito. *3.1. La soggettività giuridica del concepito. *3.2. La tutela dei diritti del concepito. *4. La cittadinanza. *4.1. La cittadinanza europea. *5. Il domicilio, la residenza e la dimora.

SEZIONE II - LA CAPACITÀ DI AGIRE

*6. La capacità di agire. *7. Il minore. Le ipotesi di capacità di agire speciale. *7.1. La rappresentanza legale del minore e la tutela. *8. Le cause di esclusione della capacità di agire. *9. L'incapacità legale. *10. L'incapacità naturale. *11. L'incapacità giudiziale. Rapporti tra interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno. *11.1. L'interdizione giudiziale. *11.2. L'inabilitazione. *12. L'amministrazione di sostegno. *12.1. Designazione anticipata dell'amministratore di sostegno e il c.d. "*testamento biologico*" e designazione del convivente di fatto per le decisioni in materia di salute. *13. Incapacità di agire e atti personalissimi.

SEZIONE I • LA CAPACITÀ GIURIDICA

1. La persona fisica nell'ordinamento giuridico.

Il Libro I del codice civile è dedicato alle persone e alla famiglia; il Titolo I, in particolare, si occupa “delle persone fisiche”, distinguendole dalle “persone giuridiche” di cui al titolo successivo.

Nonostante la ricorrenza del termine nelle rubriche del Libro I e dei Titoli I e II, il Codice non offre una definizione di “*persona*”, rimettendo alla letteratura il compito di individuarne il significato e di distinguerlo dai limitrofi concetti di soggetto giuridico, uomo, individuo, etc.

Nel tentativo di individuare un possibile significato da dare all'espressione utilizzata dal legislatore, occorre tener presente che la principale funzione assolta dal diritto è quella di regolare la vita dei consociati, tutelando e promuovendo valori positivi generalmente condivisi e sanzionando i comportamenti ritenuti riprovevoli e socialmente dannosi; protagoniste e destinatarie delle norme giuridiche e del precetto in esse contenuto sono le persone, intese nel significato naturalistico del termine, che, attraverso meccanismi di produzione del diritto che variano nello spazio e nel tempo, si siano dotate di regole per la propria pacifica convivenza nella società.

Guardando in particolare al nostro ordinamento, è possibile affermare che il concetto di persona debba considerarsi omnicomprensivo: vi rientrano infatti tanto le persone fisiche, intese come ogni essere umano, e in questo senso equivalente ai termini “uomo” o “individuo” – anch'essi ricorrenti nelle disposizioni legislative e costituzionali – quanto le persone giuridiche, ossia soggetti complessi cui l'ordinamento riconosce personalità, assimilandole alle persone fisiche in quanto capaci di formare ed esprimere una propria volontà ed operare nella società al pari di un essere umano.

L'attributo “fisica”, pertanto, sta a significare che il soggetto giuridico preso in considerazione dalla norma corrisponde ad un essere umano, dotato di una propria individualità e fisicità, diversamente dai soggetti “artificiali” che spesso costituiscono il frutto della collaborazione di più persone fisiche, come nel caso delle società o delle associazioni, o soggetti di cui l'apparato statale si dota perché curino l'interesse pubblico che per legge gli è attribuito; in quest'ultima ipotesi manca l'immediatezza del collegamento tra personalità giuridica e individuo, trattandosi di strutture complesse cui tuttavia è riconosciuta autonoma soggettività.

È stato pertanto affermato che la relazione tra i concetti di “uomo” e “persona” non è biunivoca, dal momento che, in alcuni ordinamenti, non tutti e, nel contempo, non solo gli esseri umani sono considerati persone¹.

2. La capacità giuridica.

Ogni persona fisica acquista dal momento della nascita la capacità giuridica. Con la capacità giuridica la persona fisica acquisisce l'attitudine ad essere titolare di posizioni giuridiche soggettive attive e passive.

L'ordinamento riconosce la capacità giuridica in via generale e assoluta ad ogni

Attitudine ad essere titolare di posizioni giuridiche soggettive attive e passive

¹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 23.

persona fisica, che non può esserne privata, ai sensi dell'art. 22 Cost., per motivi politici, al pari della cittadinanza e del nome.

La disposizione costituzionale trova la propria *ratio* storica nelle discriminazioni razziali che caratterizzarono la dittatura fascista, che intende stigmatizzare e prevenire; la norma rappresenta specificazione del generale divieto di discriminazione sancito nell'art. 3 della Carta costituzionale, prendendo in considerazione le discriminazioni per motivi politici che incidano sui più intimi e fondamentali diritti della persona tra cui, *in primis*, la capacità di esserne titolare come soggetto dell'ordinamento.

La capacità giuridica è caratterizzata dalla immanenza della stessa vita natural durante, e si perde solo con il venir meno della persona. A questa conseguono l'estinzione dei diritti personali e l'apertura della successione per i diritti patrimoniali, eccetto quelli strettamente personali, quali ad esempio i crediti alimentari, i diritti reali di uso e abitazione, nonché il diritto di usufrutto che, ai sensi dell'art. 979 c.c., non può eccedere la vita dell'usufruttuario. La morte della persona fisica costituisce inoltre causa di estinzione tanto dei reati da questa commessi, quanto della pena, anche se pecuniaria, da espiare, ai sensi degli artt. 150 e 171 c.p.

2.1. L'acquisto della capacità giuridica. La nascita.

Il momento della nascita viene tradizionalmente individuato nel distacco del feto dal corpo materno, considerando tale il momento in cui il neonato acquista autonomia.

È necessario che il feto nasca vivo, requisito verificabile attraverso la c.d. docimasia polmonare², che permette di riscontrare se sia avvenuta o meno un'attività di respirazione del neonato.

A differenza di quanto previsto nel previgente codice, non è richiesto il requisito della vitalità del neonato, intesa come idoneità a rimanere in vita, rilevando esclusivamente l'avvenuta nascita della persona fisica.

Va dato atto della discrasia tra l'impostazione civilistica, che individua, come osservato, il momento nascita e quindi l'autonomia del neonato rispetto alla madre nel distacco dal grembo materno, rispetto alla materia penale, in cui la giurisprudenza si è occupata della questione per distinguere tra le fattispecie di omicidio e di aborto. La prima richiede infatti che la persona offesa dal reato sia un "uomo", in quanto tale venuto ad esistenza e dotato di autonomia rispetto alla madre, il che permette di distinguere l'altra fattispecie in cui è punita la interruzione illegittima di una gravidanza.

La Corte di Cassazione ha infatti individuato il *discrimen* tra le due ipotesi di reato nell'inizio del travaglio, momento in cui può affermarsi l'autonomia del feto e

² La docimasia, termine che deriva dal greco antico, in cui indicava un esame attraverso cui verificare i requisiti del cittadino per l'esercizio dei diritti politici, consiste nel riscontro della avvenuta respirazione da parte del feto per verificare se sia nato vivo o meno; diverse le tipologie di esami conducibili a tal scopo che prendono a seconda dei casi in considerazione la conformazione dei polmoni, che muta all'atto della prima respirazione nella forma e nel peso specifico dell'organo – docimasia idrostatica polmonare, o galenica – piuttosto che la presenza di sangue nei polmoni irrorato per l'ossigenazione attraverso la respirazione – docimasia emato-polmonare – o gli effetti del processo respiratorio su organi diversi dai polmoni quali ad esempio l'apparato gastro intestinale o auricolare.

pertanto la configurabilità di una responsabilità per omicidio nel caso in cui se ne cagioni la morte. Si legge nelle pronunce del giudice di legittimità che “*l'autonoma vita biologica umana ha inizio con la rottura del sacco delle acque amniotiche*”³, momento antecedente rispetto al distacco del neonato dal corpo materno.

L'apparente aporia tra l'impostazione civilistica e quella penalistica può tuttavia essere risolta se solo si consideri che le norme dettate in merito dall'art. 1 c.c. sono volte ad individuare il momento in cui può attribuirsi al prodotto del concepimento la capacità di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, ponendo la nascita, in termini di separazione del feto vivo dal grembo materno, come condizione sospensiva anche per le posizioni giuridiche che l'ordinamento riconosce al concepito prima di essa.

La nascita, così intesa, segna dunque lo spartiacque temporale rispetto all'acquisto della capacità giuridica, ben potendosi affermare, senza contraddizione alcuna, che il nascituro integri anche precedentemente a tale momento le qualità di “*uomo*”, elemento costitutivo dei delitti di omicidio: anche in tale ipotesi il legislatore anticipa il riconoscimento di effetti giuridici del concepimento punendo chi cagioni la morte di un soggetto che, pur non essendo ancora provvisto di capacità giuridica perché non ancora nato, abbia terminato gli stadi della gravidanza, che non potrebbe ormai essere interrotta, integrando in tal caso il reato di “*aborto*”, dal momento in cui è iniziato il travaglio con la “*rottura delle acque*”.

Nonostante l'autonomia che regola i rapporti tra la materia civile e penale, confermata dagli istituti esaminati, sarebbe auspicabile una qualche forma di coordinamento legislativo tra le rispettive discipline.

2.2. La perdita della capacità giuridica.

Diversamente che per la nascita, momento di acquisto della capacità giuridica, il legislatore ha offerto una definizione legale dell'evento morte, dal quale deriva la perdita della medesima capacità, insieme con gli effetti di legge di cui si è già detto. L'art. 1 della legge 23 dicembre 1993, n. 578, in materia di espianto di organi, ha individuato tale momento nella “*cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo*”, ponendo fine al precedente dibattito in letteratura tra coloro che sostenevano che l'evento morte dovesse ravvisarsi nella cessazione dell'attività respiratoria o nella morte c.d. celebrale o nell'arresto dell'attività cardio-circolatoria, piuttosto che nel momento in cui si fossero verificate cumulativamente tali evenienze: c.d. arresto del “*tripode vitale*”.

Il legislatore prende in considerazione una serie di ipotesi in cui non si ha certezza riguardo alla morte di un soggetto o il momento della stessa, dettando norme che permettono di sopperire a tali incertezze per salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici.

La prima fattispecie presa in considerazione dal codice ha ad oggetto l'ipotesi in cui un effetto giuridico discenda dalla sopravvivenza di una persona ad un'altra, sancendo una presunzione di commorienza nel caso in cui non si possa stabilire quale persona sia deceduta per prima: tutte si considereranno morte nello stesso momento.

³ Cass. pen., Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 35027, che richiama come precedente conforme Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44155.

La norma dettata dall'art. 4 c.c. trova applicazione in tutti i casi in cui non sia possibile stabilire quale tra più persone coinvolte in un evento da cui sia derivata la morte delle medesime sia deceduta per prima, come in ipotesi di catastrofi naturali, attentati, o di sinistri stradali.

Diverse le ipotesi disciplinate nel Titolo IV del Libro I, “*dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta*”, in cui manca invece la certezza circa la sopravvivenza di una persona.

Il legislatore prevede una disciplina graduale che, a seconda del lasso di tempo trascorso dal momento in cui si è avuta l'ultima notizia della persona assente, fa discendere effetti via via più gravi sul patrimonio di quest'ultima e sui rapporti giuridici ad essa riferibili.

■ **Assenza** Il Capo I del Titolo IV disciplina l'istituto dell'assenza, che si configura allorché siano trascorsi due anni dal giorno in cui non si hanno più notizie di una persona o questa non sia più comparsa nel luogo del suo ultimo domicilio o residenza.

L'art. 49 c.c. legittima coloro che dovrebbero succedere allo scomparso e chi affermi di vantare diritti dipendenti dalla morte di quest'ultimo a domandare al tribunale del suo ultimo domicilio o dell'ultima residenza una sentenza con cui ne venga dichiarata l'assenza.

Prima che siano trascorsi due anni, o comunque prima della dichiarazione di assenza, è possibile domandare al medesimo tribunale la nomina di un curatore che rappresenti lo scomparso in giudizio e si occupi della conservazione del relativo patrimonio adottando i necessari provvedimenti. La nomina del curatore non è possibile allorché vi sia un legale rappresentante dello scomparso o sia stata rilasciata una procura, limitatamente agli atti da questa coperti.

La nomina del curatore *ex art.* 48 c.c. e la dichiarazione di assenza di cui all'art. 49 c.c. sono entrambe finalizzate a regolare la sorte del patrimonio della persona assente, dapprima in senso conservativo e, dal momento in cui la sentenza dichiarativa dell'assenza diviene eseguibile, operando un'anticipazione degli effetti della morte della persona mancante, con l'apertura degli “*atti di ultima volontà dell'assente*” e la possibilità di ottenere la “*immissione nel possesso temporaneo*” dei beni a favore degli eredi, testamentari o legittimi, che posseggano tale qualità al momento dell'ultima notizia dell'assente.

La dichiarata assenza ha effetto anche sui rapporti a titolo particolare, *inter vivos* e *mortis causa*, essendo previsto che anche i legatari e i donatari dell'assente possano domandare, al pari dei successori universali, l'immissione nel possesso dei beni loro spettanti e che i soggetti obbligati nei confronti dell'assente possano essere temporaneamente esonerati dalle proprie obbligazioni, qualora l'accertata morte del creditore assente avrebbe un effetto solutorio sull'obbligazione di cui è soggetto attivo.

Al fine di tutelare il patrimonio dell'assente nell'eventualità che non sia deceduto, il Codice appresta una serie di tutele consistenti, *in primis*, nell'obbligo di formare l'inventario dei beni oggetto dell'immissione nel possesso temporaneo, nonché nella previsione di limiti alla disponibilità dei beni in questione. È infatti previsto che questi non possano essere alienati o sottoposti a vincoli reali di garanzia se non in ipotesi di evidente necessità od utilità dell'atto dispositivo, accertata dal tribunale che, nell'autorizzare l'atto dispositivo, si pronuncia anche in merito alla

destinazione delle eventuali somme ottenute.

È infine previsto che, ad eccezione del coniuge e dei parenti in linea retta (discendenti ed ascendenti), chi ottenga l'immissione nel possesso dei beni dell'assente possa godere delle rendite dei beni ricevuti ma debba riservare un terzo delle stesse all'assente, nell'eventualità del suo ritorno.

L'art. 56 c.c. prevede infatti che, nell'eventualità del ritorno dell'assente o della prova della sua esistenza in vita, i beni di cui si sia ottenuto il temporaneo possesso debbano essere restituiti e che cessino gli effetti della dichiarazione di assenza.

I possessori potranno continuare a godere dei beni e delle rendite da questi prodotte sino al giorno in cui vengano messi in mora e, nel contempo, potranno trattenere quanto riservato a favore dell'assente se la di lui assenza risulti volontaria ed ingiustificata: l'ordinamento nel prevedere tale norma valuta negativamente il comportamento di chi deliberatamente e senza una valida motivazione faccia perdere traccia di sé, accordando a chi ne abbia ottenuto il possesso la totalità delle rendite derivanti dei beni ricevuti.

Le medesime disposizioni trovano applicazione ove sia provata la morte dell'assente, dovendosi in tal caso procedere all'apertura della successione ed alla restituzione agli eredi di quanto ricevuto dai terzi durante l'assenza del *de cuius*.

Maggiore è il lasso di tempo trascorso dall'ultima notizia che si abbia della persona scomparsa, maggiore è il grado di incidenza sul patrimonio e sui rapporti giuridici di quest'ultima che il legislatore consente, al fine di assicurare certezza ai suddetti rapporti e di sciogliere da eventuali vincoli i soggetti ad essa legati.

Così, in successione progressiva, il Titolo IV al Capo II disciplina la dichiarazione di morte presunta, che può essere domandata da parte degli stessi soggetti legittimati a domandare la dichiarazione di assenza, allorché siano decorsi dieci anni dal giorno cui risale l'ultima notizia circa la persona scomparsa, anche se non sia stata dichiarata l'assenza di quest'ultima.

Ulteriori ipotesi in cui è possibile dichiarare la morte presunta della persona scomparsa sono dettate dall'art. 60 c.c., che prende in considerazione casi eccezionali, quali la prigionia di guerra o le ipotesi di scomparsa in occasione di operazioni belliche o di infortunio, riducendo il tempo necessario per poter procedere alla dichiarazione della morte presunta della persona interessata.

È infine previsto che, qualora non siano decorsi almeno nove anni dalla data in cui l'assente avrebbe compiuto la maggiore età, non si possa pronunciare la sentenza dichiarativa di morte presunta.

Se il tribunale ritiene che non sussistano i presupposti della dichiarazione rigetta la domanda, potendo nel contempo dichiarare la mera assenza della persona scomparsa; la domanda di dichiarazione di morte presunta non potrà esser riproposta nei primi due anni dalla pronuncia di rigetto.

Come anticipato, gli effetti della dichiarazione di morte presunta sono di gran lunga più incisivi di quelli scaturenti dalla dichiarazione di assenza e non riguardano esclusivamente i rapporti di natura patrimoniale della persona scomparsa, interessando invece anche quelli di natura personale, quali il matrimonio o l'unione civile.

Prendendo le mosse dalla disciplina dettata per questi ultimi, è previsto *ex art. 65 c.c.* che il coniuge della persona scomparsa possa contrarre nuovo matrimonio dal

momento in cui sia divenuta esecutiva la sentenza dichiarativa di morte presunta. Tuttavia il successivo matrimonio sarà dichiarato nullo nell'ipotesi di ritorno o di accertamento della sopravvivenza del coniuge scomparso: in merito alla natura di suddetta ipotesi di nullità deve concludersi nel senso che la capacità, accordata dall'art. 65 c.c. al coniuge, di contrarre matrimonio viene meno, con effetti retroattivi, nelle ipotesi di ritorno o di accertata sopravvivenza del coniuge scomparso, travolgendo il matrimonio celebrato successivamente come se originariamente viziato.

La disciplina in esame è tuttavia temperata, *ex art. 68 c.c.*, dalla espressa salvezza degli effetti civili del nuovo matrimonio e dalla irrilevanza della sopravvivenza del coniuge scomparso al momento in cui fu celebrato, se questi sia deceduto prima che sia stata dichiarata la nullità del matrimonio.

Il disposto degli artt. 65 e 68 c.c. è, inoltre, espressamente applicabile anche alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 1, comma 5, della l. 20 maggio 2016, n. 76.

In relazione invece ai rapporti patrimoniali dello scomparso il codice distingue a seconda che sia già intervenuta, o meno, una sentenza dichiarativa di assenza della persona scomparsa e la conseguente immissione nel possesso dei beni di quest'ultima da parte dei soggetti a ciò legittimati. Ulteriori norme sono invece dettate nel Capo III del Titolo IV in materia di diritti successori della persona di cui sia stata dichiarata la morte presunta.

Riguardo agli effetti della dichiarazione di morte presunta sul patrimonio dell'assente è previsto che, se sia stata già dichiarata la di lui assenza e si sia proceduto alla immissione nel possesso temporaneo dei beni, tanto i successori a titolo universale, quanto quelli a titolo particolare, potranno disporre in maniera piena e illimitata dei beni ricevuti, cessando nel contempo le cauzioni e le cautele disposte nel momento dell'immissione nel possesso di tali beni; i soggetti obbligati nei confronti del presunto deceduto saranno liberati definitivamente dalle proprie obbligazioni, purché si tratti di rapporti destinati ad estinguersi in caso di morte del creditore.

Se invece non v'è stata immissione nel possesso temporaneo dei beni, gli aventi diritto all'immissione nel possesso temporaneo dei beni ne conseguiranno *de plano* la piena disponibilità, previa formazione dell'inventario dei beni in questione.

La dichiarazione di morte presunta non preclude la possibilità, per qualunque interessato, nonché per il pubblico ministero, di chiedere al tribunale del luogo dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza della persona scomparsa che ne sia dichiarata l'esistenza o accertata la effettiva morte, purché sia instaurato il contraddittorio con le medesime parti del giudizio di dichiarazione di morte presunta.

Al ritorno della persona scomparsa, così come quando ne sia accertata la sopravvivenza o l'effettiva morte, conseguono una serie di effetti sui diritti acquisiti da coloro che siano stati immessi nel possesso dei beni per effetto della dichiarazione di morte presunta; nei casi di ritorno e provata sopravvivenza è previsto, *ex art. 66 c.c.*, che questi abbia diritto alla restituzione dei propri beni nello stato in cui si trovino nonché, se questi siano stati alienati, alla restituzione del prezzo, qualora ancora dovuto, o dei beni in cui sia stato investito.

Riguardo alle obbligazioni rispetto alle quali la persona presunta morta fosse creditrice, il comma secondo dell'art. 66 c.c. prevede un'ipotesi di reviviscenza, consentendo a quest'ultima di esigerne l'adempimento.

Laddove invece ne sia accertata l'effettiva morte, i diritti che sarebbero spettati, al suo ritorno, alla persona scomparsa, spettano a coloro che, alla data dell'accertata morte, sarebbero stati suoi successori.

Le obbligazioni di cui il *de cuius* era creditore saranno invece considerate esigibili per il solo periodo di tempo anteriore alla avvenuta morte.

Trattandosi tuttavia, in entrambe le ipotesi esaminate, di diritti disponibili su beni di cui i terzi conseguono il pieno possesso, saranno fatti salvi gli effetti di eventuali prescrizioni e usucapioni nel contempo maturate.

Il codice prende infine in considerazione l'ipotesi in cui la persona di cui sia stata dichiarata la morte presunta sia chiamata nella successione di un terzo; gli artt. 72 e 73 c.c. prevedono al riguardo che i soggetti a favore dei quali è devoluta la successione in luogo della persona scomparsa debbano procedere all'inventario di quanto ricevuto e che siano tenuti alla restituzione di tali beni, nello stato in cui si trovino, qualora il soggetto presunto morto sia ritornato o ne sia provata la sopravvivenza; analogamente a quanto previsto per i beni di proprietà dello scomparso, nel cui possesso siano stati immessi i suoi successori con la sentenza dichiarativa di morte presunta, lo scomparso avrà diritto al prezzo dei beni alienati o alla restituzione di quelli in cui sia stato investito; non gli spetteranno invece i frutti, se non dal giorno della relativa domanda, in applicazione delle regole generali sul possesso di buona fede, dal momento che coloro che abbiano ricevuto in suo luogo i beni ereditari devono considerarsi possessori di buona fede, avendo fatto affidamento sulla sentenza dichiarativa di morte presunta.

Anche in questa ipotesi sono fatti salvi gli effetti di eventuale usucapione o prescrizione intanto maturate.

2.3. Gli atti dello stato civile.

La nascita e la morte della persona fisica, al pari delle relazioni familiari e della cittadinanza, sono documentate negli atti dello stato civile. Questi sono disciplinati dal Titolo XIV, che chiude il Libro I del codice civile, e dalle norme dettate dal d.P.R. 396 del 3 novembre 2000.

Agli atti in questione l'ordinamento riconosce una particolare forza probatoria, come dispone l'art. 451 c.c., ai sensi del quale essi *“fanno prova, fino a querela di falso, di ciò che l'ufficiale pubblico afferma essere avvenuto in sua presenza o da lui compiuto”*, specificando che, mentre le dichiarazioni dei soggetti che compaiono nell'atto fanno fede sino a prova contraria, quelle ad esso esterne sono prive di qualunque valore giuridico.

I principi su cui regge la disciplina del Titolo XIV sono quelli della pubblicità e della tipicità degli atti dello stato civile.

Il primo è espressamente sancito dall'art. 450 c.c., che prevede altresì il dovere per gli ufficiali dello stato civile di rilasciare gli estratti ed i certificati che vengano loro domandati secondo legge.

La pubblicità dei registri ha valore di pubblicità notizia.

Il secondo si evince invece dalle disposizioni dell'art. 453 c.c., ai sensi del quale

Pubblicità e
tipicità

Pubblicità
notizia

“nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria”.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, l'art. 455 c.c. ha cura di precisare l'ambito soggettivo di efficacia di eventuali sentenze di rettificazione, escludendo che queste possano essere opposte a coloro che non fossero parti in giudizio o che non fossero stati in tale sede regolarmente chiamati a parteciparvi.

L'art. 452, comma primo, c.c. prevede infine che *“se non si sono tenuti i registri o sono andati distrutti o smarriti o se, per qualunque altra causa, manca in tutto o in parte la registrazione dell'atto, la prova della nascita o della morte può essere data con ogni mezzo”*; il secondo comma della disposizione citata introduce tuttavia un'eccezione, stabilendo che *“in caso di mancanza, di distruzione totale o parziale, di alterazione o di occultamento accaduti per dolo del richiedente, questi non è ammesso alla prova consentita nel comma precedente”*; si vuole in questo modo evitare che chi abbia intenzionalmente fatto venir meno l'atto fidefacente possa in seguito provare per altre vie quanto contenuto dall'atto stesso.

In relazione al registro di matrimonio, l'art. 132 c.c. fa espresso rinvio alla disposizione dell'art. 452 c.c., precisando al secondo comma che se la mancanza nei registri dell'atto di matrimonio sia dovuta a dolo o colpa del pubblico ufficiale o a cause di forza maggiore, la prova dell'esistenza del matrimonio è ammessa purché il possesso di stato dei coniugi risulti in modo non dubbio.

2.4. Caratteri della capacità giuridica.

Generalità e
indisponi-
bilità

Individuati i referenti normativi, costituzionali e ordinari, della capacità giuridica ed il momento in cui essa viene acquistata e persa dalla persona fisica, occorre prendere in considerazione i caratteri principali dell'istituto, individuabili nella generalità e nella indisponibilità.

Con riferimento a quest'ultimo, deve escludersi che la capacità giuridica possa essere oggetto di disposizione o rinuncia da parte del suo titolare, costituendo uno *status* immanente e connaturato alla soggettività giuridica della persona fisica che la stessa Carta costituzionale riconosce e tutela, in via sia espressa che implicita, rendendo nullo ogni qual atto dispositivo della stessa.

Si consideri inoltre che le ipotesi di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani, consistenti nella riduzione in uno stato di soggezione di un soggetto all'altrui potere, tale da privarlo della propria dignità e della propria personalità, così riducendolo alla stregua di una *res*, sono penalmente perseguite ai sensi degli artt. 600, 601 e 602 c.p.

Oltre che indisponibile, la capacità giuridica è generale e non tollera graduazioni.

Incapacità
giuridica
speciale

La questione è per vero dibattuta in letteratura, contrapponendosi un orientamento propenso ad ammettere, in negativo, casi di incapacità giuridica speciale (si tratterebbe delle ipotesi in cui per l'accesso a taluni rapporti non è sufficiente la nascita, ma è richiesto il concorso di altri presupposti come, ad esempio, nel caso della capacità matrimoniale che, *ex art. 84 co. 2 c.c.*, si acquista al compimento del sedicesimo anno di età) e una diversa posizione dottrinale che invece riconduce tali ipotesi alla categoria della capacità di agire, ritenendo ontologicamente incomprimibile la capacità giuridica, generale ed astratta.

Un'ulteriore dottrina è invece orientata nel senso di sovrapporre i due istituti della capacità giuridica e della capacità di agire, in una lettura integrata che valorizza le

forti interazioni tra di esse intercorrenti.

La tradizionale impostazione assunta in letteratura a riguardo considerava ammissibili ipotesi speciali di incapacità giuridica, legate a determinate qualità o condizioni del soggetto, quali la sua età, il genere, la cittadinanza, etc., in cui l'ordinamento esclude che questi possa divenire titolare di determinate posizioni giuridiche soggettive, attive e passive⁴: si pensi ai diritti e doveri derivanti dal matrimonio per i minori, salvo che emancipati, ovvero alle ipotesi di inibizione degli uffici tutelari (si pensi al caso disciplinato dall'art. 384 c.c.) o alle leggi che in passato precludevano alle donne l'accesso a determinate carriere, tra cui ad esempio la magistratura. Tutte queste ipotesi venivano considerate eccezioni alla capacità giuridica generale e distinte in assolute e relative a seconda che operassero *erga omnes* o esclusivamente nei rapporti con determinati soggetti: si pensi all'indegnità di succedere o agli impedimenti relativi al matrimonio tra soggetti legati da vincoli di parentela o affinità⁵.

Altra parte della letteratura qualifica diversamente le ipotesi in esame, osservando come di fatto si tratti di incapacità riconducibili non alla generale e astratta idoneità ad essere titolari di posizioni giuridiche soggettive, in cui consiste la capacità giuridica, bensì alla capacità di agire, disciplinata dall'art. 2 c.c., consistente nella capacità di porre in essere atti dispositivi del proprio patrimonio, acquisendo diritti o doveri; le medesime fattispecie qualificate dall'orientamento tradizionale come ipotesi di incapacità giuridica speciale vengono dunque rilette in chiave dinamica e considerate come impossibilità per determinati soggetti, in ragione delle proprie qualità soggettive o di situazioni di fatto giuridicamente rilevanti, di porre in essere talune tipologie di atti dispositivi: così l'incapacità giuridica del minore di divenire titolare dei diritti e degli obblighi derivanti dal matrimonio viene riqualficata come incapacità di agire, avente ad oggetto l'atto di matrimonio; nel contempo la incapacità di assumere determinate cariche o di esercitare determinate professioni viene qualificata come incapacità di porre in essere gli atti da cui detti rapporti derivano.

La terza posizione dottrinale prende le distanze dalla descritta contrapposizione proponendo, come anticipato, una lettura integrata dei fenomeni in esame che tende a sovrapporre i concetti di capacità giuridica e capacità di agire, valorizzando le interazioni tra i due istituti; si osserva in particolare che, se la capacità di agire presuppone la capacità (giuridica) di essere titolare dei diritti e dei doveri che gli atti dispositivi posti in essere attribuiscono, nel contempo ci sono casi in cui la capacità di essere titolari di determinate posizioni giuridiche soggettive non può prescindere dalla capacità di porre in essere determinati atti; tanto avverrebbe nelle ipotesi di atti cc.dd. personalissimi, per i quali è esclusa ogni forma di sostituzione o rappresentanza e alla incapacità (di agire) sul piano della produzione degli effetti dell'atto consegue immancabilmente l'incapacità (giuridica) di essere titolare delle posizioni giuridiche soggettive che ne discendono⁶.

⁴ In tal senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 2002, 24 ss.

⁵ Si veda TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 93, secondo cui, “*in tutti questi casi, tradizionalmente, si ravvisa una limitazione della capacità giuridica – c.d. incapacità speciali – in quanto, da un lato, il rapporto non è accessibile al soggetto neppure attraverso l'intervento di un rappresentante e, dall'altro lato, l'atto eventualmente compiuto in violazione del divieto è nullo e non già semplicemente annullabile (come dovrebbe essere, invece, se si trattasse di incapacità d'agire)*”.

⁶ G. ALPA, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, 2006, Torino, 14 ss.

La *querelle*, tuttavia, lungi dal risolversi in una mera disquisizione teorica, presenta importanti riflessi pratici in termini di conseguenze sugli effetti degli atti posti in essere in violazione delle norme preclusive in esame, dal momento che, se si predilige la lettura in termini di incapacità giuridica speciale, si dovrà concludere per la nullità di tali atti, laddove, sostenendo che si tratti invece di incapacità di agire, la sanzione sarà l'annullabilità dei medesimi.

3. La capacità del concepito.

■ Il concepito

La nozione di capacità giuridica ricostruita nei paragrafi precedenti, quale attitudine ad essere titolare di posizioni giuridiche soggettive che la persona fisica acquista al momento della nascita, entra in crisi di fronte alle norme codicistiche che riconoscono invece alcune posizioni giuridiche in capo alla persona non ancora nata, finanche prima del concepimento.

Così, *in primis*, l'art. 1 c.c., al comma secondo, nel prevedere che i “*diritti*” che la legge riconosca a favore del concepito siano subordinati alla nascita di quest'ultimo, prende in considerazione l'eventualità che siano riconosciute posizioni giuridiche soggettive di vantaggio a favore di un soggetto non ancora nato, e quindi privo di capacità giuridica.

Nel contempo altre disposizioni codicistiche si rivolgono al concepito, attribuendogli alcune forme di capacità, quale quella di succedere, sancita dal primo comma dell'art. 462 c.c., ovvero di essere beneficiario di una donazione, come previsto dal primo comma dell'art. 784 c.c.

Anche l'art. 320 c.c. prende espressamente in considerazione i nascituri concepiti, attribuendo ai genitori o a quello dei genitori che eserciti in via esclusiva la responsabilità genitoriale, la rappresentanza dei figli negli atti civili e l'amministrazione dei relativi beni, nei limiti e nelle forme previsti dalla medesima disposizione; dal potere di amministrare i beni dei figli nati o solo concepiti, così come dalla rappresentanza di questi ultimi da parte dei genitori, sembra potersi desumere la ammissibilità di una forma di titolarità di posizioni giuridiche soggettive, rispetto alle quali i genitori possano agire in rappresentanza dei figli concepiti o curarne l'amministrazione, nonostante questi non siano ancora nati e non abbiano quindi acquistato *ex art. 1*, comma 1, c.c. la capacità giuridica.

Lo stesso potere di amministrazione dei beni è attribuito al padre, o in mancanza alla madre, in ipotesi di chiamata a succedere del concepito.

Le norme in esame acquistano maggior rilievo se le si confronta con le disposizioni dettate riguardo alla capacità del nascituro, non ancora concepito, di succedere per testamento o ricevere una donazione, a condizione che uno dei genitori sia persona vivente al momento dell'atto dispositivo, ai sensi rispettivamente dell'art. 462 c.c., comma terzo e dell'art. 784, comma 1, c.c.

Come anticipato in apertura del presente paragrafo, tali norme mettono in dubbio gli approdi cui sono pervenute la giurisprudenza e la letteratura riguardo ai caratteri della capacità giuridica ed il momento del suo acquisto.

In particolare, prendendo le mosse dalle capacità di succedere e di ricevere in donazione, queste appaiono in contrasto con la disciplina della capacità giuridica sotto un duplice profilo: in primo luogo sconfesserebbero il carattere astratto e generale dell'istituto, attribuendo una capacità *ad hoc* in materia di successione o di

donazione; in secondo luogo finirebbero col revocare in dubbio quanto disposto dall'art. 1, comma 1, c.c., laddove prevede che la capacità giuridica si acquisti al momento della nascita; quest'ultimo ordine di perplessità è alimentato dalla disciplina relativa all'amministrazione dei beni del nascituro.

Meno problematiche risultano in quest'ottica le norme dettate dall'art. 784 c.c. in tema di donazione. Il primo comma di tale disposizione, lungi dall'affermare che il concepito o il nascituro non concepito siano provvisti di una speciale capacità di ricevere per donazione, si limiterebbe ad individuare i possibili beneficiari della stessa, disciplinando il contenuto dell'atto di liberalità e attribuendo rilevanza al concepimento del destinatario o alla esistenza dell'eventuale genitore; prevede infatti, letteralmente, che *“la donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepiti”*.

Diverso invece il tenore delle disposizioni dettate in materia di successione, essendo sancito al primo comma dell'art. 462 c.c. che *“sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione”*; all'esplicito riconoscimento della capacità di succedere si affiancano le norme dettate in materia di amministrazione dei beni, di cui all'art. 320 c.c., che prendono espressamente in considerazione la possibilità che i figli, anche solo concepiti, risultino titolari di beni, attribuendo l'amministrazione degli stessi ai genitori congiuntamente.

Sembrerebbe allora che al concepito debba riconoscersi una forma speciale di capacità, in termini di idoneità a succedere, divenendo così titolare dei diritti e degli obblighi ereditati.

Un più attento esame delle norme in questione, tuttavia, operato in confronto con quanto stabilito riguardo al nascituro non ancora concepito, permette di comporre l'apparente aporia con il dettato dell'art. 1 c.c.

Prendendo le mosse dall'art. 462 c.c., che riconosce la capacità di succedere del concepito, occorre contrapporre alle norme dettate dal primo comma quanto invece disposto dall'ultimo comma del medesimo articolo, riguardo ai figli non ancora concepiti di persona determinata, vivente al momento dell'apertura della successione, che invece *“possono”* soltanto *“ricevere per testamento”*.

Se l'art. 452 c.c. fosse interpretato nel senso di attribuire una forma di capacità giuridica speciale in materia successoria, si dovrebbe riconoscere, nell'ipotesi disciplinata dal citato ultimo comma, una forma doppiamente speciale di capacità giuridica – trattandosi di capacità di succedere limitata alle sole ipotesi di successione testamentaria – ad un soggetto giuridico meramente eventuale, quale il nascituro non concepito; sembra allora preferibile addivenire alla conclusione per cui il comma primo dell'art. 462 c.c. si limita a riconoscere rilevanza giuridica al concepito ai fini della successione legittima, tenendo così in considerazione anche i figli concepiti e non ancora nati nell'individuare le quote ereditarie. Non prevede invece alcuna forma di capacità giuridica speciale.

Quanto invece alle ipotesi di successione testamentaria, tanto il comma primo quanto il comma terzo dell'art. 462 c.c., al pari di quanto disposto ex art. 784 c.c. in materia di donazione, ammettono che si possa chiamare per testamento a succedere un soggetto concepito o che, non ancora concepito, potrebbe nascere

Successione
legittima

Successione
testamen-
taria

da persona, determinata, vivente al momento dell'apertura della successione. Le norme esaminate non introducono dunque una forma speciale di capacità giuridica, ma intervengono sulla disciplina successoria e sul contenuto dell'atto testamentario, affermando la rilevanza del concepimento e autorizzando, nel secondo caso, disposizioni a favore del concepito o di chi non ancora sia nato. L'espressione utilizzata nel primo comma dell'art. 462 c.c. deve pertanto considerarsi atecnica.

Può conclusivamente escludersi che l'ordinamento preveda una forma speciale di capacità a favore del concepito o del nascituro non concepito e che questi possano, prima della nascita, divenire titolari di diritti, pur essendo privi di capacità giuridica.

Rilevanza giuridica

Tanto non vale ad escluderne la rilevanza giuridica, come dimostrano le norme analizzate, nella parte in cui prendono espressamente in considerazione il concepito e accordano effetti giuridici all'avvenuto concepimento; non mancano ulteriori istituti che espressamente attribuiscono rilevanza al momento del concepimento, quali il riconoscimento del figlio concepito non nato, ammesso *ex art.* 254 c.c. e qualificato come irrevocabile dal successivo art. 256 c.c. o il divieto di procedere alla divisione ereditaria, di cui all'art. 715 c.c., comma primo, fino al momento della nascita del concepito chiamato a succedere o infine l'art. 687 c.c., che consente la revoca di diritto del testamento di chi ignorasse di avere un figlio, solo concepito al tempo del testamento.

Ferma dunque la rilevanza giuridica del concepimento e del suo prodotto, resta valida la disposizione del secondo comma dell'art. 1 c.c., che subordina alla nascita, *ergo* all'acquisto della capacità giuridica, la titolarità di ogni eventuale diritto riconosciuto a favore del concepito e l'azionabilità dei medesimi.

Esclusa pertanto la configurabilità di una capacità speciale cui consegua la piena titolarità di diritti da parte del concepito, occorre qualificare le posizioni giuridiche soggettive che le norme esaminate producono, nel rispetto delle coordinate generali in materia di capacità giuridica.

Tre le principali tesi sostenute in letteratura a riguardo.

Capacità giuridica anticipata al momento del concepimento

La prima, di cui già si è detto, esaminandone i profili di criticità, è quella che ammette una forma di capacità giuridica anticipata al momento del concepimento, difficile tuttavia da coordinare con l'impianto codicistico in materia di capacità.

Risolutivamente condizionate all'eventuale nascita

Una seconda impostazione, parzialmente in linea con quella sopra descritta, riconosce per un verso la possibilità che il concepito risulti titolare di posizioni giuridiche soggettive *ante ortum*, ma qualifica le stesse come risolutivamente condizionate all'evento-nascita. La tesi in questione pone tuttavia gli stessi problemi della precedente, implicando il riconoscimento della capacità di essere titolari delle posizioni giuridiche soggettive che la legge riconosca al nascituro anche prima della nascita, cui tanto il comma primo quanto il comma secondo dell'art. 1 subordinano tale capacità.

Sospensivamente condizionate alla nascita

Preferibile sembra allora la tesi sostenuta in letteratura secondo cui i diritti eventualmente attribuiti al concepito debbano considerarsi sospensivamente condizionate alla nascita dello stesso, in linea con la lettera dell'art. 1, comma 2, c.c., nonché delle disposizioni in materia di amministrazione dell'eredità del concepito e del nascituro non concepito, che, *ex art.* 643 c.c., rinviano alla

disciplina dei lasciti sospensivamente condizionati.

La posizione giuridica soggettiva del concepito deve pertanto qualificarsi come mera aspettativa di titolarità del diritto, subordinata all'acquisto della capacità giuridica da parte del medesimo al momento della nascita.

3.1. La soggettività giuridica del concepito.

Le conclusioni cui si è giunti nel paragrafo precedente circa l'inesistenza di una capacità giuridica anticipata del concepito, né speciale, né generale, non escludono che l'ordinamento possa attribuirgli diritti, sia pure condizionati alla nascita quanto alla azionabilità dei medesimi, che trascendono la sfera patrimoniale e si iscrivono nel novero dei diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute e alla vita.

Occorre prendere atto delle disposizioni del diritto internazionale e nazionale che riconoscono tali diritti al concepito e individuare quali tutele siano poste dal legislatore a presidio degli stessi.

Particolare importanza rivestono in tale ottica le norme dettate dalle convenzioni internazionali cui aderisce l'Italia, che, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., rappresentano parametro interposto di legittimità della normativa ordinaria.

Tra queste, in particolare, va richiamata la Convenzione di Oviedo, del 4 aprile 1997 e ratificata nel 2001, che all'art. 1 prevede che *“lo Stato [...] tutela la vita umana dal suo inizio”*, attribuendo rilevanza e accordando così protezione al nascituro concepito.

Rileva in tal senso anche la Dichiarazione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1959, e ratificata dall'Italia nel 1991, che afferma nel preambolo che *“il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”*, espressamente comprendendo il concepito nell'ambito di applicazione delle tutele in essa prescritte.

Un riconoscimento implicito della tutela del concepito è nel contempo rinvenibile nelle disposizioni che tutelano il diritto alla vita dell'*“individuo”*, stante la interpretazione lata del lemma pacificamente condivisa in dottrina e giurisprudenza, comprensiva del concepito: così, tanto a livello nazionale che internazionale, gli artt. 2 e 32 della Costituzione riconoscono al concepito il diritto alla vita ed alla salute, al pari di quanto previsto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 novembre 1948, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, rispettivamente, agli artt. 3 e 2, tutelano il diritto alla vita dell'individuo.

Ulteriore referente normativo, di rango costituzionale, cui ricondurre la tutela del concepito è rinvenibile nelle disposizioni dell'art. 31 Cost., che al secondo comma *“protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù”*, potendosi ricomprendere in tale enunciato anche la protezione dell'individuo non ancora nato.

Le fonti di rango costituzionale e internazionale esaminate in relazione alla soggettività giuridica ed alla conseguente tutela accordata al concepito sono state richiamate in alcune importanti pronunce della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di *referendum* abrogativi delle leggi speciali in materia di interruzione della gravidanza e di procreazione assistita, di cui si dirà nel

prosiegua, nelle quali il giudice delle leggi ha affermato l'inammissibilità dei referendum proposti stante la natura costituzionalmente necessitata delle norme oggetto dei quesiti referendari anche in considerazione del carattere attuativo degli impegni internazionali discendenti dalle fonti prima esaminate, e della protezione che la Carta fondamentale accorda al concepito⁷.

A livello di normativa ordinaria rilevano le leggi oggetto delle pronunce della Corte Costituzionale richiamata, ovvero la legge 22 maggio 1978, n. 194, che detta le *"norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"*, nonché la legge 19 febbraio 2004, n. 40, dettante le *"norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*.

La prima afferma, all'art. 1, che *"lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio"*, disciplinando negli articoli seguenti le condizioni in presenza delle quali è possibile procedere all'interruzione della gravidanza.

Nell'individuare queste ipotesi il legislatore è stato chiamato ad operare un bilanciamento tra la salute della madre e la sopravvivenza del concepito, accordando preferenza alla tutela di un soggetto già esistente rispetto ad una vita *in fieri*.

Tale circostanza ha condotto parte della dottrina a sostenere che al concepito non possa essere riconosciuta, al pari della capacità giuridica, neanche una forma di soggettività nell'ordinamento, posto che la vita del feto è destinata a soccombere nel bilanciamento con la salute della madre, il che esclude che possa parlarsi di una relazione intersoggettiva; questa impostazione ha trovato conforto, inoltre, nell'affermazione della Corte Costituzionale⁸, secondo cui non sarebbe possibile sostenere l'elevazione del concepito a soggetto di diritto in base all'art. 1 della legge n. 40 del 2004, che assicura *"i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito"*, avendo tale disposizione carattere meramente enunciativo.

Tali conclusioni non appaiono tuttavia condivisibili, traendo il proprio fondamento in una serie di disposizioni che invece permettono di opinare in senso opposto, dal momento che il solo fatto che il legislatore abbia regolamentato la possibilità di interrompere la gravidanza, sanzionando penalmente le violazioni alla relativa normativa, nonostante la prevalenza accordata alla salute della madre, conferma e non esclude che il concepito sia dotato, quale soggetto dell'ordinamento, di rilevanza giuridica, pur essendo priva di capacità *ex art. 1 c.c.* Nel contempo l'affermazione addotta a sostegno della tesi negazionista, del carattere meramente enunciativo dell'ultimo inciso dell'art. 1 della legge n. 40 del 2004, se contestualizzato rispetto al sindacato di ammissibilità dei quesiti referendari per l'abrogazione dell'articolo in questione, e in relazione alla funzione svolta dalla Corte Costituzionale di verificare se tali norme possano considerarsi o meno costituzionalmente necessitate o vincolate, perde la propria carica persuasiva, avendo la stessa Corte Costituzionale sostenuto che si deve *"ricavare la*

⁷ Il riferimento è a C. Cost. 10 febbraio 1997, n. 35, che ha dichiarato inammissibili i quesiti referendari in materia di interruzione della gravidanza, richiamando espressamente le norme dettate dalla Dichiarazione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1959, e a C. Cost., 19 ottobre 2005, n. 45, in materia di procreazione assistita, che fa invece richiamo alle disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997.

⁸ C. Cost., 28 gennaio 2005, n. 48.

tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni di legge”, il che conferma la rilevanza giuridica del soggetto anche prima della nascita.

Tuttavia, il più recente orientamento della giurisprudenza sembra aderire alla tesi della dottrina secondo cui il concepito non si può considerare un soggetto giuridico. Tale dottrina equipara la soggettività giuridica alla capacità *ex art. 1 c.c.*, ritenendo che essa sia chiamata ad assolvere una funzione di imputazione di posizioni giuridiche soggettive, al pari dell’*“organo”* nel diritto amministrativo o della rappresentanza. In tale prospettiva, il concepito andrebbe qualificato come *“oggetto speciale di tutela”*, sul presupposto che, per poter considerare un’entità come *“soggetto di diritto”* è necessario che questa sia titolare di interessi riconosciuti dall’ordinamento. Tanto non sarebbe possibile per il concepito, sull’assunto della pretesa necessità che il titolare di un interesse sia provvisto di *“coscienza”*, dovendosi intendere l’interesse quale *“tensione verso un bene”*, presupponendo tale *“tensione”* la coscienza del suo titolare.

3.2. La tutela dei diritti del concepito.

Individuati i caratteri di soggettività e di incapacità giuridica del concepito, occorre prendere in considerazione le ipotesi in cui l’ordinamento riconosce in capo a tale soggetto diritti, sebbene subordinati alla nascita, e le forme di tutela poste a presidio di questi ultimi.

È ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione l’elencazione degli interessi del concepito cui l’ordinamento riconosce tutela, tra cui la salute, l’onore, la reputazione, l’identità personale.

Non rientra tra le posizioni soggettive tutelabili il *“diritto alla vita”*, o *“diritto a nascere”*, in quanto non è dato rinvenire nell’attuale legislazione un valido referente normativo del diritto in questione.

Pur essendo, come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, previsto a livello costituzionale e nel diritto internazionale che lo Stato debba tutelare la vita del concepito, il diritto in questione, tutelato sul piano penale dalle fattispecie criminose di aborto non consentito e di omicidio, quando il travaglio sia iniziato, non potrebbe essere azionato in giudizio, venendo a mancare, nel momento in cui fosse violato, il rispettivo titolare.

Va inoltre rammentato che il comma secondo dell’art. 1 c.c. subordina alla nascita, *i.e.* all’acquisto della capacità giuridica, i diritti eventualmente riconosciuti dall’ordinamento al concepito.

Può dunque concludersi al riguardo che esiste nell’ordinamento la tutela di un interesse alla vita del concepito, preso in considerazione anche dalle norme di legge ordinaria – si pensi alle norme in materia di procreazione medicalmente assistita che vietano la soppressione degli embrioni – ma che non assurge alla dignità di diritto soggettivo per i motivi di cui si è detto in precedenza.

Specularmente va escluso che il concepito sia titolare di un *“diritto a non nascere”*, nella specie *“a non nascere se non sano”*, consistente nella pretesa a che sia interrotta la gravidanza in presenza di malformazioni o anomalie del feto, onde evitare al nascituro le sofferenze ed i disagi di una vita segnata da tali evenienze.

La configurabilità di siffatta posizione giuridico-soggettiva comporterebbe

“Diritto alla vita”, o “diritto a nascere”

“Diritto a non nascere se non sano”

l'esperibilità, da parte del concepito, una volta nato, di un'azione risarcitoria per violazione del diritto *de quo* nei confronti della stessa madre, per non aver interrotto la gravidanza, nonché dei sanitari che con un proprio comportamento colposo abbiano impedito l'interruzione.

La giurisprudenza di legittimità si è costantemente espressa a sfavore dell'ammissibilità di tale diritto⁹, osservando come il suo riconoscimento contrasterebbe tanto con la normativa nazionale in materia – che consente l'interruzione della gravidanza prendendo in considerazione le conseguenze negative sulla sfera soggettiva della madre (v. artt. 4 e 6 della legge n. 194/78), quanto con l'impostazione seguita da altri Stati europei, come la Francia, dove il legislatore è intervenuto espressamente sul punto, escludendo un simile diritto in capo al soggetto nato malformato, dopo che la corte di legittimità francese si era pronunciata in senso favorevole nel 2001 a riguardo.

Nel contempo il riconoscimento di un diritto a non nascere se non sano comporterebbe la compromissione del diritto alla procreazione, alla maternità, che la Costituzione espressamente tutela all'art. 31, esponendo la madre al rischio di un'azione risarcitoria nei suoi confronti da parte del figlio.

Difficile sarebbe inoltre stabilire quale grado di intensità le malformazioni o le anomalie del feto richiederebbero perché possa ritenersi soddisfatti i requisiti del diritto a non nascere.

La Cassazione, inoltre, chiarisce che il danno derivante dalla lesione del diritto a non nascere se non sani difetterebbe anche del carattere dell'ingiustizia prescritto dall'art. 2043 c.c. poiché, in assenza della condotta che si assume causativa del danno, il concepito non sarebbe nato sano ma piuttosto non sarebbe mai venuto al mondo.

"Diritto a nascere sano"

Allo stesso modo deve escludersi, come di recente ribadito dalla Corte di Cassazione, che il concepito sia titolare di un "diritto a nascere sano". Quando il trattamento sanitario cui è sottoposta la gestante comporta o non evita una malformazione o un'anomalia del feto, quella che il nascituro potrà lamentare, una volta acquistata la capacità giuridica, è la lesione non di un diritto a nascere sani, che finirebbe col ritagliare e attribuire autonoma rilevanza ad un particolare segmento della vita della persona fisica, ma del diritto alla salute, riconosciuto come diritto fondamentale di ogni individuo dall'art. 32 Cost.

Correttamente ha osservato la Corte¹⁰, che il danno (evento) subito dal concepito

⁹ In tal senso si sono espresse Cass. civ., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, secondo cui, "In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico"; la statuizione conferma l'orientamento già espresso da Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741. L'intervento delle Sezioni Unite fu reso necessario dal contrasto accessosi all'interno della stessa Corte di Cassazione, ad opera di Cass. civ., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, secondo la quale "Nel caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l'esistenza d'una una malformazione congenita del concepito, quest'ultimo, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza, ha diritto ad essere risarcito da parte del sanitario con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano, e rappresentato dell'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità, a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire".

¹⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754.

per la lesione del bene salute durante la fase della gravidanza produrrà le proprie conseguenze pregiudizievoli (danno conseguenza), divenendo attuale soltanto dopo la nascita.

Questa impostazione risulta per di più coerente con il disposto del secondo comma dell'art. 1 c.c., considerando che la lesione della salute del feto, qualora quest'ultimo non dovesse nascere, seppure causata da grave negligenza del sanitario responsabile, non attribuirebbe alcun diritto risarcitorio al concepito non nato¹¹, ma esclusivamente e in proprio ai genitori dello stesso.

Con un recente arresto, la Corte di Cassazione, in tema di diritto all'informazione della gestante, ha ritenuto che esso debba ritenersi violato qualora la stessa non sia stata opportunamente informata dal sanitario del fatto che l'ecografo utilizzato non fosse idoneo a rilevare con precisione e chiarezza le immagini del feto.

Nel caso di specie il medico avrebbe dovuto informare la gestante della possibilità di effettuare un'ecografia con apparecchi migliori e quindi con risultati maggiormente affidabili o, quantomeno, avrebbe dovuto informarla che sarebbe stato il caso di ripetere l'ecografia (visti gli esiti poco chiari di quella effettuata), spiegando cioè la sostanziale inutilità dell'ecografia praticata. Ciò a prescindere dal fatto che un'ulteriore e migliore ecografia avrebbe potuto eventualmente rinvenire dati tali, in termini di malformazione del nascituro, da giustificare l'applicazione dell'art. 6, lett. b), L. n. 194/1978¹².

La giurisprudenza ha previsto che il pregiudizio non patrimoniale per lesione del diritto all'autodeterminazione del genitore (nella specie derivante dalla ritardata acquisizione della conoscenza della malformazione della nascita) consiste nel radicale cambiamento di vita e nello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto e rinviene il suo principale fattore causale nel precedente fatto-inadempimento che ha determinato la mancata anticipata consapevolezza dell'infermità¹³.

È allora il "diritto alla salute", direttamente sancito dall'art. 32 Cost., che va riconosciuto al concepito e che gli permette di avanzare, una volta acquistata la capacità giuridica, pretese risarcitorie nei confronti dei soggetti che abbiano cagionato o che non abbiano impedito, in presenza di un obbligo giuridico in tal senso, la lesione della salute del nascituro.

Insieme alla lesione del diritto alla salute, la presenza di malformazioni o anomalie al momento della nascita è capace di compromettere ulteriori diritti del soggetto nato, costituzionalmente garantiti, quali il "diritto allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali" e al "pieno sviluppo della persona", tutelati ex artt. 2 e 3 Cost., nonché il "diritto alle relazioni familiari", inevitabilmente alterate dalla

"Diritto alla salute"

"Diritto alle relazioni familiari"

¹¹ Si è pronunciata in tal senso Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 2000, n. 11625, nella quale si afferma che "il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, e che sia successivamente nato, è personalmente titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si verificano gli effetti dannosi. Se la nascita non si verifica (per fatto colposo dell'agente o per altra causa) il danno ingiusto (ovviamente nei confronti del nascituro) non sorge così come nel caso in cui al fatto illecito (che abbia provocato danni al feto) sia stato posto rimedio e non permangano conseguenze al momento della nascita".

¹² Cass. civ., Sez. III, 19/11/2021, n. 35648

¹³ In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'omessa informazione della gestante, poiché le allegate alterazioni della vita dei genitori trovavano causa nella nascita della bambina, affetta dalla c.d. sindrome di "Down", e non nella ritardata conoscenza di tale circostanza. Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 26/05/2020, n. 9706.

condizione del neonato, tutelate dagli artt. 29, 30 e 31 Cost.

Il medesimo diritto risulta leso allorché il fatto, colposo o doloso, di un terzo cagioni la morte o un danno grave alla persona dei genitori del nascituro, verificandosi allorché quest'ultimo non sia ancora nato, e privandolo, in prospettiva, del rapporto che avrebbe stretto e vissuto col proprio genitore o alterandolo gravemente¹⁴. L'orientamento della Corte di Cassazione, dapprima contrario ad ammettere la risarcibilità di un danno a favore del concepito, affermando la necessità della contemporanea esistenza del soggetto leso e del danneggiante al momento del fatto perché potesse integrarsi il rapporto di alterità soggettiva richiesto *ex* art. 2043 c.c., ha subito un *revirement*¹⁵, secondo cui è irrilevante la coesistenza del soggetto leso e del danneggiante al momento del fatto lesivo, dovendosi prendere in considerazione il momento in cui si producono le conseguenze dannose di quest'ultimo, verificando la sussistenza di un nesso causale tra il primo e le seconde.

È stata così ammessa la risarcibilità dei danni, di carattere patrimoniale e non, subiti dal nascituro per la perdita del padre durante la nascita, essendo compromesso il diritto alle relazioni familiari del soggetto rimasto privo del genitore – ma alla stessa conclusione deve addivenirsi anche in ipotesi di danno grave alla persona tale da incidere sulle relazioni con il nascituro – in aggiunta ai pregiudizi di carattere economico.

4. La cittadinanza.

Al pari della capacità giuridica, l'art. 22 Cost. garantisce all'individuo la propria cittadinanza, vietando che quest'ultimo possa esserne privato per motivi politici.

Per cittadinanza si intende l'appartenenza di una persona fisica ad un determinato Stato¹⁶; dalla cittadinanza discendono una serie di diritti e di doveri in capo al cittadino, che ne differenziano lo *status* rispetto a quello dello straniero.

La Costituzione garantisce alcuni diritti con esclusivo riferimento ai “cittadini” come, ad esempio, i diritti di eguaglianza (art. 3), di libertà di circolazione e soggiorno (art. 16), di riunione e di associazione (artt. 17 e 18); con riferimento ad altri diritti utilizza, invece, l'espressione “tutti”, come per il diritto di libertà religiosa (art. 19) o di libera manifestazione del pensiero (art. 21), ovvero ne prevede la tutela in forma impersonale, come per il diritto alla salute (art. 32), il diritto di difesa (art. 24) e la libertà personale (art. 13); la diversa formulazione delle disposizioni che prevedono i diritti costituzionalmente garantiti sopra citati hanno spinto parte della letteratura ad escludere che quelli riconosciuti con espresso ed esclusivo riferimento ai cittadini potessero essere estesi anche agli stranieri.

È tuttavia prevalsa l'opposta posizione, favorevole alla estensione allo straniero dei diritti inviolabili della personalità, che prende le mosse dal disposto dell'art. 2 Cost., osservando come la norma garantisca tali diritti senza alcuna distinzione tra cittadino e straniero. Questa lettura è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale che si è pronunciata nel senso dell'estensione allo straniero dei diritti inviolabili

¹⁴ Per una analitica ricostruzione dell'argomento cfr. FRATINI, *Il danno da perdita o lesione del rapporto parentale e la legittimazione del concepito al ristoro del danno*, in *Rivista Neldiritto*, n. 10, 2011, 1413.

¹⁵ Confermato da Cass. civ., Sez. III, 3 maggio 2011, n. 9700.

¹⁶ TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 116.

costituzionalmente garantiti¹⁷.

A livello di legislazione ordinaria, con riferimento ai diritti riconosciuti dall'ordinamento civile, viene in rilievo la disposizione dell'art. 16 delle Disposizioni preliminari al codice civile, ai sensi del quale *“lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in legge speciali”*.

La clausola di reciprocità sancita dalla disposizione riportata è risultata contrastante con le norme Costituzionali che hanno esteso, secondo la lettura incentrata sul disposto dell'art 2 Cost., allo straniero i diritti inviolabili della personalità; l'art. 10, secondo comma, Cost. dispone inoltre che la condizione giuridica dello straniero sia regolata dalla legge *“in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*, senza tuttavia prevedere alcuna condizione di reciprocità.

Deve pertanto procedersi ad una lettura costituzionalmente orientata del citato art. 16 disp. prel. c.c., tale per cui la condizione in esso prevista possa trovare applicazione solo in quanto sia prevista in norme internazionali e con esclusione dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. e di tutti i diritti che non siano riconosciuti esclusivamente al cittadino.

La cittadinanza comporta, insieme ai diritti descritti, una serie di doveri. Tra questi particolare importanza riveste quello di *“essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi”*, sancito dal primo comma dell'art. 54 Cost., che trova specificazione, a livello ordinario, negli artt. 3 e 9 c.p., che prevedono l'obbligatorietà della legge penale per il cittadino che si trovi nel territorio dello Stato, nonché, per particolari e gravi ipotesi delittuose, per il cittadino che le abbia commesse all'estero.

Deve precisarsi che il rispetto delle norme penali italiane è previsto dagli artt. 3 ss. anche per lo straniero che si trovi sul territorio dello Stato e, nei casi previsti dagli artt. 7, 8 e 10 c.p., anche quando commetta un reato all'estero.

Oltre al dovere di fedeltà e di rispettare la Costituzione e la legge, incombono sui cittadini il dovere di difesa *ex art. 52 Cost.*, nonché i doveri di voto, *ex art. 48*, secondo comma, Cost., e di concorrere con la propria attività o funzione, al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, come disposto dal secondo comma dell'art. 4 Cost.

Il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva è invece imposto a *“tutti”* da parte dell'art. 53 Cost., riferendosi, secondo le coordinate interpretative descritte, anche allo straniero.

La cittadinanza si acquista nei modi previsti dalla legge 5 febbraio 1992, n. 91 (l. cit.).

Quest'ultima prevede quattro forme di acquisto della cittadinanza, tra cui l'acquisto c.d. per nascita, previsto dall'art. 1 della legge sulla cittadinanza, ai sensi del quale *“è cittadino per nascita:*

- a) *Il figlio di padre o madre cittadini;*
- b) *Chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale appartengono”*.

¹⁷ C. Cost., 20 dicembre 1962, n. 120.

La disposizione citata prevede alle lettere a) e b), rispettivamente, le modalità dell'acquisto c.d. *iure sanguinis* e dell'acquisto c.d. *iure soli*; con riferimento a quest'ultimo, ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame è considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti che sia stato trovato nel territorio dello Stato, se non si possa provare il suo possesso di altra cittadinanza.

Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 91 del 1992 acquista la cittadinanza altresì chi venga adottato da cittadini italiani; tuttavia, questi è destinato a perderla qualora l'adozione venga revocata per fatto dell'adottato, purché sia provvisto di altra cittadinanza; qualora invece la revoca derivi da altra causa conserverà la cittadinanza, salva la facoltà di rinunciarvi entro un anno dalla revoca, se maggiorenne.

In tema di riconoscimento del diritto alla cittadinanza italiana, di primaria rilevanza costituzionale, si impone al giudice di merito l'utilizzo di ogni strumento e l'attivazione dei poteri officiosi d'informazione, al fine di chiarire i dubbi afferenti alla registrazione dello stato civile estero, senza che sia necessaria la presentazione di apposita istanza da parte dell'interessato¹⁸.

La cittadinanza può essere acquistata anche per c.d. *iuris communicatio*, allorché, ai sensi dell'art. 5 della legge citata, lo straniero abbia contratto matrimonio con un cittadino italiano e, dopo il matrimonio, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, ovvero siano trascorsi tre anni dalla data del matrimonio se risiede invece all'estero. I termini su indicati sono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi¹⁹.

La cittadinanza può infine essere acquistata per concessione, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 91 del 1992; la concessione avviene per mezzo di decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministero dell'interno, nei casi elencati dal citato art. 9 l. cit. Dovrà tuttavia, pena l'inefficacia del decreto, prestare entro sei mesi dalla data di emissione del medesimo il giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato.

L'art. 12 l. cit. disciplina invece le ipotesi di perdita della cittadinanza, allorché il cittadino italiano non ottemperi all'intimazione da parte del Governo italiano di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare eventualmente svolto o prestato a favore di uno stato estero, di un ente pubblico estero o di un ente internazionale cui non partecipi l'Italia; del pari è causa di perdita della cittadinanza l'aver accettato o il non aver abbandonato un impiego o una carica pubblica o l'aver prestato servizio militare a favore di uno Stato, senza esservi obbligato, quando l'Italia sia in stato di guerra con quest'ultimo; allo stesso modo perde la

Acqui-
sto
c.d.
iure
sanguin
is e
acqui-
sto
c.d.
iure
soli

C.d. *iuris*
communicati
o

Per
concessio-
ne

¹⁸ Nel caso di specie, la S.C. ha cassato la decisione della Corte d'Appello che aveva rigettato la domanda di un cittadino brasiliano di riconoscimento della cittadinanza italiana "*iure sanguinis*" per parte di madre, ritenendo che, a fronte delle non inequivoche risultanze anagrafiche, egli non avesse fornito la prova della discendenza dedotta. Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 27/12/2021, n. 41686.

¹⁹ Cfr. Cass., 11 novembre 2020, n. 25441, in *Dejure*, secondo cui «L'acquisto della cittadinanza italiana *iuris communicatio*, che si produce per effetto del matrimonio e del provvedimento con il quale l'Amministrazione accerti l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge, può venire meno per effetto dell'iniziativa della stessa Amministrazione che, preso atto della sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio, provveda a rimuovere l'originario provvedimento, poiché l'effetto retroattivo della decisione passata in giudicato concernente il rapporto coniugale, determina l'inesistenza al momento del provvedimento di annullamento del requisito necessario per il riconoscimento della cittadinanza».

cittadinanza italiana chi acquisti volontariamente la cittadinanza di uno Stato con il quale l'Italia sia in guerra.

4.1. La cittadinanza europea.

L'istituto della cittadinanza è stato ridisegnato dalle norme dei Trattati Istitutivi dell'Unione europea, che hanno affiancato alla cittadinanza degli Stati membri quella dell'Unione.

Il primo riconoscimento della cittadinanza europea risale al 1957, con il Trattato di Maastricht che, all'art. 8, la attribuiva a ciascun cittadino degli Stati membri.

Attualmente le norme che disciplinano la cittadinanza dell'Unione sono dettate nella parte seconda del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, dagli artt. 20 e ss. TFUE.

L'art. 20 TFUE, in particolare, prevede che sia *“cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro”* e che *“la cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima”*.

Dalla cittadinanza europea derivano diritti a favore dei cittadini, elencati dal secondo paragrafo dell'art. 20 e disciplinati dagli articoli successivi.

Le modalità, i limiti e le condizioni di esercizio dei diritti in questione sono individuate nei Trattati, nonché nelle fonti emanate in esecuzione degli stessi.

In particolare il diritto di voto attivo e passivo riconosciuto al cittadino europeo negli Stati membri in cui risiede, ha inciso sulla disciplina dei diritti politici e sul dibattito in letteratura relativo alla estensibilità di questi ultimi allo straniero; per vero, la disposizione dell'art. 20, § 3, lett. B), TFUE, come specificata nel successivo art. 22 e nelle norme della Dir. 94/80/CEE che vi ha dato attuazione, sembra confermare la necessità della cittadinanza per il riconoscimento dei diritti di voto attivo e passivo, reinterprestando tale concetto in maniera integrata con le norme del Trattato che affiancano alla cittadinanza nazionale quella europea.

Il d. lgs. n. 197 del 1996, nel recepire la suddetta Direttiva ha previsto la possibilità per i cittadini dell'Unione di esercitare il diritto di voto, attivo e passivo, nelle elezioni amministrative comunali, limitando tuttavia l'eleggibilità di questi ultimi alla carica di consigliere comunale, non potendo ricoprire quella di sindaco o vicesindaco. Potranno invece rivestire la carica di componente della giunta comunale.

Ai cittadini dell'Unione spetta infine il diritto di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro di residenza, alle stesse condizioni previste per i cittadini di quest'ultimo.

5. Il domicilio, la residenza e la dimora.

Il Titolo III del Libro primo del codice civile disciplina gli istituti del domicilio, della residenza e della dimora.

Il domicilio di una persona viene definito, dal comma primo dell'art. 43 c.c., come il *“luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”*. Il domicilio generale è pertanto individuato volontariamente per la generalità degli affari e degli interessi della persona; è tuttavia possibile, ai sensi dell'art. 47 c.c., eleggere un domicilio c.d. speciale *“per determinati atti o affari”*, purché sia eletto espressamente e per iscritto. **L'elezione di domicilio è un atto giuridico unilaterale**

Domicilio
generale

Domicilio
c.d.
speciale

che spiega efficacia indipendentemente dal consenso e/o dall'accettazione del domiciliatario²⁰.

Il secondo comma dell'art. 43 c.c. definisce invece l'istituto della residenza, **Residenza** ■ individuandola “*nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale*”. Si tratta pertanto dei luoghi in cui un soggetto trascorra la propria vita in maniera non temporanea od occasionale ma stabilmente e abitualmente.

Per la nozione di residenza è necessario l'elemento obiettivo della permanenza in un certo luogo e l'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali²¹. Il concetto di residenza va interpretato alla luce dei principi costituzionali in materia di libera circolazione e di soggiorno dei singoli cittadini enunciati dall'art. 16 Cost²².

Dalla disposizione emerge anche il significato di dimora e le differenze che **Dimora** ■ intercorrono tra quest'ultima e la residenza: per dimora si intende infatti il luogo in cui un soggetto abita, senza tuttavia quel carattere dell'abitudine che contraddistingue invece la residenza.

Sia la residenza che la dimora presuppongono la presenza fisica della persona nel luogo individuato, laddove il domicilio prescinde da tale dato materiale, essendo sufficiente la volontà di elezione del domicilio in un determinato luogo.

La residenza deve essere registrata presso l'anagrafe del Comune in cui si abbia la dimora abituale²³, con effetti sull'esercizio del diritto di voto e sull'erogazione delle prestazioni sanitarie.

L'ufficio dell'anagrafe provvede ad aggiornare i documenti del soggetto che abbia modificato la propria residenza e comunica l'iscrizione agli uffici competenti per gli ulteriori documenti, quali ad esempio la patente di guida.

Deve presumersi che il cittadino italiano che abbia la propria residenza all'estero, abbia ivi stabilito anche il proprio domicilio, salva la prova - ove lo stesso venga convenuto in giudizio - dell'esistenza di un suo domicilio in Italia, che radicherebbe la competenza del giudice italiano, ai sensi dell'art. 3, L. 31.5.1995, n. 218. A tale fine non basta dimostrare la mera disponibilità di un immobile in Italia, né la ricezione presso tale luogo ad opera di terzi (nel caso di specie, analizzato dalla Suprema Corte, trattavasi di personale di aiuto domestico), dell'atto di citazione in giudizio, considerate circostanze non significative ai fini dell'individuazione di un luogo elevato a centro dei propri affari ed interessi²⁴.

²⁰ Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 18/02/2021, n. 4320; Cass. civ., Sez. II, 28/01/2003, n. 1219; Cass. civ., Sez. I, 03/06/1995, n. 6280.

²¹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 15/02/2021, n. 3841.

²² Cons. Stato, Sez. I, 17/03/1999, n. 3085.

²³ Cfr. Cass., 15 febbraio 2021, n. 3841, in *Dejure*, dove si specifica che la verifica dei requisiti della residenza «[...] deve avvenire da parte degli organi preposti con modalità che si concilino con l'esigenza di ogni cittadino di poter attendere alle proprie occupazioni, in virtù del principio di leale collaborazione, con l'onere a carico del richiedente di indicare, fornendone adeguata motivazione, i periodi in cui sarà certa la sua assenza dall'abitazione, sì da consentire al comune di concentrare e programmare i propri controlli in quelli restanti».

²⁴ Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 22/06/2021, n. 17748.

Il trasferimento della residenza, ai sensi dell'art. 31 disp. att. c.c., *“si prova con doppia dichiarazione fatta al comune che si abbandona e a quello dove si intende fissare la dimora abituale”*, facendo risultare nella dichiarazione al Comune che si abbandona il luogo ove si intende fissare la nuova residenza.

Il rispetto delle forme dettate dal citato art. 31 c.c. è necessario, ai sensi del primo comma dell'art. 44 c.c., per poter opporre ai terzi di buona fede il trasferimento. Il secondo comma dell'art. 44 c.c. prende in considerazione il rapporto tra domicilio e residenza, che normalmente coincidono, preoccupandosi di prevedere che, quando una persona abbia nel medesimo luogo domicilio e residenza e trasferisca quest'ultima, non potrà opporre ai terzi di buona fede il mancato spostamento anche del domicilio ove ciò non risulti da diversa dichiarazione nell'atto di denuncia di trasferimento della residenza.

Sia nell'ipotesi di trasferimento della residenza senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge, sia nel caso in cui non sia stata dichiarata la permanenza del domicilio nella dichiarazione di trasferimento della residenza, sarà possibile provare che i terzi conoscessero del trasferimento della residenza o della permanenza del domicilio, versando pertanto in mala fede.

Domicilio, residenza e dimora rilevano infine nell'individuazione, in via residuale, del foro generale delle persone fisiche, *ex art. 18 c.p.c.*, ai sensi del quale *“salvo che la legge disponga altrimenti, è competente il giudice del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio, e, se questi non sono conosciuti, quello del luogo in cui il convenuto ha la dimora.”*

Particolari disposizioni sono dettate per il domicilio dei coniugi, del minore e dell'interdetto.

Con riferimento ai primi, l'art. 45 c.c., al primo comma, dispone che ciascun coniuge possa autonomamente eleggere il proprio domicilio, generale o speciale: ciò a differenza di quanto previsto prima della riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151), quando il domicilio della moglie veniva individuato con riferimento a quello del marito.

Il domicilio del minore è invece individuato nel luogo di residenza della famiglia o del tutore, o del genitore con cui conviva, allorché questi siano separati o il matrimonio sia stato annullato, sciolto o ne siano venuti meno gli effetti civili.

Il coniuge separato che intenda trasferire la propria residenza lontano da quella dell'altro coniuge, non perde - per ciò solo - l'idoneità ad avere in affidamento i figli minori o ad esserne collocatario, in quanto stabilimento e trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di libera e non coercibile opzione dell'individuo, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale; ferma restando la libera scelta del genitore collocatario di trasferire la propria residenza in altro luogo unitamente ai minori, il giudice, ove non sia in discussione l'idoneità del medesimo genitore ad essere affidatario o collocatario dei figli, deve esclusivamente valutare se sia maggiormente funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, per quanto ciò ineluttabilmente incida in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non collocatario²⁵.

²⁵ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 01/07/2022, n. 21054.

PARTE III • I SOGGETTI DI DIRITTO

L'interdetto, ai sensi dell'ultimo comma della disposizione, ha invece “*il domicilio del tutore*”.

Si evidenzia, infine, che la legge n. 76/2016, recante la disciplina delle unioni civili e delle unioni di fatto, contiene indicazioni anche in merito alla materia della fissazione della residenza.

In particolare, con riferimento alle unioni civili, all'art. 1, comma 12, si prevede che “*le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato*”, con una disciplina quindi analoga a quella del matrimonio.

Per ciò che concerne le unioni di fatto, invece, il comma 53 l. a) dispone che il contratto di convivenza, che disciplina i rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune dei conviventi, possa contenere anche l'indicazione della loro residenza comune.

SEZIONE II • LA CAPACITÀ DI AGIRE

6. La capacità di agire.

La capacità di agire concerne l'aspetto dinamico delle relazioni tra i soggetti dell'ordinamento, e consiste nella capacità di porre in essere atti e negozi giuridici attraverso cui disporre del proprio patrimonio, acquistando o alienando diritti e assumendo doveri.

Perché una persona possa legittimamente disporre del proprio patrimonio è, infatti, necessario che questa possieda la capacità di agire.

La capacità di agire presuppone la capacità giuridica ma, a differenza di quest'ultima, non si acquista con la nascita, essendo subordinata, *ex art. 2 c.c.*, al raggiungimento della maggiore età, salvo che la legge non preveda una età diversa per talune particolari fattispecie.

La capacità di agire è inoltre priva del carattere di generalità che contraddistingue la capacità giuridica, ben potendo l'ordinamento prevedere ipotesi speciali di capacità di disporre di alcuni dei propri diritti, come ad esempio in materia di lavoro minorile o di matrimonio.

Muta anche la sanzione che il legislatore prevede per le ipotesi in cui difetti la capacità di agire, essendo individuata nell'annullabilità del negozio o dell'atto posto in essere a differenza della nullità, che consegue alla mancanza di capacità giuridica (artt. 412, 427, 428 e 1425 c.c.).

L'acquisto della capacità di agire è subordinato alla maturità del soggetto che si trovi a disporre del proprio patrimonio, acquistando o alienando diritti, ovvero assumendo obbligazioni.

Il grado di maturità necessario è stato individuato per legge, in via presuntiva e generale, dapprima nel raggiungimento degli anni ventuno e, successivamente, nel compimento del diciottesimo anno di età, come risulta dall'attuale formulazione del primo comma dell'art. 2 c.c., a seguito della novella da parte dell'art. 1 della legge 10 marzo 1975, n. 39.

La perdita della capacità di agire è invece conseguenza diretta della legge o di pronuncia costitutiva dell'Autorità Giudiziaria, nei casi e in presenza delle condizioni legislativamente previste per le ipotesi di interdizione giudiziale, inabilitazione e amministrazione di sostegno: si tratta dei casi in cui un soggetto, pur avendo raggiunto la maggiore età, sia ritenuto inidoneo, per cause legate alla sua condizione fisica o mentale, ad attendere alle proprie esigenze personali e all'amministrazione del proprio patrimonio, con la conseguenza che l'ordinamento sostituisce o affianca all'interessato un soggetto che provveda a curarne gli interessi, assistendolo o agendo in sua vece.

L'art. 75 c.p.c., nell'escludere la capacità processuale delle persone che non hanno il libero esercizio dei propri diritti, si riferisce solo a quelle che siano state private della capacità di agire con una sentenza di interdizione o di inabilitazione, ovvero con provvedimento di nomina di un rappresentante e non anche a quelle colpite da incapacità naturale, ma non interdette o inabilite²⁶.

²⁶ Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che non aveva verificato d'ufficio la validità della procura "*ad litem*" conferita dal disabile, affetto da grave deficit sensoriale, motorio ed intellettuale, che era parte danneggiata nella causa di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità

Deriva invece direttamente dalla legge la perdita della capacità di agire come conseguenza della pena accessoria dell'interdizione legale, comminata a seguito di una condanna penale di una certa gravità.

La capacità di agire viene altresì meno allorché, pur in assenza di una sentenza che ne privi il soggetto in tutto o in parte, questi venga tuttavia a trovarsi in una condizione, anche temporanea, di incapacità c.d. naturale, tale per cui non sia in grado di valutare i propri interessi e di formulare in maniera corretta e ponderata la volontà di disporre del proprio patrimonio; anche a tali ipotesi consegue, alle condizioni dettate dall'art. 428 c.c., l'annullabilità degli atti e dei negozi giuridici posti in essere in situazione di incapacità di intendere e di volere.

Vi sono ipotesi in cui la produzione di determinati effetti nella sfera giuridica di un soggetto non richiede la sua capacità di agire: ad esempio, per integrare l'elemento volitivo dell'*animus possidendi*, necessario perché possa ritenersi sussistente una situazione possessoria o perché maturi l'usucapione di un bene²⁷.

Del pari, non è necessaria la capacità di agire per integrare gli estremi di una gestione di affari altrui, dal momento che è la legge e non un atto volontario del gestore a far nascere obblighi in capo al *dominus* e al gestore medesimo; né la disposizione dell'art. 2029 c.c. osta a tale conclusione, dal momento che l'interpretazione maggioritaria della norma la intende nel senso che la capacità di contrarre, e quindi di agire, sia necessaria solo in presenza di un'attività che richieda la stipulazione di contratti, e non quando il gestore si limiti a porre in essere una condotta materiale.

Può dunque concludersi che la capacità di agire non sia necessaria allorché gli effetti di una determinata condotta sul patrimonio del soggetto incapace di agire derivino direttamente dall'ordinamento e non siano frutto di attività negoziale da parte dell'incapace.

Inoltre, la capacità di agire non è requisito indispensabile perché possa ravvisarsi in capo ad un soggetto la responsabilità per fatto illecito. Sarà infatti sufficiente che quest'ultimo si trovi in condizione di intendere e di volere la perpetrazione del fatto dannoso perché sia chiamato a rispondere delle conseguenze pregiudizievoli arrecate a terzi.

Ferma la necessità della capacità c.d. naturale del minore, l'art. 2048 c.c. prende in considerazione le ipotesi di illecito civile poste in essere da quest'ultimo, estendendo la responsabilità ai genitori, agli affilianti e al tutore per i danni cagionati dal figlio minore non emancipato e dalle persone soggette alla tutela, purché conviventi con essi.

Nel contempo sono responsabili delle conseguenze del fatto illecito posto in essere dai propri allievi o apprendisti, nel tempo in cui siano sotto la propria vigilanza “*i precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte*”.

In questo modo il legislatore del codice civile ha voluto garantire in misura maggiore il danneggiato, affiancando al patrimonio del minore, che normalmente è incapiente, quello dei genitori, del tutore o di chi avrebbe dovuto vigilare sul suo operato, consentendo a questi ultimi di andare esenti da responsabilità solo “*se provano di non aver potuto impedire il fatto*”.

medica. Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 01/06/2022, n. 17914.

²⁷ In tal senso, Cass., n. 6878 del 1986 e n. 4072 del 1986.

Qualora invece il danneggiante, anche se maggiorenne, non sia capace di intendere e di volere, “*il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell’incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto*”; ragioni equitative hanno suggerito di prevedere un’obbligazione indennitaria, il cui oggetto dev’essere determinato in considerazione delle condizioni economiche delle parti, a carico dell’incapace danneggiante allorché il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza.

Con riferimento alla responsabilità penale, il legislatore ha introdotto, all’art. 97 c.p., una presunzione di capacità di intendere e volere la condotta criminosa allorché il reo abbia raggiunto la maggiore età, escludendo invece *iuris et de iure* l’imputabilità del minore di anni quattordici; per quanto riguarda i minori che abbiano compiuto i quattordici ma non ancora i diciotto anni, invece, sarà necessario di volta in volta accertarne la capacità di discernimento.

Sia nell’illecito civile che nell’illecito penale non rilevano, ai fini dell’esclusione della capacità di intendere e di volere, i cc.dd. stati passionali, legati al carattere e alla personalità del soggetto, così come le ipotesi in cui quest’ultimo si sia deliberatamente posto nella condizione di incapacità di intendere e di volere, come disposto dall’art. 2046 c.c. e dagli artt. 87 e 92 c.p.

7. Il minore. Le ipotesi di capacità di agire speciale.

Come si è avuto modo di anticipare nel paragrafo precedente, la capacità di agire si acquista con il compimento del diciottesimo anno di età.

Prima di tale momento il minore, salve speciali ipotesi di legge, non ha la capacità di disporre del proprio patrimonio e gli atti eventualmente posti in essere sono annullabili.

Il comma primo dell’art. 1425 c.c. prevede infatti che, quando una delle parti sia incapace di contrattare, il contratto è annullabile; la relativa azione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1441 e 1442 c.c., può essere posta in essere solo dal minore, per mezzo del proprio rappresentante legale o personalmente, una volta divenuto maggiorenne; inoltre, il termine di prescrizione quinquennale non decorre se non dal giorno in cui il minore abbia raggiunto la maggiore età.

Come ulteriore tutela del minore è previsto che questi non sia tenuto a restituire, qualora il contratto sia annullato, la prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui sia stata effettivamente rivolta a proprio vantaggio.

Tuttavia, il contratto non è annullabile se il minore ha occultato la propria età con raggiri; ma il legislatore esclude, all’art. 1426 c.c., che integri il requisito dei raggiri la semplice dichiarazione di essere maggiorenne da parte del minore, addossando alla controparte un onere di diligenza nell’accertamento della capacità della persona con cui stia compiendo atti negoziali.

A fronte dell’incapacità dei minori di porre validamente in essere atti dispositivi del proprio patrimonio, si registra nella vita quotidiana un elevato numero di contratti conclusi da soggetti minorenni, astrattamente integranti le ipotesi di annullabilità sopra descritte. La letteratura ha tradizionalmente inquadrato la contrattualità dei minori nell’istituto della rappresentanza, che richiede la capacità di agire del rappresentato e non quella del rappresentante perché possa essere concluso un valido negozio, come si evince dall’art. 1389, comma 1, c.c.

Parte della dottrina ha fatto invece riferimento all'istituto del *nuncius*, ritenendo che il minore si limiti al ruolo di portavoce della volontà negoziale del genitore o del tutore.

Più corretta appare invece la soluzione che valorizza adeguatamente la volontà del minore, ritenendo che il contratto sia posto in essere personalmente e in via diretta da parte di quest'ultimo, riconoscendo la possibilità ai soggetti incapaci di agire di operare nell'ambito della c.d. microcontrattualità, laddove non siano necessarie particolari forme da cui non possa che emergere l'incapacità di agire del minore. Spetterà alla controparte verificare la maggiore età del contraente, consapevole del rischio di annullamento del contratto e della restituzione nei limiti del vantaggio effettivamente arrecato al minore, cui va incontro²⁸.

L'acquisto della capacità di agire al diciottesimo anno di età costituisce una regola generale suscettibile di eccezioni legislativamente previste.

La legge può infatti prevedere un'età maggiore per il valido compimento di determinati atti, come avviene nell'ipotesi di adozione di persone maggiorenni, per la quale l'art. 291 c.c. richiede che l'adottante abbia compiuto i trentacinque anni e che la differenza tra l'età dell'adottato e quella di chi adotta sia di almeno diciotto anni.

Con riferimento, inoltre, all'esercizio dell'elettorato attivo e passivo, la Costituzione, all'art. 58, prevede che i senatori siano eletti *“a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età”*; l'età di venticinque anni è invece richiesta dall'art. 56 Cost. anche per l'elettorato passivo alla Camera; il secondo comma dell'art. 58 Cost. stabilisce, invece, che sono *“eleggibili a senatori gli elettori che hanno compiuto il quarantesimo anno”*, mentre l'art. 84 Cost. stabilisce che *“Può essere eletto Presidente della Repubblica ogni cittadino che abbia compiuto cinquanta anni d'età”*.

La possibilità che leggi speciali individuino eccezioni rispetto all'acquisto della capacità di agire al raggiungimento della maggiore età è prevista dal comma secondo dell'art. 2 c.c. con riferimento alla capacità di prestare il proprio lavoro e all'esercizio dei diritti e delle azioni che derivino dal relativo contratto.

Parte della letteratura²⁹ ha distinto le due ipotesi di capacità menzionate dalla disposizione in esame, qualificando la prima come capacità giuridica speciale in materia di prestazione di lavoro e la seconda come ipotesi di capacità di agire anticipata per legge; questo orientamento dottrinale è pervenuto a tale conclusione attraverso il confronto della disposizione in esame con l'art. 3 c.c., abrogato dalla citata legge n. 39 del 1975, che espressamente prevedeva la capacità del minore di stipulare un contratto di lavoro, non indicata invece dal secondo comma dell'attuale art. 2 c.c., come modificato dalla medesima legge.

A tale posizione si contrappone l'orientamento dottrinale³⁰ che, in ragione della sede in cui è prevista la capacità di prestare il proprio lavoro da parte del minore, nonché della capacità riconosciutagli di esercitare in giudizio i diritti e le azioni che derivano dal contratto, ha concluso nel senso del riconoscimento da parte del secondo comma dell'art. 2 c.c. della capacità di agire speciale e anticipata di

²⁸ TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 98.

²⁹ RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 213.

³⁰ BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, in *Diritto Civile*, I, seconda edizione, Milano, 2005, 240.

stipulare un contratto di lavoro, adempiere alla prestazione lavorativa ed esercitare, anche in giudizio, i diritti che ne conseguono.

Le leggi speciali cui la disposizione fa riferimento possono essere individuate, *in primis*, nelle disposizioni dettate dalla legge 17 ottobre 1967, n. 977, come modificata dal d. lgs. 4 agosto 1999, n. 345; ivi si prevede, all'art. 3, che non possano prestare attività lavorativa i "bambini", per tali intendendosi i minori degli anni quindici, e pone come condizione generale la conclusione del periodo di istruzione obbligatoria, che attualmente termina con il compimento dei diciotto anni (la legge 27 dicembre 2006, n. 296, all'articolo 1, comma 622, dispone che *"l'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno d'età"*; assolto l'obbligo scolastico subentra l'obbligo formativo, ossia il diritto/dovere dei giovani di frequentare attività formative fino all'età di 18 anni).

Il successivo art. 4 del d. lgs. n. 345/1999 introduce tuttavia delle eccezioni per particolari attività lavorative, cui sono ammessi, con particolari prescrizioni in materia di orario di lavoro, divieto di lavoro notturno, salute e riposo, i minori di anni quindici: si tratta delle attività di carattere culturale, artistico, sportivo, pubblicitario o legate al mondo dello spettacolo, che tuttavia risultino compatibili con gli obblighi scolastici del minore e non ne pregiudichino l'integrità psico-fisica ed il corretto sviluppo³¹.

Rilevano inoltre le norme della legge 22 aprile 1941, n. 633, che all'art. 108 consente all'autore che abbia compiuto i sedici anni di porre in essere tutti gli atti di esercizio e disposizione sulle opere da lui create, comprese le azioni processuali che ne derivino.

Le ipotesi di anticipazione della capacità di agire rispetto al raggiungimento della maggiore età non riguardano solo il lavoro o lo sfruttamento dei diritti d'autore. Sono diverse le fattispecie disciplinate dal codice civile e dalle leggi speciali che attribuiscono al minore la capacità di agire speciale, con riferimento a determinati atti e negozi.

Tali disposizioni appaiono in sintonia con quanto stabilito nella Convenzione Internazionale di New York, del 20 novembre 1989³², sui diritti del fanciullo, e nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996³³, che promuovono il riconoscimento di diritti ai minori e la loro tutela, nonché la partecipazione degli stessi ai procedimenti che li riguardano in materia di famiglia.

Alla volontà del minore è riconosciuta inoltre prevalenza rispetto al dissenso dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela in materia di interruzione volontaria della gravidanza, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 194/1978; la disposizione consente infatti alla minore gestante di adire personalmente il giudice tutelare affinché la autorizzi, entro i novanta giorni dal concepimento e sussistendone i presupposti, all'interruzione della gravidanza quando sussistano seri motivi che impediscano o rendano inopportuno consultare i genitori o il tutore

³¹ GHERA, *Diritto del Lavoro*, Bari, 2012, 162 ss.

³² Ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176.

³³ Ratificata con l. 20 marzo 2003, n. 77.

o quando questi abbiano espresso il proprio dissenso ovvero volontà difformi tra loro.

Particolare importanza, infine, riveste l'art. 250, ultimo comma, c.c., che ammette il riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio da parte dei genitori che abbiano compiuto i sedici anni di età, nonché l'art. 84, secondo comma, c.c., che consente al minore che abbia compiuto i sedici anni di proporre istanza al Tribunale competente perché sia accertata la propria maturità psico-fisica e la sussistenza delle ragioni idonee all'autorizzazione del minore a contrarre matrimonio; quest'ultima avviene con decreto, comunicato agli sposi, ai genitori o al tutore del minore, nonché al pubblico ministero, che dev'essere sentito prima dell'autorizzazione.

Emancipazione

Ai sensi dell'art. 390 c.c. dal matrimonio del minore discende di diritto la sua emancipazione.

Tale istituto consente al minore di compiere gli atti che non eccedano la ordinaria amministrazione; qualora invece sia autorizzato, ai sensi dell'art. 367 c.c., alla continuazione dell'esercizio di un'attività commerciale, potrà validamente porre in essere atti di straordinaria amministrazione, anche se non inerenti l'esercizio dell'impresa.

Anche in questo caso, tuttavia, l'emancipazione, tuttavia, non conferisce una capacità di agire piena, ma solo ridotta: ai sensi dell'art. 774, 2° co., c.c., infatti, il minore emancipato, anche se autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, non ha piena capacità di donare, essendogli precluso tale atto di straordinaria amministrazione.

Fuori dal caso descritto il minore dovrà richiedere, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, il consenso del curatore, nonché l'autorizzazione del giudice tutelare.

Se il coniuge del minore è maggiorenne, questi potrà essere nominato curatore; in caso contrario, il giudice tutelare provvederà alla nomina, potendo individuare un unico soggetto quale curatore di entrambi i coniugi minori, preferibilmente nella persona di uno dei genitori.

Qualora il consenso del curatore non venga prestato, il minore può rivolgersi al giudice tutelare che, ove ritenga il rifiuto ingiustificato, nominerà un curatore speciale.

In ogni caso, in forza del rinvio all'art. 375 c.c. operato dall'art. 394, comma 3, c.c., sarà necessaria l'autorizzazione del Tribunale allorché si tratti di atti di alienazione di beni, esclusi i relativi frutti o i beni mobili facilmente deteriorabili, nonché per atti inerenti la costituzione di garanzie reali, la divisione di beni in comunione ed eventuali transazioni o compromessi.

Gli atti posti in essere dal minore emancipato al di fuori dei casi consentiti o senza le debite autorizzazioni possono essere annullati su istanza del minore stesso, dei genitori, del curatore, nonché degli eredi e aventi causa del primo, entro cinque anni dal raggiungimento della sua maggiore età.

7.1. La rappresentanza legale del minore e la tutela.

Incapacità assoluta

L'incapacità del minore, fatta eccezione per le ipotesi di capacità speciale anticipata, è assoluta, non essendogli consentito di porre validamente in essere

alcun atto o negozio; diversa la situazione del minore emancipato, in relazione al quale si parla di incapacità relativa, essendo quest'ultima limitata agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Assistenza Mentre i genitori o il tutore sostituiscono il minore incapace nell'adozione degli atti necessari alla cura dei suoi interessi, nelle ipotesi di emancipazione il curatore si limita a svolgere una funzione di assistenza del minore, integrandone il consenso ed intervenendo in relazione ai soli atti di maggiore importanza, quali quelli di straordinaria amministrazione.

La rappresentanza del minore in tutti gli atti civili spetta, ai sensi dell'art. 320 c.c., ai genitori congiuntamente o a quello di essi che eserciti in via esclusiva la responsabilità; si tratta di una ipotesi di rappresentanza legale, in cui il potere di rappresentanza deriva direttamente dalla legge.

Ai genitori è attribuita anche l'amministrazione dei beni del minore.

Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore; occorre, invece, la rappresentanza congiunta per gli atti di straordinaria amministrazione (quelli che possono diminuire, pregiudicare o esporre il patrimonio del minore).

Le stesse disposizioni trovano attuazione anche con riferimento all'amministrazione del patrimonio del concepito, di cui diverrà titolare solo al momento della sua nascita, ai sensi dell'art. 1, comma 1, c.c.

Qualora nelle scelte di amministrazione dei beni del minore i genitori vengano a trovarsi in disaccordo o non rispettino le decisioni concordate, ciascuno di essi potrà rivolgersi, ai sensi dell'art. 316 c.c., al giudice tutelare, indicando i provvedimenti da adottare che ritenga più idonei.

Il giudice, "*sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*", suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse di quest'ultimo.

Qualora il contrasto permanga, il giudice attribuirà il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritenga il più idoneo a curare l'interesse del figlio. Il codice civile detta alcune disposizioni finalizzate a tutelare gli interessi del minore rispetto alla gestione da parte dei genitori.

È infatti previsto che questi ultimi non possano compiere una serie di atti dispositivi sul patrimonio del figlio, "*se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare*". Del pari, non è loro possibile riscuotere i capitali spettanti ai figli minori senza l'autorizzazione del giudice tutelare, che ne determinerà contestualmente anche l'impiego, nell'interesse del minore.

Ai sensi dell'art. 323 c.c., i genitori esercenti la responsabilità genitoriale sui figli non possono inoltre rendersi acquirenti, neanche all'asta pubblica, direttamente o per interposta persona, dei beni e dei diritti del minore, né possono diventare cessionari di alcuna ragione o credito verso il minore.

L'art. 320, ultimo comma, c.c., prende infine in considerazione l'ipotesi di conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà e tra figli e genitori, stabilendo che in tali ipotesi il giudice tutelare nomina un curatore speciale. Qualora invece il conflitto riguardi uno dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, la rappresentanza dei figli spetterà esclusivamente all'altro genitore.

**Rappresen-
tanza del
minore e
rappresen-
tanza legale**

**Curatore
speciale**

La nomina di un curatore speciale è prevista anche dall'art. 321 c.c., su richiesta del figlio, del pubblico ministero o di un parente che vi abbia interesse, sentiti i genitori, in tutti i casi in cui questi non possano o non intendano compiere uno o più atti di interesse del figlio, eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Ai sensi dell'art. 322 c.c., gli atti violativi dei divieti imposti dall'art. 320 c.c. ai genitori e quelli posti in essere in violazione delle norme dettate in ipotesi di conflitto di interessi o di mancato compimento di atti di straordinaria amministrazione, saranno annullabili su istanza dei genitori che non li abbiano compiuti o del figlio, nonché degli eredi e degli aventi causa di quest'ultimo.

Ulteriore conseguenza della violazione delle norme che disciplinano l'amministrazione dei beni del figlio può essere, ai sensi dell'art. 334 c.c., la rimozione dei genitori dall'amministrazione; allorché questa interessi entrambi i genitori, l'amministrazione è affidata ad un curatore.

In presenza di *mala gestio* da parte dei genitori il giudice tutelare può anche limitarsi ad indicare le modalità cui i genitori debbano attenersi.

Quando siano cessati i motivi che hanno provocato il provvedimento di rimozione, il genitore o i genitori rimossi possono chiedere al Tribunale di essere riammessi all'amministrazione.

Usufrutto legale

Il provvedimento di rimozione dei genitori dall'amministrazione può comportare l'esclusione dell'usufrutto legale spettante ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale sui beni del figlio, *ex art.* 324 c.c.

In generale, i genitori esercenti la responsabilità genitoriale hanno in comune l'usufrutto dei beni del figlio, fino alla maggiore età o all'emancipazione; a tale diritto corrisponde, però, un vincolo destinazione dei frutti percepiti, i quali devono essere destinati al mantenimento della famiglia ed all'istruzione ed educazione dei figli.

Sono esclusi dall'usufrutto legale: «1) i beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro; 2) i beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione; 3) i beni lasciati o donati con la condizione che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale o uno di essi non ne abbiano l'usufrutto: la condizione però non ha effetto per i beni spettanti al figlio a titolo di legittima; 4) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale³⁴».

L'usufrutto legale non può inoltre essere oggetto di disposizione da parte dei genitori, né può essere aggredito in via esecutoria da parte dei creditori di questi ultimi (art. 326 c.c.).

La tutela

Se i genitori del minore sono morti o non possono esercitare la responsabilità genitoriale per altre cause, il Tribunale del circondario in cui si trovi la sede principale degli interessi e degli affari del minore apre la tutela a favore del minore.

Ai sensi dell'art. 357 c.c., il tutore rappresenta il minore in tutti gli atti civili e ne amministra i beni, prendendosi inoltre cura della persona del minore.

Ai fini della nomina di un tutore da parte del giudice tutelare, l'art. 345 c.c. prevede che l'ufficiale dello stato civile che abbia ricevuto la dichiarazione di morte di una persona che esercitava la responsabilità genitoriale su minori o la dichiarazione di nascita di un figlio da genitori ignoti ovvero il notaio che pubblichi un testamento

³⁴ In quest'ultimo caso, l'art. 324 c.c. dispone che «Se uno solo di essi era favorevole all'accettazione, l'usufrutto legale spetta esclusivamente a lui».

in cui venga designato un tutore debbano darne notizia entro dieci giorni al giudice tutelare.

Allo stesso modo, il cancelliere del giudice che emetta una decisione da cui derivi la necessità di nomina di un tutore deve darne notizia al giudice tutelare.

L'obbligo di informare il giudice tutelare grava anche sui parenti entro il terzo grado e sulla persona eventualmente designata come tutore o protutore, nel termine di dieci giorni dalla notizia del fatto che rende necessaria la tutela ovvero dalla designazione.

Il giudice tutelare provvederà quindi alla nomina del tutore e del protutore del minore, individuandoli nella persona designata dal genitore che per ultimo abbia esercitato la responsabilità genitoriale, anche per testamento, per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

In mancanza di una designazione o qualora la persona designata non possa svolgere l'ufficio di tutore, la scelta dovrà avvenire tra gli ascendenti, parenti o affini del minore e in ogni caso individuando una persona che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 348 c.c., risulti idonea all'ufficio, di ineccepibile condotta e che sia in grado di educare ed istruire il minore tenendo conto delle capacità, aspirazioni e inclinazione naturale di quest'ultimo.

Quando non sia possibile nominare una delle persone sopra indicate, ai sensi dell'art. 354 c.c., la scelta potrà cadere su un ente di assistenza del Comune ove il minore abbia il proprio domicilio o la struttura presso la quale il minore sia ricoverato; la tutela sarà quindi esercitata da un membro dell'ente a ciò delegato.

L'ufficio di tutore è obbligatorio e gratuito, salva la possibilità di riconoscere al tutore un'indennità nella misura delle minori entrate in conseguenza dello svolgimento dell'ufficio; richiede inoltre un giuramento davanti al giudice tutelare di esercitarlo con fedeltà e diligenza.

È tuttavia prevista la possibilità per talune categorie di soggetti, in ragione delle funzioni pubbliche svolte o della propria condizione familiare e personale, di domandare la dispensa dall'ufficio al giudice tutelare, che procederà alla nomina di nuovo tutore.

A tutela del minore il codice civile prevede ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di tutore nonché una serie di obblighi e divieti in capo a quest'ultimo, tra cui l'obbligo, ex art. 362 c.c., di procedere all'inventario dei beni del minore entro dieci giorni dalla notizia della nomina, nonché il dovere di depositare denaro, titoli e oggetti preziosi presso un istituto di credito individuati dal giudice tutelare. I titoli al portatore dovranno invece essere convertiti in titoli nominativi a favore del minore.

Prima dell'inventario l'amministrazione da parte del tutore del patrimonio del minore deve limitarsi agli atti indifferibili.

Anche dopo aver adempiuto agli obblighi descritti il tutore è vincolato nelle scelte relative all'investimento dei capitali del minore, nonché nelle scelte relative alla vita del minore, alla sua residenza, educazione, alle spese di mantenimento e alla gestione di eventuali attività commerciali, dovendo attenersi a quanto deliberato in merito dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 371 c.c.

Gli artt. 374 e 375 c.c. prevedono invece, per determinate categorie di atti, la necessaria autorizzazione da parte del giudice tutelare o del Tribunale, a seconda

dell'incidenza che abbiano sul patrimonio del minore³⁵.

Gli atti adottati in violazione delle disposizioni esaminate saranno annullabili su istanza del tutore, del minore e degli eredi o aventi causa del minore, con la precisazione che la relativa prescrizione quinquennale, per il minore, decorre dal raggiungimento della maggiore età, come disposto *ex art.* 1442 c.c.

Il tutore potrà inoltre essere rimosso dall'ufficio allorché si sia reso colpevole di negligenza, violando gli obblighi previsti a suo carico dalla legge.

Ulteriore istituto a tutela della correttezza della amministrazione da parte del tutore dev'essere individuato nelle disposizioni dell'art. 385 c.c., che impone al tutore di presentare, nel termine di due mesi dalla cessazione dell'amministrazione, un conto finale al giudice tutelare, che sarà approvato, sentiti il minore divenuto maggiorenne o emancipato e il protutore, salvo che il giudice ravvisi irregolarità o lacune.

Prima che sia decorso un anno dall'approvazione del conto finale è fatto divieto al tutore, ai sensi dell'art. 388 c.c., di porre in essere convenzioni con il minore, anche se divenuto maggiorenne, pena l'annullabilità delle medesime su domanda di quest'ultimo o dei suoi aventi causa.

L'art. 596 c.c., inoltre, prevede la nullità delle disposizioni testamentarie della persona sottoposta a tutela in favore del tutore, se fatte dopo la nomina di questo e prima che sia approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo, anche se il testatore sia morto dopo l'approvazione. Allo stesso modo è nulla, ai sensi dell'art. 779 c.c., la donazione a favore di chi è stato tutore o protutore del donante, se fatta prima che sia stato approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo.

In tema di amministrazione di sostegno, l'estensione delle norme dettate in materia di tutela, nelle quali l'esigenza di protezione della persona interdetta è forte, stante la gravità e le conseguenze dello stato di infermità mentale dell'interessato, non è generale e automatica: lo stesso art. 411, 2° co., c.c. contiene l'inciso "in quanto compatibile", onde rimarcare la diversità esistente tra i due istituti e la capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno³⁶.

Protutore

Nelle ipotesi di conflitto di interessi tra il minore e il tutore il minore sarà rappresentato dal protutore, nominato nelle stesse forme del tutore da parte del giudice tutelare e a cui si applicano le stesse disposizioni previste per il tutore, come disposto dall'art. 355 c.c.

Il protutore ha anche funzione di supplire alla funzione del tutore che abbia abbandonato l'ufficio o sia deceduto, dovendo promuovere nel contempo la

³⁵ In particolare, secondo l'art. 374 c.c., «il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare: 1) acquistare beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del minore, per l'economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio; 2) riscuotere capitali, consentire alla cancellazione di ipoteche o allo svincolo di pegni, assumere obbligazioni, salvo che queste riguardino le spese necessarie per il mantenimento del minore e per l'ordinaria amministrazione del suo patrimonio; 3) accettare eredità o rinunciare, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni; 4) fare contratti di locazione di immobili oltre il novennio o che in ogni caso si prolunghino oltre un anno dopo il raggiungimento della maggiore età; 5) promuovere giudizi, salvo che si tratti di denunce di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi».

Secondo l'art. 375 c.c., invece, «il tutore non può senza l'autorizzazione del tribunale: 1) alienare beni, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento; 2) costituire pegni o ipoteche; 3) procedere a divisioni o promuovere i relativi giudizi; 4) fare compromessi e transazioni o accettare concordati. L'autorizzazione è data su parere del giudice tutelare».

³⁶ Corte d'Appello Palermo, Sez. II, Sentenza, 21/04/2022, n. 671.

nomina di un nuovo tutore.

Se anche il protutore si trovasse in situazione di conflitto di interessi con il minore, il giudice tutelare procederà alla nomina di un curatore speciale per gli atti o gli affari rispetto ai quali sussista il conflitto, ai sensi dell'art. 360, comma 2, c.c.

Atti personalissimi Tanto i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, quanto il tutore o il protutore, non possono, nell'esercizio della rappresentanza legale del minore compiere gli atti intimamente legati alla persona del minore, c.d. atti personalissimi, per i quali non è ammessa alcuna forma di sostituzione.

Nella categoria rientrano: il testamento, la donazione, il matrimonio, l'unione civile, gli atti che implicano una scelta personale di tipo politico, religioso, o sociale, etc., come, ad esempio, il voto o l'iscrizione ad un'associazione o ad un partito politico.

L'impossibilità di sostituire il minore incapace nel compimento di tali atti ha condotto parte della letteratura³⁷ a ravvisare nelle ipotesi in esame una incapacità giuridica speciale del minore, non essendogli consentito divenire titolare delle situazioni giuridico soggettive che ne derivino. Più corretto appare tuttavia, in ragione delle considerazioni esposte nei paragrafi precedenti, qualificarle come ipotesi di incapacità di porre in essere determinate tipologie di atti o negozi giuridici, con la conseguenza che, essendo il minore l'unico soggetto legittimato a compierle, dovrà attendersi che compia il diciottesimo anno di età³⁸.

8. Le cause di esclusione della capacità di agire.

Come si è avuto modo di osservare, raggiunta la maggiore età, la persona fisica acquista la capacità di agire; possono tuttavia intervenire cause di esclusione parziale o totale di tale capacità, individuate dal codice civile nelle ipotesi di interdizione, legale e giudiziale, inabilitazione, amministrazione di sostegno e incapacità c.d. naturale.

Con riferimento alle ipotesi di esclusione della capacità di agire individuate dal codice civile in via generale, occorre distinguere a seconda dell'intensità con cui il legislatore privi la persona della possibilità di porre in essere validi atti e negozi giuridici, nonché delle cause che importano tale esclusione.

Una prima fondamentale distinzione è incentrata sul carattere legale, giudiziale o meramente di fatto delle cause di esclusione della capacità; nelle ipotesi di interdizione giudiziale, inabilitazione e amministrazione di sostegno l'incapacità deriva infatti da una pronuncia costitutiva dell'Autorità Giudiziaria; l'interdizione legale costituisce per converso un effetto automatico di alcune ipotesi di condanna penale; l'incapacità naturale rappresenta, infine, una mera condizione di fatto in cui venga a trovarsi la persona, che non le consente di formare in maniera corretta e consapevole la propria volontà, inficiando conseguentemente gli atti dalla stessa posti in essere.

Gli istituti in esame si differenziano inoltre per le cause che determinano l'incapacità: mentre l'incapacità naturale può essere determinata da qualsiasi causa che risulti idonea a privare la persona della capacità di intendere e di volere, diversi sono invece i presupposti dell'interdizione, legale e giudiziale, nonché

Carattere legale, giudiziale o meramente di fatto

Cause che determinano l'incapacità

³⁷ In tal senso FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, 28.

³⁸ Si rammenta che il riconoscimento del figlio naturale può essere effettuato anche dal minore che abbia compiuto gli anni sedici, ex art. 250, comma 5, c.c.

dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno.

Perché possa essere disposta una delle suddette misure nei confronti di una persona è infatti necessario che quest'ultima non sia in grado di provvedere ai propri bisogni e di curare i propri interessi, con una differenza di carattere qualitativo e quantitativo tra le singole ipotesi di incapacità, che dipendono dalla gravità della situazione dell'incapace e dall'idoneità degli istituti in questione ad offrirgli adeguata protezione.

L'interdizione legale, a differenza delle altre cause di esclusione della capacità di agire, consegue invece ad una condanna all'ergastolo o alla reclusione per un tempo non inferiore ai cinque anni, quale pena accessoria prevista dall'art. 32 c.p. per il reo.

Diversa è inoltre la funzione degli istituti menzionati, da ravvisare nella protezione dell'incapace, sotto il profilo personale e patrimoniale, per quanto attiene all'incapacità naturale e alle ipotesi di incapacità c.d. giudiziale. **La funzione**

Per converso, l'interdizione legale assolve ad una funzione prettamente sanzionatoria e di deterrenza per la commissione di reati di una certa gravità; la stessa funzione è attribuita dalle disposizioni del codice penale alle ulteriori ipotesi speciali di incapacità di agire, inerenti lo svolgimento di determinate professioni o mestieri, l'esercizio della responsabilità genitoriale o la possibilità di contrattare con la Pubblica Amministrazione.

Gli effetti

Anche gli effetti delle diverse ipotesi di incapacità prese in considerazione divergono, dal momento che all'interdizione legale conseguirà *ipso iure* l'incapacità del condannato per lo stesso periodo durante il quale dovrà scontare la pena principale; l'incapacità c.d. giudiziale produrrà del pari effetti permanenti sullo *status* della persona incapace, finché non intervenga un provvedimento giudiziario di revoca; ne consegue che anche gli atti posti in essere dall'interdetto, dall'inabilitato o dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno in presenza della piena capacità di intendere e di volere, ma prima che l'incapacità sia rimossa con provvedimento di revoca, saranno invalidi e passibili di annullamento. Alle ipotesi di incapacità giudiziale consegue pertanto la nomina di un soggetto che, a seconda dei casi, sostituisca o integri, assistendolo, la volontà dell'incapace. L'amministrazione di sostegno, prevista dall'art. 3 della L. n. 6 del 2004, ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge, attraverso la novellazione degli artt. 414 e 427 del c.c..

Rispetto a tali istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze del soggetto in considerazione, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa: appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la

natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie³⁹.

L'incapacità naturale opera invece in concreto e in via occasionale, con riferimento ai singoli negozi posti in essere da un soggetto formalmente capace, che potrà domandarne l'annullamento solo provando di aver agito in uno stato, anche solo temporaneo, di incapacità di intendere e di volere.

Nei paragrafi successivi saranno prese in esame le singole fattispecie di esclusione della capacità di agire e la relativa disciplina.

9. L'incapacità legale.

Come si è avuto modo di anticipare, l'incapacità legale è prevista come conseguenza automatica di determinati presupposti individuati dalla legge.

La principale ipotesi di incapacità legale è costituita dall'interdizione legale, ex art. 32 c.p., che consegue alla condanna all'ergastolo o alla pena della reclusione superiore ai cinque anni, e priva il reo della capacità di agire per l'intera durata di espiazione della pena.

L'art. 32 c.p. rinvia alle norme in materia di interdizione giudiziale con riferimento alla rappresentanza e all'amministrazione dei beni dell'interdetto.

Interdizione temporanea dagli uffici giuridici delle persone giuridiche e delle imprese e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

Ulteriori ipotesi di incapacità legale speciale sono previste, come pene accessorie, dai successivi artt. 32-bis e 32-ter c.p. che disciplinano, rispettivamente, l'interdizione temporanea dagli uffici giuridici delle persone giuridiche e delle imprese e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

L'art. 32-bis c.p. prevede che dalla condanna alla pena della reclusione per un periodo di almeno sei mesi, per delitti commessi con l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti al proprio ufficio, consegue l'interdizione del reo dall'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, dirigente o direttore generale o comunque da ogni ufficio che comporti un potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

Il successivo art. 32-ter c.p. disciplina invece l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione⁴⁰, quale pena accessoria che consegue al compimento dei reati indicati dall'art. 32-quater c.p.⁴¹, allorché siano commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque nell'ambito di essa. La durata dell'incapacità non può essere inferiore ad un anno né superare i cinque anni.

Ai sensi del successivo art. 32-quinquies c.p., infine, talune condanne importano anche *“l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica”*.

I negozi posti in essere dall'interdetto legale sono anch'essi annullabili, con la differenza che, trattandosi di una misura sanzionatoria e non protettiva, la legittimazione all'azione di annullamento spetta, ai sensi dell'art. 1441, comma 2,

³⁹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 07/03/2022, n. 7420.

⁴⁰ Il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, consegue anche all'accertamento della responsabilità amministrativa da reato degli enti, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 231/2001, purché sia espressamente prevista come sanzione per i reati base.

⁴¹ Si tratta dei *«delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 452-quaterdecies, 501, 501-bis, 640, secondo comma, numero 1, 640-bis e 644 c.p.»*.

c.c., a chiunque vi abbia interesse.

Tuttavia, poiché l'interdizione legale ha la funzione di negare la possibilità di esercitare i soli diritti di natura patrimoniale, cioè quelli relativi alla disponibilità e alla amministrazione dei beni, e non quelli riguardanti la sfera personale, il descritto regime di invalidità degli atti non riguarda quelli personalissimi, quali il matrimonio o il testamento (a prescindere dalla, dibattuta, loro natura negoziale).

10. L'incapacità naturale.

A differenza dell'incapacità legale, che consegue *ipso iure* al verificarsi dei presupposti individuati dalla legge, l'incapacità naturale necessita, per produrre i suoi effetti, dell'accertamento da parte del giudice dello stato di incapacità di intendere e di volere in costanza del quale sia stato posto in essere un atto o un contratto.

Il necessario accertamento giudiziale dello stato di incapacità naturale accomuna, sotto questo specifico aspetto, l'istituto in esame alle ipotesi – sopra esaminate – di interdizione giudiziale, inabilitazione e l'amministrazione di sostegno, differenziandosi però dalle stesse – in maniera radicale – quanto a presupposti ed effetti.

Dall'accertamento dell'incapacità naturale, inoltre, deriva un effetto invalidante relativo ai singoli atti che siano stati compiuti in tale stato di fatto, laddove le ipotesi di incapacità giudiziale menzionate comportano, quale effetto costitutivo del provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria, il venir meno della capacità della persona, in via totale o parziale, sino all'eventuale revoca dello stato di incapacità; si tratta di una situazione di diritto, contrapposta al carattere meramente fattuale della incapacità naturale.

Quanto alla disciplina dettata dall'art. 428 c.c., occorre sottolineare innanzitutto come il presupposto della capacità di intendere e di volere coincida con quello richiesto *ex art. 86 c.p.* per l'imputabilità del reo; la disciplina civilistica si differenzia tuttavia da quella penale dal momento che le cause di esclusione dell'imputabilità non sono tipizzate dal legislatore, che nell'art. 428 c.c. fa invece riferimento a "*qualsiasi causa*".

La giurisprudenza ha tracciato i confini dell'incapacità naturale, riconoscendola in capo a soggetti che si trovino nell'incapacità di intendere e di volere non solo a causa di infermità, fisica o psichica, ma anche come conseguenza di un perturbamento psichico tale per cui "*le facoltà intellettive e volitive risultino diminuite in modo tale da impedire od ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente, facendo quindi venire meno la capacità di piena autodeterminazione del soggetto e la completa consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere*"⁴².

Non sarà pertanto necessario neanche il perdurare dello stato di incapacità o della sua causa, sebbene l'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere nel tempo anteriore e successivo al momento del compimento di un atto, consente di presumere che il soggetto fosse in stato di incapacità naturale in relazione a quest'ultimo⁴³.

Non produce invece alcun effetto l'accertamento di uno stato di incapacità di

⁴² Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1770.

⁴³ In tal senso Cass. civ., 6 agosto 1990, n. 7914 e, più di recente, Cass. civ., Sez. II, 9 agosto 2011, n. 17130.

intendere e di volere conseguenza della volontà del soggetto di porsi in tale stato; tanto in applicazione della disciplina delle cc.dd. *actiones liberae in causa*, ossia azioni che potevano essere controllate dal soggetto in un momento anteriore in cui questi abbia deciso o si sia posto colpevolmente in una situazione di incapacità. Il codice penale, agli artt. 87 e 92, disciplina espressamente tali ipotesi operando una *fictione iuris*, in forza della quale il soggetto si considera capace di intendere e di volere quando l'incapacità sia stata preordinata all'esecuzione di un reato o ad ottenere l'impunità. La stessa soluzione opera nelle ipotesi in cui, pur non essendoci preordinazione dello stato di incapacità al compimento di un atto, il soggetto fosse in grado di evitare la perdita della capacità di intendere e di volere.

Ai sensi del citato art. 428 c.c., gli atti posti in essere da soggetto incapace di intendere e di volere sono annullabili; l'annullabilità prescinde dall'interdizione del soggetto o dai provvedimenti di inabilitazione o di amministrazione di sostegno. L'azione di annullamento può essere proposta dall'autore dell'atto, dai suoi eredi o aventi causa e si prescrive in cinque anni, a decorrere dal momento del compimento dell'atto e non dal recupero delle capacità volitive e intellettive. La *ratio* della norma deve ravvisarsi nell'esigenza di certezza nell'individuare il *dies a quo* della prescrizione, dal momento che l'incapacità da cui deriva l'annullamento è una situazione di fatto che muta nel tempo, a differenza di quanto avviene per le altre ipotesi di incapacità giudiziale, per le quali la prescrizione dell'azione di annullamento decorre, ai sensi dell'art. 1442 c.c., dal momento in cui è cessato lo stato di inabilitazione o interdizione, trattandosi di momenti identificabili attraverso la data di passaggio in giudicato della relativa sentenza di revoca, ai sensi dell'art. 431 c.c.

Del pari l'art. 412 c.c., in relazione all'annullamento degli atti posti in essere in violazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno, all'ultimo comma, prevede espressamente che il termine di prescrizione quinquennale decorra dalla cessazione dello stato di sottoposizione all'amministrazione, da individuare nel momento in cui venga emesso il relativo decreto ai sensi dell'art. 413 c.c.

**Onere
della
prova**

L'onere della prova relativa alla sussistenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere spetta al soggetto che abbia domandato l'annullamento; la giurisprudenza⁴⁴ riconosce tuttavia un'ipotesi di inversione dell'onere probatorio allorché sia stata provata l'incapacità naturale in periodi immediatamente antecedenti e successivi a quello in cui l'atto impugnato sia stato compiuto; del pari, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità⁴⁵, spetterà al convenuto provare la capacità di intendere e di volere della controparte, allorché sia dimostrata la sussistenza di una malattia permanente tale da escludere la capacità e questi sostenga che l'atto di cui si chiede l'annullamento sia stato posto in essere in un momento transitorio di lucidità.

L'incapacità del soggetto al momento del perfezionamento dell'atto potrà essere provata con ogni mezzo, compresa la testimonianza e le presunzioni, non essendo necessario che il giudice disponga una consulenza tecnica.

L'art. 428 c.c. prevede requisiti diversi a seconda che si domandi l'annullamento di

**Negozio
unilaterale**

⁴⁴ Cass. civ., Sez. II, 9 agosto 2011, n. 17130.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5159.

un contratto o di un negozio unilaterale.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi il primo comma dell'articolo richiede che sia derivato all'incapace un grave pregiudizio, tale dovendosi intendere non soltanto la produzione di danni patrimoniali ma anche il verificarsi di danni morali; il pregiudizio in capo all'incapace può essere altresì ravvisato in ipotesi di assunzione di vincoli di durata irragionevole o a condizioni lesive degli interessi dell'incapace. Ai fini dell'annullamento del negozio unilaterale per incapacità naturale, la giurisprudenza richiede che l'accertamento dell'idoneità a recare grave pregiudizio al suo autore vada effettuato con particolare rigore, tenendo in considerazione non soltanto la situazione di incapacità del soggetto, ma anche procedendo ad una valutazione *ex ante*, dove devono essere considerate tutte quelle caratteristiche strutturali del negozio che consentano di rivelarne la potenzialità lesiva⁴⁶.

L'art. 428, comma 2, c.c., disciplinando l'annullabilità dei contratti stipulati da persona incapace di intendere e di volere, richiede invece che risulti la mala fede dell'altro contraente, che può essere desunta anche dal pregiudizio, attuale o potenziale, che derivi all'incapace ovvero dalla qualità del contratto stipulato.

**Annul-
bilità dei
contratti
stipulati da
persona
incapace di
intendere e
di volere**

La mala fede richiesta per l'annullamento del contratto dell'incapace dev'essere intesa come consapevolezza dello stato di incapacità naturale della controparte; non sarà necessario provare anche il pregiudizio, che assume invece valore di indice probatorio dell'altrui mala fede. **Qualora sia proposta domanda di annullamento di un contratto per incapacità naturale, l'indagine relativa alla sussistenza dello stato di incapacità del soggetto che lo ha stipulato ed alla malafede di colui che ha contratto con l'incapace d'intendere e di volere si risolve in un accertamento in fatto demandato al giudice di merito, sottratto al sindacato del giudice di legittimità ove congruamente e logicamente motivato. Tuttavia, ove la domanda di annullamento abbia ad oggetto un contratto di compravendita, il fatto che il giudice di merito non abbia tenuto in alcuna considerazione il divario esistente tra il prezzo di mercato ed il prezzo esposto nel contratto implica il vizio di motivazione della sentenza, in quanto tale elemento, se accertato, costituisce un importante sintomo rivelatore della malafede dell'altro contraente⁴⁷.**

Qualora dovessero essere integrati gli estremi del delitto di circonvenzione di persone incapaci, di cui all'art. 643 c.p., che punisce “*chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso*”, le conseguenze sul contratto stipulato dovranno essere individuate, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità⁴⁸, nella nullità del contratto per violazione di norme imperative.

⁴⁶ Cass., 12 giugno 2020, n. 11272, in *Dejure*.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. VI, Sentenza, 18/12/2012, n. 1770; in senso conforme Cass. civ., Sez. II, Sentenza, 17/06/2021, n. 17381.

⁴⁸ Cass. civ., Sez. II, 27 gennaio 2004 n. 1427, confermata di recente da Cass. civ., Sez. II, 7 febbraio 2008, n. 2860.

L'art. 428 c.c. non prende invece in considerazione gli atti non negoziali, in relazione ai quali deve comunque ritenersi necessaria la capacità naturale perché possano ritenersi validi⁴⁹.

L'assenza della capacità di intendere e di volere comporta di per sé l'annullabilità di una serie di atti, quali il testamento, *ex* art. 591, comma 2, c.c., il matrimonio, ai sensi dell'art. 120 c.c. e la donazione, secondo quanto disposto dall'art. 775 c.c., per i quali non è necessario accertare la mala fede della controparte o il verificarsi di un pregiudizio per l'incapace.

11. L'incapacità giudiziale. Rapporti tra interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno.

L'atteggiamento del legislatore riguardo alle ipotesi in cui la persona si trovi in condizioni di infermità mentale, o in ogni altra situazione, tale per cui non sia in grado di provvedere ai propri bisogni e alla cura dei propri interessi, è mutato nel corso del tempo, passando da un'impostazione custodialistica e di esclusione di chi si trovi in tale stato ad un approccio di tutela e di assistenza della persona bisognosa.

L'originaria disciplina codicistica prevedeva i soli istituti dell'interdizione, da cui derivava una totale privazione della capacità di agire del soggetto infermo di mente, con pesanti effetti stigmatizzanti e conseguenze spesso pregiudizievoli e peggiorative della sua situazione personale e di salute, e dell'inabilitazione, che, invece, interveniva nelle ipotesi di infermità meno gravi e con riferimento esclusivo alla cura degli interessi patrimoniali dei soggetti per i quali poteva essere disposta. La legge prevedeva per i soggetti infermi di mente la custodia, anche coattiva, presso i "manicomi", presumendo la pericolosità degli stessi e con l'intento di neutralizzare tale pericolosità, alienandoli dalla compagine sociale; tale sistema custodialistico venne abolita soltanto con la legge 13 maggio 1978, n. 180.

Principio del necessario consenso
Il principio del necessario consenso del paziente per i trattamenti sanitari è stato così previsto in via generale ai sensi dell'art. 33, comma 1, della legge n. 833/1978, in forza del quale *“gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari”*.

Trattamenti sanitari obbligatori
L'articolo in esame prevede tuttavia che in determinate ipotesi, legislativamente individuate, possano essere disposti dall'Autorità Sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, precisando che questi ultimi dovranno essere condotti *“nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”*, come richiesto dall'art. 32, secondo comma, Cost.

Il successivo art. 34 della citata legge n. 833/1978 estende la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori alle *“persone affette da malattia mentale”*; in tale ipotesi il giudice tutelare, qualora ne ravvisi la necessità, potrà adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo.

La condizione lesiva della dignità personale in cui venivano a trovarsi gli incapaci ha condotto il legislatore a modificare le norme codicistiche in materia, attenuando in parte le conseguenze della pronuncia di interdizione e introducendo l'istituto

⁴⁹ PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, 6.

dell'amministrazione di sostegno.

Tanto è avvenuto con la novella del Titolo XII del codice civile, ad opera della legge 9 gennaio 2004, n. 6, a partire della rubrica del Titolo, modificata in "*misure a protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*", da cui emerge l'abbandono dell'impostazione stigmatizzante della originaria disciplina e l'evoluzione del sistema nel senso di proteggere e assistere i soggetti che ne abbiano bisogno per provvedere ai propri bisogni e curare i propri interessi personali e patrimoniali.

La novella del 2004 ha reso la disciplina delle ipotesi di incapacità giudiziale conforme alle disposizioni internazionali ed europee in materia di protezione dell'incapace.

Rilevano in tal senso le disposizioni della Carta di Nizza, che sancisce il carattere inviolabile della dignità umana e, in particolare, riconosce e rispetta, agli artt. 25 e 26, rispettivamente, il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale e il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. Entrambe le categorie trovano, infatti, a seguito della novella del Titolo XII del Libro I del codice civile, protezione attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Nel senso della promozione della piena partecipazione dei disabili alla vita familiare e della pienezza della vita personale dei medesimi, nonché del divieto di discriminazioni nei confronti di questi ultimi si è espressa anche l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 20 dicembre 1993, nel dettare le regole standard per le pari opportunità dei disabili.

Lo stesso grado di tutela richiesto dalle fonti internazionali citate dev'essere garantito agli infermi, mentali o fisici, e a tutti i soggetti incapaci di provvedere ai propri bisogni e di curare i propri interessi, come richiesto dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e prevede che tutti abbiano pari dignità sociale e che non possano essere discriminati per condizioni personali, nonché, al comma secondo dell'art. 3 Cost., che "*è compito della Repubblica*" garantire il pieno sviluppo della persona umana.

Per colmare le lacune del codice civile, e adeguare l'originaria normativa alle direttive costituzionali e internazionali in materia, la citata legge n. 6/2004 ha inserito l'istituto dell'amministrazione di sostegno in apertura del Titolo XII, nel nuovo Capo I, sostituendo il contenuto degli abrogati articoli 404 e ss. c.c., che in origine disciplinavano l'affiliazione.

In tale occasione il legislatore è intervenuto anche sulle disposizioni che disciplinano i presupposti dell'interdizione e il regime degli atti compiuti dall'interdetto e dall'inabilitato, con l'intento, da un lato, di integrare il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno con il pregresso sistema, dall'altro, di eliminare il carattere di rigidità e assolutezza che contrassegnava l'incapacità dell'interdetto e, in misura minore, dell'inabilitato.

Prendendo le mosse dall'analisi degli interventi attuativi di quest'ultima direttiva, deve darsi atto dell'inserimento del nuovo art. 427, comma 1, c.c., che disciplina, come si avrà modo di evidenziare nel paragrafo successivo, gli atti compiuti dall'interdetto e dall'inabilitato; rispetto al precedente regime di annullabilità di ogni atto che l'interdetto avesse posto in essere o che l'inabilitato avesse compiuto senza le prescritte formalità, l'attuale comma primo prevede che il giudice possa, nella sentenza che dispone l'interdizione o l'inabilitazione o in un successivo momento, consentire all'interdetto di porre in essere determinati atti, autonomamente o con l'assistenza del tutore, così come all'inabilitato può essere

consentito di compiere taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore.

La novella del 2004 ha attenuato in questo modo gli effetti dell'incapacità giudiziale, avvicinando *in parte qua* la disciplina degli originari istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione all'amministrazione di sostegno; per converso ha previsto, all'art. 411 c.c., che il giudice tutelare possa disporre “*che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni*”.

Ne deriva una reciproca commistione degli istituti, vecchi e nuovi, del Titolo XII che, per un verso, consente di rendere la relativa disciplina più idonea alle finalità di protezione e assistenza dell'incapace e, per un altro, crea forme di incertezza circa l'ambito di operatività degli istituti in questione.

Tali incertezze aumentano con riferimento ai presupposti di applicazione delle ipotesi di incapacità giudiziale, specie a seguito dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno e della novella dell'art. 414 c.c., con riferimento alle ipotesi di interdizione.

Come anticipato, la legge n. 6/2004 ha modificato il citato articolo, facendo venirci meno il carattere automatico e necessario dell'interdizione delle persone affette da infermità mentale abituale, che le renda incapaci di provvedere ai propri interessi, attraverso l'introduzione dell'ultimo inciso dell'articolo, ai sensi del quale l'interdizione è disposta “*quando ciò è necessario*” per assicurare a tali soggetti “*adeguata protezione*”.

La necessità dell'interdizione e l'adeguatezza delle misure protettive che ne derivano dev'essere oggi valutata dal giudice non solo in relazione all'alternativa dell'inabilitazione, che può essere disposta quando l'infermità mentale “*non è talmente grave da far luogo all'interdizione*”, ma anche rispetto alla possibilità di ricorrere al nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno.

L'art. 404 c.c., nell'individuare i casi in cui l'amministrazione può essere disposta, fa infatti riferimento alle persone che, “*per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica*”, si trovino “*nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi*”.

Ne deriva che, con riferimento alle ipotesi di infermità mentale, allorché l'infermo si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, potranno astrattamente trovare applicazione entrambe le misure dell'interdizione e dell'amministrazione di sostegno, a seconda che il giudice ravvisi o meno la necessità della prima e l'adeguatezza della relativa tutela.

La medesima alternativa si pone riguardo alle ipotesi di cecità e sordismo che consentono, *ex art.* 415 c.c., di disporre l'inabilitazione o, se comportano la totale incapacità di provvedere ai propri interessi, anche l'interdizione, integrando nel contempo i presupposti di “*menomazione fisica*” per la nomina di un amministratore di sostegno.

La Cassazione⁵⁰ ha chiarito che il criterio distintivo tra gli istituti dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno è di tipo qualitativo, escludendo l'utilizzabilità

⁵⁰ Cass., 12 giugno 2006, n. 13584.

da parte del giudice di un criterio di carattere quantitativo, insito nel grado di infermità mentale, specificando che la scelta della misura protettiva da adottare deve essere effettuata sulla base di un criterio funzionale⁵¹.

In materia di amministrazione di sostegno, le caratteristiche dell'istituto impongono, in linea con le indicazioni provenienti dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che l'accertamento della ricorrenza dei presupposti di legge sia compiuto in maniera specifica e focalizzata rispetto alle condizioni di menomazione del beneficiario ed anche rispetto all'incidenza di tali condizioni sulla capacità del medesimo di provvedere ai propri interessi, perimetrando i poteri gestori dell'amministratore in termini direttamente proporzionati ad entrambi i menzionati elementi, in modo tale che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona. In tale quadro, le dichiarazioni del beneficiario e la sua eventuale opposizione, soprattutto laddove la disabilità si palesi solo di tipo fisico, devono essere opportunamente considerate, così come il ricorso a possibili strumenti alternativi dallo stesso proposti, ove prospettati con sufficiente specificità e concretezza⁵².

Qualora l'amministrazione di sostegno non risulti idonea a tutelare adeguatamente la persona, potranno essere disposte, in applicazione questa volta di un criterio quantitativo, le misure dell'inabilitazione o dell'interdizione.

L'orientamento in esame ha trovato conferma nella più recente giurisprudenza di legittimità⁵³, che ha precisato che la scelta tra l'interdizione e l'amministrazione di sostegno è influenzata dal tipo di attività da compiersi in nome del beneficiario della protezione. In particolare, l'amministrazione di sostegno, essendo caratterizzata da una maggiore semplicità delle procedure e dalla minore gravità delle relative conseguenze sul piano etico-sociale, apparirà preferibile ogni qualvolta per la scarsa consistenza del patrimonio disponibile, per la semplicità delle operazioni da compiere ovvero per l'attitudine del soggetto protetto a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno, non siano messi in pericolo gli interessi del beneficiario della misura di sostegno. Al contrario, si dovrà optare per l'interdizione ove si tratti di gestire un'attività di una certa complessità ovvero nei casi in cui occorra impedire al soggetto di compiere atti per sé pregiudizievoli, anche in considerazione della vita di relazione dallo stesso intrattenuta.

Così individuate le coordinate normative e giurisprudenziali necessarie per l'*actio finium regundorum* delle ipotesi di incapacità giudiziale previste dal codice civile, è possibile procedere con l'analisi della disciplina di ciascun istituto e dei problemi interpretativi che in relazione agli stessi possono sorgere.

11.1. L'interdizione giudiziale.

L'interdizione giudiziale consegue ad una sentenza costitutiva del Tribunale, emessa su istanza del coniuge, della persona stabilmente convivente, dei parenti

⁵¹ Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332.

⁵² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 31/03/2022, n. 10483; conferma la giurisprudenza di: Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 15/05/2019, n. 12998 (rv. 653917-01) - Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 31/12/2020, n. 29981.

⁵³ Cass., 11 settembre 2015, n. 17962.

entro il quarto grado, degli affini entro il secondo grado⁵⁴, del tutore o curatore ovvero del pubblico ministero.

Ai sensi dell'art. 1, comma 15, della l. 20 maggio 2016, n. 76, l'interdizione può essere promossa anche dalla parte dell'unione civile, la quale può presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa.

Qualora invece l'interdicendo si trovi sotto la responsabilità genitoriale o abbia per curatore uno dei genitori, la legittimazione a proporre l'istanza di interdizione spetta esclusivamente al genitore e al pubblico ministero.

L'interdizione può anche conseguire all'istanza del pubblico ministero, allorché rilevi la sussistenza dei presupposti per l'interdizione in un procedimento per l'inabilitazione o l'amministrazione di sostegno.

Perché possa disporsi l'interdizione è necessario che l'interessato, maggiorenne o minore emancipato, si trovi in condizioni di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi.

Qualora il soggetto sia ancora minorenne non sarà possibile procedere all'interdizione, dal momento che verrebbe a trovarsi nella medesima condizione di incapacità di agire dovuta alla sua minore età; l'art. 416 c.c. consente tuttavia di disporre l'interdizione del minore, allorché questi abbia già compiuto i diciassette anni di età, con effetti sospesi e differiti al momento in cui l'interessato raggiunga la maggiore età; in tal modo si tutela il minore in via anticipata rispetto al momento in cui, *ex art. 2 c.c.*, avrebbe acquistato la capacità di agire e sarebbe cessata la responsabilità genitoriale o l'eventuale tutela.

Le condizioni previste dall'art. 414 c.c. per l'interdizione sono individuate nell'infermità di mente abituale, ossia in una condizione psichica tale da rendere incapace il soggetto di provvedere ai propri interessi; il carattere abituale dell'infermità e lo specifico riferimento alla infermità mentale consentono di distinguere l'interdizione sia dalla incapacità naturale, che non richiede l'abitualità e non è necessario derivi da infermità mentale, sia dall'inabilitazione, che richiede presupposti diversi e uno stato di infermità mentale che non implichi la necessità dell'interdizione per tutelare l'incapace.

A seguito delle modifiche apportate al Titolo XII dalla citata legge n. 6/2004, ulteriore condizione perché possa essere disposta l'interdizione è la sua necessità rispetto alle ipotesi di incapacità più attenuate dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno: dispone infatti l'art. 415 c.c. che si fa luogo all'inabilitazione dell'infermo di mente quando l'infermità non sia "*talmente grave da far luogo all'interdizione*" e, nel contempo, l'art. 414 c.c. richiede che l'interdizione sia "*necessaria*" ad assicurare una "*adeguata*" protezione all'infermo, esplicitando il carattere di *extrema ratio* dell'istituto.

Con riferimento al requisito dell'infermità mentale la letteratura⁵⁵ e la giurisprudenza ritengono pacificamente che non sia necessario che le alterazioni

Infermità
mentale

⁵⁴ I parenti e gli affini, i quali devono essere indicati nel ricorso introduttivo e devono partecipare al processo, non assumono la veste di parti in senso tecnico-giuridico, né sono litisconsorti, ma svolgono funzioni consultive, essendo fonti di informazioni per il giudice. Cfr. Cass., sez. un., 19 febbraio 2020, n. 4250, in *Dejure*.

⁵⁵ PESCARA, *I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in *Tratt. RESCIGNO*, 3, Torino, 1982.

psichiche si manifestino in forme patologiche clinicamente definite in un quadro gnoseologico, ma è sufficiente che sussista un serio disturbo psichico, che può riguardare tanto le facoltà intellettive, quanto le facoltà volitive dell'interdicendo. L'art. 415, comma 3, c.c. consente di prescindere dal requisito dell'infermità mentale nelle ipotesi di sordomutismo o cecità dalla nascita o dalla prima infanzia che rendano del tutto incapace il soggetto di provvedere ai propri interessi.

La condizione di infermità deve essere attuale con riferimento al momento in cui il Tribunale è chiamato a pronunciarsi.

■ Abitualità

L'infermità deve altresì presentare carattere di abitualità, il che vale ad escludere dall'ambito di operatività dell'istituto le ipotesi di infermità mentale occasionale, che si manifestino in maniera periodica o improvvisa.

Non escludono invece l'abitualità eventuali intervalli di lucidità, quando la normale condizione dell'interdicendo sia quella di infermità mentale tale da impedirgli la cura dei propri interessi.

Le prospettive di guarigione e di miglioramento devono ritenersi idonee ad escludere l'interdizione, consigliando misure meno incidenti sulla capacità del soggetto e che meglio si concilino con il percorso di rinsavimento.

La sussistenza di una infermità mentale di carattere abituale non è di per sé sufficiente a consentire l'interdizione dell'infermo, essendo necessario accertare che ne derivi l'incapacità da parte di quest'ultimo di provvedere alla cura dei propri interessi.

Questi ultimi devono intendersi non esclusivamente in senso patrimoniale, ma comprensivi dei bisogni personali dell'interdicendo quali, ad esempio, l'adempimento dei doveri familiari o sociali.

La necessità della misura dell'interdizione dovrà tuttavia essere valutata tenendo in considerazione anche l'entità del patrimonio di cui sia titolare l'interdicendo, insieme alla personalità del soggetto e alla sua condizione sociale e familiare. Allorché da tale valutazione emerga la sufficienza di una misura meno incidente sulla capacità dell'interessato, il giudice dovrà adottare quest'ultima.

L'accertamento dei requisiti descritti non può prescindere dall'audizione dell'interdicendo, nella quale il giudice può farsi assistere da un consulente tecnico. Qualora dall'istruttoria dovesse emergere l'opportunità di assistere l'interdicendo durante il procedimento, il Tribunale può nominare un tutore provvisorio; gli effetti dell'interdizione conseguiranno tuttavia solo alla pubblicazione della sentenza che, ai sensi dell'art. 423 c.c., dovrà essere immediatamente annotata, a cura del cancelliere, nell'apposito registro e comunicata entro dieci giorni all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita.

L'art. 424 c.c. dispone, con riferimento alla tutela dell'interdetto, che trovino applicazione le disposizioni relative alla tutela del minore. L'interdetto verserà pertanto in una situazione di incapacità di agire assoluta, non potendo compiere personalmente nessun atto negoziale, neanche di ordinaria amministrazione, fatta eccezione per quelli necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana.

L'art. 427, comma 1, c.c., come novellato dalla legge n. 6/2004, prevede tuttavia che nella sentenza che pronuncia l'interdizione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, possa stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione siano compiuti dall'interdetto senza l'intervento del tutore ovvero con la sua

assistenza, attenuando così gli effetti dell'interdizione.

La disciplina dell'interdizione differisce da quella della tutela del minore anche con riferimento alla scelta del tutore, che avverrà non in applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 348 c.c., ma accordando preferenza alla persona che risulti più idonea all'incarico, individuata tra i soggetti che l'art. 408 c.c. menziona con riferimento all'amministrazione di sostegno: il Tribunale dovrà pertanto nominare tutore, *“ove possibile, il coniuge, la persona stabilmente convivente, il figlio, il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata”*.

L'art. 1, comma 48, della l. 20 maggio 2016, n. 76, inoltre, prevede che il convivente di fatto possa essere nominato tutore dell'altro convivente dichiarato interdetto.

L'ufficio di tutore dell'interdetto è obbligatorio ma, ad esclusione del coniuge, del convivente, degli ascendenti e dei discendenti, il tutore non sarà tenuto a ricoprirlo per oltre dieci anni.

Il codice dispone l'annullabilità degli atti posti in essere dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione o la nomina del tutore provvisorio, su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa. Con riferimento al periodo antecedente alla sentenza di interdizione, troveranno invece applicazione le norme dettate per l'incapace naturale.

Anche in questo caso, ai sensi dell'art. 1442 c.c., la prescrizione quinquennale decorrerà solo dal momento in cui sia cessato lo stato di interdizione.

Quando sia venuto meno lo stato di infermità mentale abituale, il coniuge, i parenti entro il quarto grado o gli affini entro il secondo grado, nonché il tutore o il pubblico ministero possono proporre istanza di revoca dell'interdizione.

La sentenza di revoca sarà soggetta alle medesime forme di pubblicità della sentenza che dispone l'interdizione e produrrà effetti solo dal momento in cui divenga definitiva. Tuttavia, gli atti posti in essere dopo la sentenza non potranno essere impugnati prima che intervenga una decisione definitiva di segno contrario. Nel pronunciarsi sulla revoca il Tribunale potrà dichiarare inabilitato l'infermo qualora non ritenga che questi abbia riacquisito la piena capacità. L'inabilitazione produrrà i propri effetti solo quando la relativa sentenza sia passata in giudicato.

11.2. L'inabilitazione.

Ai sensi dell'art. 415 c.c., possono essere inabilitati: il maggiore di età infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione; coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici; nonché il sordo⁵⁶ e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, purché non risulti necessaria l'interdizione dei medesimi.

L'art. 418 c.c. prevede che l'inabilitazione possa essere disposta d'ufficio durante il procedimento per l'interdizione dell'infermo; come evidenziato nel paragrafo precedente, l'infermo può inoltre essere inabilitato, ai sensi dell'art. 432 c.c., con la sentenza di revoca dell'interdizione, quando il giudice riscontri che non abbia recuperato la piena capacità di curare i propri interessi.

⁵⁶ A norma della l. 20 febbraio 2006, n. 95, in tutte le disposizioni legislative vigenti, il termine *“sordomuto”* è stato infatti sostituito con l'espressione *“sordo”*.

Ai sensi dell'art. 1, comma 15, della l. 20 maggio 2016, n. 76, inoltre, l'inabilitazione può essere promossa anche dalla parte dell'unione civile, la quale può altresì presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa.

Il comma 48 del medesimo articolo prevede, infine, che il convivente di fatto possa essere nominato curatore dell'altro convivente dichiarato inabilitato.

L'inabilitazione, a differenza dell'interdizione, non importa l'incapacità assoluta dell'inabilitato, ma solo l'impossibilità per quest'ultimo di porre in essere atti di straordinaria amministrazione senza il consenso del curatore e l'autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale.

Il curatore svolge una funzione di assistenza dell'inabilitato e non si sostituisce a lui nel compimento degli atti che possono produrre effetti più incidenti sul patrimonio, per i quali la sua presenza è necessaria, ma ne integra la volontà prestando il proprio consenso.

La minore incisività sulla capacità di agire dell'inabilitato accomuna l'inabilitazione all'amministrazione di sostegno, con la differenza che quest'ultima, come si avrà modo di osservare nel paragrafo successivo, non è limitata, sia sotto il profilo soggettivo, che sotto quello oggettivo, alle ipotesi previste dall'art. 415 c.c. e agli atti di natura strettamente patrimoniale.

Ai sensi dell'art. 425 c.c. l'inabilitato può inoltre continuare l'esercizio dell'impresa commerciale, se autorizzato dal Tribunale, su parere del giudice tutelare; tale autorizzazione può tuttavia essere subordinata alla nomina di un institore.

La disciplina applicabile agli atti dell'inabilitato è individuata dall'art. 424, comma primo c.c., in quella della curatela del minore emancipato.

Le disposizioni in materia di interdizione trovano invece applicazione anche per l'inabilitazione, con riferimento alla istanza al Tribunale *ex* art. 417 c.c., alla possibilità di nomina del curatore quando l'inabilitando sia ancora minorenni, ai sensi dell'art. 416 c.c., alla necessità di procedere all'esame dell'inabilitando, ai mezzi istruttori e alla possibilità di nomina di un curatore provvisorio, secondo il disposto dell'art. 419 c.c.; anche per l'inabilitazione gli effetti della sentenza decorrono dalla sua pubblicazione, e la pubblicità dev'essere data ai sensi dell'art. 423 c.c.

Il codice prevede la medesima disciplina in relazione alla invalidità degli atti posti in essere dall'inabilitato senza l'osservanza delle prescritte formalità, sancendo l'annullabilità dei medesimi su istanza del curatore, dell'inabilitato e dei suoi eredi e aventi causa.

Anche per l'inabilitazione è inoltre prevista la possibilità, *ex* art. 427, comma 1, c.c., che nella sentenza che pronuncia l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, sia stabilito che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.

Allo stesso modo la revoca dello stato di inabilitazione segue la stessa disciplina dettata per l'interdizione dagli artt. 429 e ss. c.c.

12. L'amministrazione di sostegno.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, come si è avuto modo di evidenziare, è stato inserito nel Titolo XII del Libro I del codice civile dalle norme della legge

9 gennaio 2004, n. 6.

L'art. 1 della predetta legge esplicita le finalità con cui ha operato il legislatore nel ridisegnare il sistema delle tutele adottabili a protezione dell'incapace, ossia di *“tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”*.

Il nuovo indirizzo, di carattere assistenziale e di sostegno dell'incapace, a fronte del precedente sistema custodialistico e alienante di cui si è detto nei paragrafi che precedono, emerge dalle disposizioni del Capo I del Titolo XII del Libro I del c.c., rubricato *“dell'amministrazione di sostegno”*.

L'art. 404 c.c., nell'individuare le ipotesi in cui il giudice tutelare può affiancare al beneficiario un amministratore di sostegno, fa infatti riferimento ai casi in cui una persona *“per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi”*.

L'ambito di operatività dell'istituto è palesemente più ampio rispetto alle altre misure di incapacità giudiziale; risalta, in tal senso, l'utilizzo del termine infermità senza specificazione alcuna del carattere mentale o fisico della stessa, che consente di operare oltre le ipotesi di infermità mentale richiesta per interdizione e inabilitazione. Nel contempo, non è richiesta l'abitudine delle cause della situazione di bisogno della persona, ben potendo trattarsi di una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Rilevano, ai fini della possibilità di disporre l'amministrazione di sostegno, anche le menomazioni fisiche e psichiche che tuttavia non integrino una vera e propria ipotesi di infermità⁵⁷, in modo da apprestare una tutela completa anche in situazioni per le quali in precedenza non era possibile intervenire; così, a titolo esemplificativo, potranno beneficiare dell'amministrazione di sostegno anche il disabile, il malato terminale, il non vedente, il malato di *Alzheimer*⁵⁸, etc.

Si tratta di un istituto che si caratterizza per la sua grande flessibilità, consentendo al giudice, attraverso una valutazione da condurre caso per caso, di apprestare la tutela ritenuta più idonea in considerazione della specifica infermità o menomazione dell'amministrato e sul grado di incidenza che questa esercita sulla sua capacità di provvedere in via autonoma al soddisfacimento dei propri interessi⁵⁹.

⁵⁷ Ciò che è assolutamente necessario è che il soggetto beneficiario dell'amministrazione si trovi in una condizione di menomata capacità che gli precluda di provvedere in via autonoma ai propri interessi, non potendosi applicare tale istituto a soggetti che, pur in presenza di menomazioni fisiche, abbiano la piena capacità di autodeterminarsi. Così, da ultimo, Cass., 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Dejure*.

⁵⁸ Tra le ultime pronunce in tal senso si veda: Trib. Trani, 17 luglio 2007; Trib. Bari, decreto 7 giugno 2007; Trib. Udine, 8 maggio 2007.

⁵⁹ A testimonianza della grande flessibilità dell'istituto, che oscilla tra tutela e curatela, si veda da ultimo Cass., 4 marzo 2020, n. 6079, in *Dejure*, la quale configura l'amministrazione di sostegno come c.d. sostitutiva o mista, con caratteristiche assimilabili alla tutela, quando l'amministrato, pur non essendo tecnicamente e assolutamente incapace di compiere atti giuridici, non risulta essere comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento, appunto sostitutivo ovvero di ausilio attivo, dell'amministratore; definisce l'amministrazione come puramente di assistenza, con caratteristiche assimilabili all'inabilitazione, quando il beneficiario dell'amministrazione necessita di essere coadiuvato, nel compimento di attività giuridica, dall'amministratore. In quest'ultimo caso l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere per testamento e donazione, poiché il beneficiario è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a

Circa l'estensione della sfera operativa dell'istituto alle ipotesi di infermità o menomazione meramente fisica, si è registrato in dottrina un contrasto tra l'orientamento propenso a riconoscere anche ai soggetti colpiti da menomazioni di carattere esclusivamente fisico la possibilità di essere assistiti da un amministratore di sostegno quando ciò risulti necessario in ragione dell'incapacità dei primi di provvedere ai propri interessi⁶⁰ e la parte della letteratura che ritiene invece necessario che alla menomazione o all'infermità fisica si accompagnino effetti pregiudizievoli sulla sfera mentale della persona, tali per cui questa si trovi nell'incapacità di ponderare le proprie scelte e gestire in maniera consapevole ed oculata i propri interessi⁶¹.

Quest'ultimo orientamento dottrinale evidenzia infatti come le ipotesi di mera infermità o menomazione fisica, che lascino integra la capacità di intendere e di volere del soggetto, consentano di ricorrere agli strumenti generali della rappresentanza volontaria, attraverso il conferimento di una procura generale o per i singoli atti da compiere. Tale orientamento è stato ribadito recentemente anche da una parte della giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto inadeguata la nomina di un amministratore per l'ipotesi di un soggetto molto anziano ma privo di alcun deficit delle capacità cognitive, in quanto, in presenza di un soggetto pienamente capace, la risoluzione di alcune problematiche della vita quotidiana può essere realizzata attraverso l'istituto del mandato, non rinvenendosi la necessità di privare il soggetto, seppur in maniera minima, della capacità di agire⁶².

Si obietta a tale rilievo che l'istituto dell'amministrazione di sostegno consentirebbe, per un verso, di attribuire all'amministratore una capacità permanente di provvedere agli interessi del beneficiario, specificando le tipologie di atti per i quali il primo si sostituirà al secondo e quelli per cui invece la capacità sarà concorrente e, nel contempo, presenterebbe il vantaggio della sindacabilità da parte del giudice tutelare della correttezza dell'operato dell'amministratore, in aggiunta alle tutele ed agli obblighi che la legge prevede in materia.

Inoltre, su un piano empirico, ben possono configurarsi situazioni in cui una menomazione fisica o un'infermità di tale specie incidano pesantemente sulla possibilità di un soggetto di curare in maniera adeguata il proprio patrimonio e i propri interessi personali, anche con gli strumenti della rappresentanza volontaria.

Quest'ultima risulterebbe inoltre insufficiente allorché si tratti di intervenire in materia di salute e interessi personali del rappresentato, rispetto ai quali il giudice tutelare, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, può attribuire importanti competenze all'amministratore di sostegno.

L'amministrazione di sostegno è disposta con decreto motivato del giudice tutelare del luogo in cui il beneficiario abbia la residenza o il domicilio, anche su ricorso dello stesso beneficiario, quand'anche incapace perché minore, interdetto o inabilitato.

L'istanza può essere inoltre avanzata dagli stessi soggetti legittimati a presentare istanza di interdizione ai sensi dell'art. 417 c.c., richiamato espressamente dall'art. 406 c.c., individuati nelle persone del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo grado, del tutore o curatore ovvero del pubblico ministero.

L'art. 406, ultimo comma, c.c. prevede inoltre l'obbligo per i servizi sanitari e sociali che risultino direttamente impegnati nella cura o assistenza del potenziale

prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti, amministratore e beneficiario, sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza.

⁶⁰ BONILINI, Sub art. 404 c.c., in Bonilini-Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Comm. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano, 2008, 66 ss.

⁶¹ DELLE MONACHE, Sub art. 404 c.c., in *Comm. Cian e Trabucchi*, 9ª ed. a cura di Cian, Padova, 2009, 494 ss.

⁶² Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015.

beneficiario di proporre al giudice tutelare il ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno quando siano venuti a conoscenza di fatti tali da renderla quantomeno opportuna. In ogni caso dovranno darne notizia al pubblico ministero.

È possibile procedere alla nomina dell'amministrazione di sostegno a favore di un minore prima che acquisti la capacità di agire con la maggiore età, purché abbia già compiuto i diciassette anni; del pari è consentito domandare la nomina di un amministratore di sostegno per l'interdetto o l'inabilitato in concomitanza con la richiesta di revoca dello stato di interdizione o di inabilitazione, con la precisazione che il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno diverrà efficace solo nel momento in cui sia stata pubblicata la sentenza di revoca.

Del pari la nomina dell'amministratore di sostegno a favore del minore produrrà i propri effetti solo quando quest'ultimo abbia raggiunto la maggiore età.

Il decreto di nomina deve essere emesso entro sessanta giorni dal giudice tutelare, che tuttavia può nominare un amministratore di sostegno provvisorio allorché ne sussista la necessità; potrà inoltre adottare personalmente gli atti ed i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e la conservazione e amministrazione del suo patrimonio.

Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno è soggetto a pubblicità mediante l'annotazione del medesimo, al pari di ogni provvedimento del giudice assunto nel corso dell'amministrazione e del decreto di chiusura, in apposito registro. È inoltre previsto che il decreto di apertura e quello di chiusura dell'amministrazione di sostegno siano comunicati entro dieci giorni dalla loro pubblicazione all'ufficiale dello stato civile affinché li annoti in margine all'atto di nascita del beneficiario.

I decreti del giudice tutelare in materia di amministrazione di sostegno sono inoltre reclamabili *ex art. 720-bis*, secondo comma, c.p.c. esclusivamente innanzi alla Corte d'Appello, a prescindere dalla natura decisoria o gestoria del loro contenuto⁶³.

Durata La durata dell'amministrazione di sostegno, alla luce del dettato dell'art. 404 c.c., che prende in considerazione anche ipotesi di impossibilità temporanea del beneficiario di provvedere ai propri interessi, può essere preventivamente determinata nel decreto di apertura da parte del giudice tutelare. Resta salvo il potere in capo a quest'ultimo di prorogarla con decreto motivato, prima che giunga a scadenza; in ogni caso le annotazioni sull'atto di nascita e nel registro devono essere cancellate alla scadenza di tale periodo.

Anche quando sia previsto un termine, all'amministrazione di sostegno è riconosciuta agli stessi soggetti legittimati a domandarne l'apertura, compreso il beneficiario e l'amministratore di sostegno, la possibilità di chiedere al giudice tutelare di disporre anticipatamente la cessazione.

Quest'ultimo in ogni caso, con decreto motivato, può disporre d'ufficio la cessazione, quando ritenga che l'amministrazione di sostegno si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario.

Tale ultima ipotesi potrà condurre a due evenienze alternative: nella prima il giudice riterrà che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia tornato in

⁶³ Cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21985, in *Dejure*.

grado di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi, revocando così del tutto il suo stato di incapacità; nella seconda, invece, il giudice, qualora ritenga che l'amministrazione di sostegno non risulti più sufficiente ad apprestare una tutela adeguata al beneficiario, potrà disporre che nei suoi confronti sia promosso un giudizio di interdizione o di inabilitazione, informandone il Pubblico Ministro affinché vi provveda.

La tutela del beneficiario e della sua autonomia e dignità ha inizio fin dal momento del procedimento volto all'apertura dell'amministrazione di sostegno, essendo prevista dall'art. 407 c.c. la necessità di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce, anche quando ciò richieda di recarsi sul luogo in cui si trovi per impossibilità della stessa di raggiungere il giudice.

L'art. 407, comma 3, c.c. prevede anche l'audizione dei soggetti legittimati al ricorso, nonché l'assunzione di tutte le informazioni necessarie, anche attraverso accertamenti medici e l'assunzione di mezzi istruttori utili, disposti anche d'ufficio. Nel decidere in ordine all'opportunità dell'apertura dell'amministrazione il giudice tutelare dovrà inoltre tener conto, ai sensi dell'art. 407, comma 2, c.c., delle richieste del potenziale beneficiario e dei suoi bisogni, purché compatibili con le esigenze di protezione della sua persona e dei suoi interessi.

L'articolo in esame, relativamente a quest'ultima disposizione, è stato tacciato di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non subordina al consenso dell'interessato l'attivazione della procedura di apertura dell'amministrazione di sostegno e il compimento dei singoli atti posti in essere nel corso della misura, o comunque non prevede "*efficacia paralizzante*" al dissenso del beneficiario.

La Corte Costituzionale ha tuttavia rigettato la questione⁶⁴, asserendo che l'art. 407 c.c., nel disciplinare il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, dal momento che prevede che il giudice tutelare debba sentire personalmente il potenziale beneficiario, tenendo conto delle sue richieste e dei suoi bisogni, compatibilmente con le esigenze di protezione ravvisate, consente al giudice di non procedere all'apertura dell'amministrazione in presenza del suddetto dissenso qualora lo ritenga giustificato e prevalente rispetto alle esigenze di protezione riscontrate.

Non sussiste pertanto alcuna violazione dei parametri costituzionali citati, risultando adeguatamente tutelata la dignità del beneficiario e la sua libertà giuridica.

Le medesime disposizioni, oggetto di questione di legittimità costituzionale, sono state poste a fondamento di un orientamento in letteratura che ha individuato nella concreta possibilità di audizione del beneficiario, e nella correlata capacità di pensiero e di espressione di quest'ultimo, il *discrimen* tra la misura in esame e l'interdizione, sostenendo che solo quando sia possibile accedere alla volontà cosciente del potenziale beneficiario, interloquendo con quest'ultimo in merito alle misure da adottare, sarà possibile disporre l'amministrazione di sostegno; in caso contrario dovrà procedersi alla di lui interdizione.

Del pari si è fatto riferimento, a sostegno della tesi in esame, alle disposizioni del successivo art. 410 c.c., che postula l'evenienza di un dissenso del beneficiario, imponendo in tal caso all'amministratore di adire il giudice tutelare perché adotti i provvedimenti ritenuti opportuni⁶⁵. Deve tuttavia ritenersi che la capacità di interloquire con il giudice tutelare e, in generale di elaborare ed esprimere la propria volontà da parte del beneficiario non è requisito necessario perché sia disposta l'amministrazione di sostegno, in luogo dell'interdizione, nei suoi confronti, dipendendo tale ultima scelta dall'adeguatezza delle misure da adottare rispetto alle esigenze di protezione e non la possibilità di audizione del destinatario, come affermato dalle già esaminate

⁶⁴ C. Cost., 19 gennaio 2007, n. 4.

⁶⁵ PARADISO, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Familia)*, in *Familia*, 2005, 440 ss.

pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione⁶⁶.

Con riferimento all'ufficio di amministratore di sostegno, il codice civile detta due specifiche disposizioni nel Capo I del Titolo XII, rinviando, attraverso l'espresso richiamo contenuto nell'art. 411 c.c., alle norme dettate dagli artt. da 349 a 353 e 379 c.c. per il tutore del minore.

Le disposizioni dettate dagli artt. 408 e 410 c.c., nel citato Capo I, prendono in considerazione i soggetti tra cui il giudice tutelare può individuare l'amministratore di sostegno e i doveri di quest'ultimo; ai sensi dell'art. 408 c.c. la scelta dell'amministratore di sostegno deve essere effettuata con esclusivo riguardo agli interessi e alla cura del beneficiario, accordando a quest'ultimo la possibilità di individuare il proprio amministratore con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

In mancanza di tale designazione, o quando non sia possibile attenersi alla stessa per gravi motivi, il giudice potrà nominare, con decreto motivato, una persona diversa, accordando preferenza al coniuge non separato legalmente, a persona convivente in maniera stabile con il beneficiario ovvero al padre, alla madre, ai figli o ai fratelli, nonché ai parenti entro il quarto grado. Ai sensi dell'art. 1, comma 15, della l. 20 maggio 2016, n. 76, inoltre, nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Il comma 48 del medesimo art. 1, infine, prevede che il convivente di fatto possa essere nominato amministratore di sostegno dell'altro, qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 404 c.c.

Potranno essere nominate altresì le persone designate dai genitori del beneficiario ancora in vita, nel proprio testamento o con le stesse forme della designazione da parte del beneficiario.

La scelta potrà anche cadere su persone giuridiche e associazioni, che a loro volta individueranno la persona fisica che in concreto svolgerà l'ufficio di amministratore di sostegno nel proprio legale rappresentante o in un suo delegato. Quanto invece ai doveri dell'amministratore di sostegno, l'art. 410 c.c. impone che questi tenga costantemente conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario nel corso dello svolgimento dell'ufficio, informandolo tempestivamente riguardo agli atti da compiere.

L'ufficio è obbligatorio per almeno dieci anni. Se sia stato tuttavia nominato amministratore il coniuge, la persona stabilmente convivente e i discendenti e gli ascendenti del beneficiario, saranno tenuti allo svolgimento dell'ufficio senza alcun limite temporale.

Il combinato disposto degli artt. 411 e 379 c.c. sancisce la gratuità dell'ufficio, facendo salva la possibilità per il giudice di riconoscere all'amministratore un'indennità in ragione dei mancati guadagni dovuti allo svolgimento dello stesso. Consente inoltre all'amministratore di farsi coadiuvare a proprie spese e sotto la propria responsabilità da una o più persone, retribuendole.

Come anticipato, l'art. 411 c.c. fa espresso rinvio anche alle norme dettate dagli

⁶⁶ Il riferimento è a C. Cost., 9 dicembre 2005, n. 440 e a Cass. Civ., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, già esaminate nel § 11.

artt. da 349 a 353 c.c. in materia di tutela del minore, estendendo la relativa disciplina prevista per il tutore all'amministratore di sostegno; in forza di tale rinvio non potranno essere nominate amministratori di sostegno le persone che si trovino in una situazione di incompatibilità *ex* art. 350 c.c., tra cui i soggetti espressamente esclusi dai genitori del beneficiario o i soggetti che abbiano una lite in corso con quest'ultimo, dalla quale possa derivare un pregiudizio alla sua persona o al suo patrimonio; del pari non potranno rivestire l'ufficio il fallito, chi sia decaduto dalla responsabilità genitoriale o da una tutela, nonché i soggetti che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio.

L'art. 408, ultimo comma, c.c. integra l'elenco delle ipotesi *ex* art. 350, facendo divieto di ricoprire l'ufficio di amministratore di sostegno agli operatori di servizi pubblici o privati che abbiano in cura o assistano il beneficiario, i quali, come anticipato, dovranno limitarsi, ai sensi dell'art. 406, ultimo comma, c.c., ad informare il giudice tutelare e il pubblico ministero delle cause di opportunità di apertura dell'amministrazione di cui vengano a conoscenza.

Per effetto del rinvio, operato dal citato art. 411 c.c., agli artt. 351 e ss. c.c., sarà possibile per le categorie di soggetti individuate nei suddetti articoli domandare la dispensa dall'ufficio.

L'amministratore dovrà prestare giuramento di esercitare l'ufficio con fedeltà e diligenza prima dell'assunzione, davanti al giudice tutelare ai sensi dell'art. 349 c.c.; il riferimento ivi contenuto alla diligenza nello svolgimento dell'incarico colma la lacuna in tal senso dell'art. 410 c.c., risolvendo i dubbi in letteratura circa la sussistenza di un obbligo di diligenza in capo all'amministratore.

La sussistenza di un obbligo di diligenza del buon padre di famiglia in capo all'amministratore di sostegno è peraltro espressamente prevista dall'art. 382 c.c., cui fa rinvio l'art. 411 c.c., che prevede la responsabilità per i danni cagionati per negligenza nello svolgimento dell'amministrazione.

Ulteriore obbligo previsto in capo all'amministratore di sostegno, direttamente dall'art. 410 c.c., è costituito dal dovere di informare il giudice tutelare dell'eventuale dissenso del beneficiario, affinché adotti i provvedimenti ritenuti opportuni.

Il giudice tutelare può essere altresì adito dal beneficiario, dal pubblico ministero e dagli altri soggetti legittimati all'istanza per l'amministrazione di sostegno qualora l'amministratore entri in contrasto con il beneficiario o ponga in essere atti o scelte pregiudizievoli per quest'ultimo, nonché, a conferma del dovere di diligenza implicitamente affermato dall'attuale disciplina, qualora svolga in maniera negligente il proprio ufficio.

I medesimi soggetti, ai sensi dell'art. 413, comma 1, c.c. potranno proporre istanza motivata al giudice tutelare di sostituzione dell'amministratore di sostegno.

Gli effetti dell'apertura dell'amministrazione di sostegno e della nomina dell'amministratore sono disciplinati dall'art. 409 c.c., nonché individuabili in base alle norme degli artt. da 374 a 388 c.c., cui il già menzionato art. 411 c.c. fa rinvio, nonché dal contenuto del decreto di apertura dell'amministrazione, come disciplinato dai numeri 3), 4) e 5) dell'art. 405, comma 4, c.c.

Ai sensi dell'art. 409, comma 1, c.c. il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria

dell'amministrazione di sostegno; la disposizione dev'essere letta in combinato disposto con i numeri 3) e 4) dell'art. 405, comma 4, c.c., che richiedono quale contenuto del decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno l'indicazione, rispettivamente, “*dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario*”, nonché “*degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno*”. Emerge dalla lettura integrata delle norme in esame che l'incapacità del beneficiario si estende ai soli atti indicati dal giudice tutelare nel decreto di apertura, restando impregiudicata con riferimento a quelli non espressamente menzionati; nel contempo l'intensità dell'incapacità speciale che ne deriva potrà variare a seconda che il giudice tutelare riconosca all'amministratore un potere esclusivo di compiere determinati atti, in nome e per conto del beneficiario, piuttosto che concorrente o limitato ad integrare, nelle forme dell'assistenza, il di lui consenso.

Inoltre, ai sensi dell'art. 409 co. 2, “*il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*”.

Secondo un'opinione dottrinale, la previsione di cui all'art. 409 co. 2 c.c. dovrebbe essere applicabile estensivamente a tutte le ipotesi di incapacità legale, quindi anche ai minori o agli interdetti, qualora capaci di discernimento in relazione al singolo atto. In altre parole, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno potrà validamente concludere contratti di compravendita di beni di consumo, di utilizzazione di pubblici servizi ed anche contratti di lavoro nei limiti in cui dette attività negoziali non lo espongano ad un rilevante pregiudizio.

Secondo alcuni studiosi, l'art. 409 co. 2 c.c. sarebbe espressione del principio per cui resti sottratta al regime dell'incapacità legale la “*contrattualità minima*”⁶⁷, ovvero l'attività negoziale a contenuto patrimoniale legata al soddisfacimento delle esigenze della vita quotidiana; tali atti saranno comunque annullabili in presenza delle condizioni previste dall'art. 428 c.c., in materia di incapacità naturale del contraente.

In generale, la dottrina è pressoché concorde nel ritenere ammissibile, da parte dell'incapace legale, un esercizio limitato dell'autonomia negoziale relativamente agli atti inerenti alla dimensione del vivere quotidiano⁶⁸. Tali attività, accanto a quelle personali che per loro natura devono essere poste in essere direttamente dal soggetto, sarebbero sottratte, pertanto, al meccanismo della sostituzione rappresentativa previsto all'uopo dal legislatore. Questa conclusione viene, tra l'altro, argomentata dalla dottrina in base al fatto che, trattandosi di norma di operazioni di scarso valore economico, verrebbe meno il pericolo di pregiudizio per il minorato e, di conseguenza, la ratio che sorregge l'applicazione delle disposizioni protettive. Riconoscere al soggetto disabile la capacità di compiere autonomamente una serie così vasta di atti, sia pure patrimonialmente poco impegnativi, rileva sotto due aspetti: in primo luogo, consente di elevare gli *standards* di libertà e dignità dell'infermo in armonia con i principi costituzionali e, in secondo luogo, permette di aumentare significativamente le possibilità di recupero del sofferente ad una vita il più possibile “*normale*”⁶⁹.

⁶⁷ MAZZONI, *Libertà e salvaguardia per l'infermo di mente: una contrattualità della vita quotidiana*, in *Rivista trimestrale del diritto e procedura civile*, 1987, 461.

⁶⁸ BIANCA, *Diritto civile, La norma. I soggetti*, Milano, 1984, 233; Cendon, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988, 50; GIUNTA, *Incapacità di agire, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Milano, 1965, 98; Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 238.

⁶⁹ COLACINO, *L'amministratore di sostegno ed il diritto dei disabili. Profili ricostruttivi ed attualità di un'attesa riforma*,

In sostanza, compiendo tali atti (ad es. acquistare beni mobili di uso personale come abiti, cibo, incassare un affitto, riscuotere il rateo mensile della pensione di invalidità o l'indennità di accompagnamento), il soggetto è giuridicamente capace di agire e tale capacità si giustifica anche alla luce di una ragione di carattere pratico, e cioè che le esigenze quotidiane del soggetto sofferente non rimangano in concreto insoddisfatte a causa della possibile inerzia di chi si prende cura dello stesso.

**Negozi misti
e contratti
collegati**

La possibilità di prevedere un regime diverso per determinate categorie di atti comporta il problema di stabilire quale sia il soggetto competente in presenza di negozi misti e di contratti collegati, allorché siano riferibili a regimi di capacità divergenti; nel risolvere tale dubbio interpretativo, in assenza di una apposita disciplina, deve preferirsi la soluzione che compri in misura minore la capacità residuale del beneficiario; pertanto in presenza di un negozio misto in cui risulti prevalente un atto di competenza esclusiva del beneficiario, si dovrà accordare a quest'ultimo la capacità di compiere l'intero negozio senza l'intervento dell'amministratore; meno problematica l'ipotesi di collegamento negoziale, in cui ciascun negozio seguirà il regime previsto dal decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno.

Ne deriva, pertanto, una condizione di capacità residuale del beneficiario, salvo che il giudice tutelare ritenga di limitare quest'ultima o escluderla *in toto*, in relazione a specifiche ed espresse ipotesi, necessarie per proteggere gli interessi ed il patrimonio del primo.

L'impostazione di fondo delineata dalle norme citate dev'essere coordinata con le disposizioni cui l'art. 411 c.c. fa rinvio, nonché con il disposto dell'ultimo comma del medesimo articolo, che consente al giudice tutelare di estendere, nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno ovvero successivamente, determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti per l'interdetto o per l'inabilitato, quando ciò risulti necessario ai fini della protezione del beneficiario.

Quanto alle norme richiamate dal primo comma dell'art. 411 c.c., è possibile distinguere due tipologie di disciplina destinate a trovare applicazione: un primo ordine di disposizioni si occupa degli atti posti in essere dall'amministratore o dal beneficiario e delle conseguenze delle relative violazioni; un secondo gruppo di disposizioni attiene invece agli adempimenti cui l'amministratore è chiamato allorché assuma o cessi di svolgere il proprio ufficio.

Prendendo le mosse da queste ultime, l'art. 411 c.c. estende all'amministratore di sostegno, attraverso il rinvio alle disposizioni dettate dagli artt. 380 e ss. c.c. il dovere di tenere annualmente la contabilità, soggetta ad approvazione da parte del giudice tutelare, di prestare su richiesta di quest'ultimo idonea cauzione in ragione dell'entità del patrimonio amministrato e della natura degli atti di gestione.

Sono inoltre estese all'amministrazione di sostegno le cause di esonero, sospensione e rimozione, nonché l'obbligo di rendiconto finale, entro due mesi dalla cessazione dell'amministrazione di sostegno.

Quanto invece al regime degli atti compiuti dall'amministratore, il richiamo agli artt. 374, 375 e 376 c.c. estende per i medesimi la necessità che il giudice tutelare

in *D.For.*, 2002, 8-9).

autorizzi ciascuno degli atti ivi previsti e la vendita di beni del beneficiario. La competenza del Tribunale, prevista negli artt. 375 e 376 c.c., è sostituita con quella del giudice tutelare, come specificato dall'art. 411, comma 1, c.c.

Il successivo art. 377 c.c. prevede l'annullabilità degli atti posti in essere in violazione delle norme citate, su domanda del beneficiario, dei suoi eredi e degli aventi causa.

La medesima sanzione è prevista dall'art. 412 c.c. per gli atti posti in essere dall'amministratore o dal beneficiario personalmente in violazione delle disposizioni del Capo I. In particolare, l'art. 412, comma 1, c.c. prevede l'annullamento anche degli atti posti in essere dall'amministratore *“in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice”*, introducendo una importante differenza rispetto alle conseguenze previste per la rappresentanza volontaria nelle medesime ipotesi, consistenti nell'inefficacia degli atti in questione nei confronti del rappresentato.

L'art. 412, comma 3, c.c. prevede in via generale e comprensiva delle ipotesi di violazione delle norme cui fa rinvio l'art. 411 c.c., che la prescrizione delle azioni di annullamento in esame decorre dal giorno in cui sia cessata l'amministrazione di sostegno e non dal momento in cui sia stato posto in essere il negozio impugnato.

Un'ultima ipotesi di annullamento è prevista in forza del richiamo, da parte del citato art. 411 c.c., agli artt. 378 e 388 c.c., con riferimento agli atti con cui l'amministratore acquisti beni del minore, anche se all'asta pubblica, ovvero li prenda in locazione senza l'autorizzazione del giudice tutelare; del pari è annullabile ogni convenzione che intervenga tra il beneficiario e l'amministratore di sostegno prima che sia stato approvato il conto finale dell'amministrazione.

Gli articoli 596, 599 e 779 c.c., anch'essi oggetto di rinvio, prevedono infine la nullità delle disposizioni testamentarie del beneficiario in favore dell'amministratore, se fatte dopo la nomina di questo e prima che sia approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo, anche se il testatore sia morto dopo l'approvazione. Allo stesso modo è nulla, ai sensi dell'art. 779 c.c., la donazione a favore di chi è stato amministratore di sostegno del donante, se fatta prima che sia stato approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo.

12.1. Designazione anticipata dell'amministratore di sostegno, il c.d. “testamento biologico” e designazione del convivente di fatto per le decisioni in materia di salute.

L'art. 408, comma 1, c.c., consente al beneficiario di designare il proprio amministratore di sostegno *“in previsione della propria eventuale futura incapacità”*, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Nel designare il proprio eventuale futuro amministratore di sostegno, il beneficiario potrà nel contempo indicare le direttive inerenti alla gestione del proprio patrimonio e alla cura dei propri interessi personali che, ai sensi dell'art. 407, comma 2, c.c. dovranno essere tenute in debita considerazione da parte del giudice tutelare, nel pronunciare il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, salvo che siano confliggenti con le esigenze di protezione del

beneficiario.

Lo strumento introdotto dalla legge n. 6/2004 all'art. 408, comma 1, c.c. è stato salutato dalla letteratura e da parte della giurisprudenza di merito come introduttivo nel nostro ordinamento dell'istituto, già presente in Canada, Stati Uniti e Germania⁷⁰, del c.d. testamento biologico o *living will*.

L'espressione può sembrare scorretta, dal momento che l'atto in questione è destinato a produrre effetti prima del decesso della persona che lo abbia posto in essere, allorché questa perda la capacità di provvedere ai propri interessi e venga nominato un amministratore di sostegno per assisterla. Invero l'utilizzo del termine testamento, utilizzato anche nei paesi anglosassoni, sembra sottendere una *fictio iuris* in forza della quale il soggetto che venga a trovarsi nell'impossibilità di manifestare la propria volontà si considera alla stregua di un soggetto "deceduto", dando attuazione alle sue "ultime volontà" da persona capace.

La giurisprudenza è divisa riguardo alla possibilità di esprimere nell'atto di designazione dell'amministratore di sostegno - che, si rammenta, deve avvenire per atto pubblico o per scrittura privata autenticata - una volontà del futuro incapace destinata a condizionare le scelte in materia di salute o della stessa sopravvivenza del soggetto⁷¹.

A riguardo, occorre tuttavia segnalare, che l'art. 1, comma 40, della l. 20 maggio 2016, n. 76, ha espressamente previsto che ciascun convivente di fatto possa designare l'altro quale suo rappresentante per l'ipotesi in cui, in presenza di una malattia che comporti incapacità di intendere e di volere, sia necessario assumere decisioni in materia di salute.

La medesima disposizione consente a ciascuno dei conviventi di fatto di nominare l'altro quale proprio rappresentante che possa assumere, in caso di morte, le determinazioni concernenti la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo nonché le celebrazioni funerarie.

L'art. 1, comma 41, della medesima legge, altresì, prescrive un onere di forma, statuendo che la designazione del convivente di fatto quale proprio rappresentante, ai sensi del comma 40, debba essere effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone.

Dalla scarsa disciplina normativa è dunque possibile affermare che la designazione del convivente di fatto, prevista dal citato comma 40, costituisca un negozio di tipo formale.

In assenza di giurisprudenza sul punto, tuttavia, non appare chiaro quale sia la sanzione per l'ipotesi in cui la forma prescritta non sia stata osservata in tutto o in parte. Potrebbe eventualmente applicarsi, per analogia, quanto previsto per l'inosservanza degli oneri di forma prescritti per la validità del testamento olografo.

⁷⁰ In Canada è infatti possibile rilasciare un mandato in previsione di incapacità, al pari di quanto avviene negli Stati Uniti e, dal 1992, ciò è possibile anche in Germania, dove l'istituto della *Betreuung*, analoga all'amministrazione di sostegno in Italia, può essere sostituita con una procura in vista di un futuro ed eventuale stato di incapacità, ad eccezione che per atti personalissimi.

⁷¹ A favore della soluzione esposta Trib. Modena 13 maggio 2008, in *Famiglia e dir.*, 2008, 923, con nota di FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1296; *contra* Trib. Roma, 1 aprile 2009 in *Famiglia e dir.*, 2010, 51, con nota di BUSI, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*.

L'introduzione di questa peculiare forma di rappresentanza, peraltro, impone di richiamare le posizioni assunte dalla giurisprudenza, circa la possibilità di esprimere, nell'atto di nomina dell'amministrazione di sostegno, una volontà del futuro incapace destinata a condizionare le scelte in materia di salute o della stessa sopravvivenza del soggetto.

Sul tema, com'è noto, è intervenuta la Corte di Cassazione, in materia di interruzione del trattamento sanitario necessario per la sopravvivenza di persona incapace di esprimere la propria volontà a riguardo⁷².

Nella motivazione della citata sentenza, la Corte si è pronunciata a favore della possibilità, per il rappresentante legale del soggetto in stato vegetativo permanente, pertanto incapace di esprimere una forma attuale di volontà circa la prosecuzione o meno dell'alimentazione artificiale e dei trattamenti che ne permettono la sopravvivenza, di consentire l'interruzione di questi ultimi, a determinate condizioni.

A tale indirizzo, peraltro, ha fatto seguito la l. 22 dicembre 2017, n. 217, che all'art. 3 – dopo aver in linea di principio sottolineato che anche il minore e l'incapace devono essere informati, nei limiti delle concrete capacità di comprensione, rispetto al proprio stato di salute e ai trattamenti possibili, e, dunque, essere messi in condizione di esprimere, per quanto possibile, le proprie scelte – identifica nei genitori (quanto ai minori), nel tutore (per l'interdetto) e nell'amministratore di sostegno (per il beneficiario o l'inabilitato cui sia stato nominato un amministratore di sostegno) i legittimati ad esprimere il consenso o a manifestare il dissenso per conto dei rappresentati, avendo come scopo la tutela della salute, della vita e della dignità di questi ultimi.

Nell'ottica di massima valorizzazione della volontà del paziente, il citato art. 3, legge n. 219/2017, demandando al rappresentante la legittimazione a compiere le scelte in tema di salute per conto del minore o dell'incapace, richiama la necessità che si tenga in considerazione, nella misura in cui ciò sia possibile, la volontà del minore (valutata in base all'età e al grado di maturità) o dell'incapace (l'interdetto, se possibile, deve essere sentito; l'inabilitato e il beneficiario dell'amministrazione di sostegno devono essere sentiti, ovvero manifestare, se possibile, le proprie volontà).

È peraltro possibile che si verifichi una situazione di conflitto tra il rappresentante, che manifesti un rifiuto delle cure nei confronti del rappresentato, e il medico, che invece ritenga dette cure appropriate e necessarie: in tale eventualità, la legge rimette la soluzione del conflitto al giudice tutelare, adito dal rappresentante del minore o dell'incapace ovvero dal medico (o dal rappresentante legale della struttura sanitaria).

13. Incapacità di agire e atti personalissimi.

Atti
persona-
lissimi

L'ipotesi presa in considerazione nel paragrafo precedente, relativa all'espressione del consenso a determinati trattamenti sanitari in sostituzione dell'incapace pone un problema comune alle ipotesi di incapacità giudiziale, relativo alla possibilità da parte del tutore o dell'amministratore di sostegno di compiere atti cc.dd.

⁷² Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

personalissimi in vece dell'incapace.

Questi ultimi sono tradizionalmente individuati nel testamento, nel matrimonio e nella donazione, ma comprendono qualsiasi atto che incida sulla sfera strettamente personale della persona, in cui rientra la famiglia, la salute, la libertà personale e in generale tutti i diritti inviolabili dell'individuo.

La problematica in esame non interessa l'inabilitazione, limitandosi quest'ultima a incidere sulla capacità dell'inabilitato di porre in essere determinati atti di natura patrimoniale, lasciando intatta la sua capacità in materia personale.

Occorre inoltre tener distinte le ipotesi di interdizione da quelle di amministrazione di sostegno; con riferimento a quest'ultima, il carattere proteiforme che il contenuto del decreto che la dispone può assumere, nonché la regola della generale e residuale capacità dell'amministrato per tutti gli atti non espressamente esclusi, consente di limitare il problema del compimento di atti personalissimi ai soli casi in cui il giudice tutelare preveda che il beneficiario non possa validamente compierli di persona.

Sia nell'interdizione che nell'amministrazione di sostegno è comunque affidata, rispettivamente, al tutore ed all'amministratore la cura della persona dell'interdetto e del beneficiario. In tal senso depone, per l'interdizione, il combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., che si riferisce alla cura dell'interdetto come persona; con riferimento al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, invece, l'art. 404 c.c., che prende in considerazione gli interessi generalmente intesi del beneficiario, così come l'art. 407 c.c., che impone al giudice tutelare di tener conto dei bisogni della persona e di proteggerla.

Prendendo le mosse dalle ipotesi di interdizione, deve darsi atto che inizialmente, e fino a un passato molto recente, la giurisprudenza ha considerato le numerose norme rinvenibili nell'ordinamento che conferiscono al tutore specifici poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali come elementi sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi.

È infatti espressamente previsto nel codice civile che il tutore possa procedere all'impugnazione del matrimonio, *ex art.* 119 c.c.; all'istanza per la nomina di un curatore speciale per il disconoscimento della paternità, *ex art.* 245 c.c.; all'istanza per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, *ex art.* 273 c.c., in quest'ultimo caso previa autorizzazione del giudice, che può procedere alla nomina di un curatore speciale.

Per converso, vi sono tuttavia ipotesi in cui il compimento di determinati atti è riservato espressamente all'interessato, quand'anche interdetto, come nel caso disciplinato dall'art. 13 della legge 22 maggio 1978, n. 194, in tema di interruzione della gravidanza, o dall'art. 150 c.c., in relazione alla domanda di separazione dei coniugi.

Del pari, l'art. 777 c.c. fa divieto al tutore di porre in essere una donazione per conto dell'interdetto.

Il quadro normativo non consente pertanto di condividere le osservazioni dell'orientamento dottrinale esposto, secondo cui l'impossibilità di porre in essere atti personalissimi da parte del tutore sia totale e ricavabile *a contrario* dalle norme

che autorizzano il compimento di determinati atti.

A conferma della conclusione può addursi la già citata giurisprudenza di legittimità⁷³, secondo cui il tutore può prestare, in luogo dell'interdetto, ma in attuazione della sua presunta volontà, il consenso all'interruzione dell'alimentazione artificiale che lo mantenga in vita.

Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è stata dunque ritenuta ammissibile, ma sottoposta a un duplice ordine di vincoli da parte della Suprema Corte: il tutore dovrà innanzitutto agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e, nella ricerca del *best interest* per quest'ultimo, dovrà decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace. Sarà pertanto tenuto a ricostruire la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

L'uno e l'altro vincolo al potere rappresentativo del tutore trovano il proprio fondamento, il primo, nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al «*bénéfice direct*» dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; il secondo, nell'art. 5 del d. lgs. 24 giugno 2003, n. 211, che, con riferimento al consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica, richiede che questo debba corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace, sancendo un principio suscettibile di applicazione generale.

Come si è avuto modo di anticipare, gli stessi principi possono essere estesi all'amministrazione di sostegno, specie quando la volontà dell'incapace sia stata espressa nell'atto di designazione anticipata.

Va tuttavia ribadito che, in assenza di norme che, al pari di quanto avviene per l'interdizione, precludano al beneficiario il compimento di determinati atti personalissimi, si deve ritenere che quest'ultimo conservi la piena capacità in merito, salvo che il giudice tutelare disponga diversamente.

Ne consegue che la prospettiva, relativamente a quest'ultima ipotesi, si rovescia, ponendo un problema non di ammissibilità di un atto sostitutivo della volontà dell'incapace da parte del suo legale rappresentante, ma, a monte, una questione relativa all'ammissibilità dei decreti che privino il soggetto della capacità di porre in essere determinati atti personalissimi, e alle modalità con cui si debba procedere. Ci si domanda, in particolare, se possa o meno essere riconosciuto un potere di sostituirsi o affiancarsi al beneficiario in capo all'amministratore di sostegno.

Occorre procedere ad un'analisi di carattere casistico nel delineare i confini dei poteri dell'amministratore di sostegno e del giudice tutelare, in materia di atti strettamente personali del beneficiario.

■ **Matrimonio** Prendendo le mosse dal matrimonio, come anticipato, non esiste una disposizione che, al pari dell'art. 85 c.c. per l'interdetto, precluda al beneficiario dell'amministrazione di sostegno di sposarsi.

Ci si domanda, piuttosto, se sia consentito al giudice tutelare, in ipotesi in cui il

⁷³ Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

beneficiario non sia autonomamente in grado di contrarre le nozze, di nominare all'uopo, quale amministratore di sostegno, un soggetto idoneo ad esprimere il consenso del beneficiario o quanto meno ad integrarne la volontà.

Un primo orientamento ha ritenuto che l'eventuale sostituzione, conseguente all'esclusione della capacità del beneficiario in materia, non sia ammissibile, dal momento che l'esclusione della capacità di contrarre matrimonio integrerebbe un'ipotesi di estensione al beneficiario delle preclusioni proprie dell'interdetto, con conseguente applicazione della disciplina *ex art. 85 c.c.* di cui si è detto.

La giurisprudenza⁷⁴ ha invece ritenuto ammissibile, nell'ambito dell'amministrazione di sostegno, la nomina come amministratore del parroco che avrebbe celebrato le nozze, affinché svolgesse un'attività di carattere assistenziale a favore di una giovane oligofrenica, guidando i nubendi verso il matrimonio e verificando la consapevolezza e la volontà della beneficiaria di contrarre le nozze. In questo modo è stata mantenuta in capo alla beneficiaria la capacità di sposarsi, affiancandole tuttavia un amministratore di sostegno con funzione non di sostituzione ma di accompagnamento della stessa nelle scelte esistenziali cui andava incontro.

La giurisprudenza di merito⁷⁵, inoltre, ha ritenuto ammissibile l'amministrazione di sostegno e il conferimento all'amministratore dei poteri necessari quando la persona, che intenda domandare la separazione o il divorzio dal coniuge, proprio a causa della condizione di disabilità in cui versa, abbia necessità di un vicario il quale offra specifiche garanzie di controllo sulla convenienza, anche economica, delle condizioni di separazione o di divorzio, onde evitare che l'esercizio diretto di tale diritto esistenziale fondamentale da parte del disabile possa cagionargli un pregiudizio.

Laddove, invece, si ritenga di limitare del tutto la capacità del beneficiario, ai sensi del citato art. 411, ultimo comma, c.c., troveranno applicazione le norme dettate dall'art. 4, comma 5, della legge n. 898/1970, che dispongono per l'infermo di mente o l'incapace legale la nomina di un curatore speciale, ma che si ritengono applicabili analogicamente alle ipotesi di interdizione giudiziale⁷⁶.

Con riferimento, infine, alla scelta della residenza del beneficiario, la giurisprudenza di merito consente all'amministratore di sostegno di individuare, ove il primo non sia in grado di farlo, i luoghi in cui le esigenze di protezione derivanti, ad esempio, da una condizione di infermità siano meglio soddisfatte⁷⁷.

Dall'analisi di alcune delle ipotesi di atti personalissimi interessati da provvedimenti nell'ambito dell'amministrazione di sostegno può dunque concludersi che, fuori dai casi in cui il giudice tutelare si avvalga delle previsioni normative dettate per l'interdetto, estendendole *ex art. 411 c.c.* al beneficiario, l'intervento da parte dell'amministratore di sostegno nella sfera più intima della persona sarà consentito purché non la esautori dalla relativa capacità, ponendosi invece in funzione

Separazione o divorzio

⁷⁴ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2738, con nota di CENDON.

⁷⁵ Trib. Modena, sentenza del 25 ottobre 2007.

⁷⁶ In tal senso RUSSO, in *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in *Famiglia e Diritto*, 3, 2010, 5.

⁷⁷ Ad esempio, ad una persona affetta da disturbi psicologici ed anoressia è stato nominato un amministratore di sostegno, affinché provvedesse ad assicurare un trattamento sanitario idoneo a fronteggiare le patologie da cui era affetta la beneficiaria, esprimendo in luogo di quest'ultima il consenso al trattamento presso una idonea struttura sanitaria, in cui era stato disposto il ricovero coatto, Trib. Bari, 27 dicembre 2006.

integrativa e assistenziale della formazione della volontà di quest'ultima.

Corre l'obbligo di rammentare, infine, che la Corte Costituzionale si è recentemente pronunciata sull'annosa questione, già accennata al paragrafo precedente, inerente alla possibilità che soggetti minori e incapaci dettino delle disposizioni anticipate di trattamento, a norma dell'art. 3, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

L'analisi condotta dal giudice delle leggi ha escluso la denunciata illegittimità costituzionale della disposizione citata, atteso che il conferimento all'amministratore di sostegno della "*rappresentanza esclusiva in ambito sanitario*" non porta "*con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita*". Si tratta infatti di un potere che, ove opportuno, deve essere conferito appositamente dal giudice tutelare, in occasione della nomina o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda. Del resto, è la *ratio* stessa dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che richiede al giudice tutelare "*di modellare, anche in ambito sanitario, i poteri dell'amministratore sulle necessità concrete del beneficiario, stabilendone volta a volta l'estensione nel solo interesse del disabile*"⁷⁸.

⁷⁸ C. Cost., 13 giugno 2019, n. 144.

CAPITOLO II GLI ENTI

*1. Le formazioni sociali. *2. La personalità giuridica e la soggettività. *3. La personalità giuridica. *4. L'autonomia patrimoniale. *5. Le associazioni. *5.1. Gli amministratori. *5.2. Lo *status* di associato e il rapporto associativo. *5.3. La cessazione del rapporto associativo (recesso ed esclusione). *5.4. L'estinzione dell'associazione. *5.5. Le associazioni di fatto. *6. Le fondazioni. *6.1. Le fondazioni di fatto. *6.2. L'atto di fondazione. *6.3. Gli amministratori. *6.4. Il controllo e la vigilanza dell'autorità governativa. *6.5. La devoluzione dei beni residui. *6.6. Le fondazioni di famiglia. *6.7. Fondazioni-imprese e fondazioni finanziarie (*holding*). *6.8. Le fondazioni bancarie. *6.9. Le fondazioni bancarie alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza. *6.10. Le fondazioni di partecipazione. *7. I comitati.

1. Le formazioni sociali.

L'art. 2 Cost. statuisce che *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”*. La Corte Costituzionale¹, con sentenza 14 aprile 2010, n. 138, ha definito le formazioni sociali come *“ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”*.

La più importante tipologia di formazione sociale è rappresentata dalla famiglia, che pertanto trova espresso riconoscimento all'art. 29 Cost., in quanto destinataria di una specifica disciplina.

Più di recente la Corte Costituzionale, con la citata sentenza, e successivamente il legislatore, con la l. 20 maggio 2016, n. 76, hanno individuato l'unione omosessuale come specifica formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost. Stante la particolare rilevanza della famiglia e della tematica afferente al riconoscimento giuridico delle unioni civili, tali argomenti saranno trattati nel prosieguo del manuale.

I successivi paragrafi saranno quindi dedicati alle ulteriori formazioni sociali costituite da una pluralità di soggetti.

Tali formazioni sociali possono essere distinte in organizzazioni di natura pubblica (Stato, Regioni, Province e Comuni) e organizzazioni di natura privata.

Queste ultime possono essere ulteriormente suddivise in organizzazioni con struttura a base personale (associazioni) e organizzazioni con struttura a base reale (fondazioni e comitati), caratterizzate da uno specifico vincolo di destinazione impresso a beni e risorse conferite dagli interessati per il perseguimento del medesimo interesse.

Le organizzazioni di natura privata possono essere ulteriormente classificate e distinte sulla base di un criterio teleologico, fondato sullo scopo o sull'ideale perseguito. Nel caso di scopo di lucro, l'organizzazione può assumere i caratteri delle società disciplinate dal Libro V del c.c., mentre nel caso di scopo di natura ideale l'organizzazione riveste natura di associazione, fondazione o comitato di cui al Libro I del codice civile. Una deroga a tale regola distintiva è costituita dalle cooperative a mutualità prevalente, di cui all'art. 2512 c.c., le quali, pur non perseguendo scopo di lucro, sono società disciplinate nel Libro V del c.c., in quanto svolgono, in via principale, attività di natura economica.

Per attività avente scopo di lucro si intende quella finalizzata al raggiungimento di utili da dividere tra i soci, tipica delle società (art. 2247 c.c.).

Si presentano, invece, meno nitidi i confini dell'attività senza scopo di lucro.

Due sono i principali criteri cui la dottrina fa ricorso per delimitare la categoria degli enti che svolgono attività non lucrativa.

Un primo criterio è quello basato sull'individuazione dei beneficiari dell'attività concretamente svolta dall'ente: le persone fisiche che costituiscono l'ente, nel caso di organizzazioni lucrative, soggetti esterni all'ente, nel caso di enti non lucrativi.

Il secondo criterio riposa sulla natura dell'attività posta in essere dall'ente per il perseguimento dei fini comuni: economica, nel caso di società lucrative; non economica, nel caso di enti senza scopo di lucro.

Scopo di
lucro o
ideale

¹ C. Cost., 14 aprile 2010, n. 138.

Ma il criterio che meglio definisce i confini tra enti lucrativi e enti non lucrativi è quello incentrato sulla distribuzione degli utili, esclusa nelle organizzazioni non lucrative, prevista invece come evento periodico nelle società².

La natura non lucrativa dell'ente, secondo tale criterio, è assicurata dal divieto di distribuzione degli utili, ossia dall'inesistenza di diritti dei membri sul patrimonio dell'organizzazione.

L'impossibilità di distribuzione di utili è bilanciata dalla possibilità per l'ente di perseguire indirettamente il proprio fine ideale tramite l'esercizio, per lo più secondario, di attività di tipo economico³, i cui utili, tuttavia, devono necessariamente essere reinvestiti nel perseguimento dei fini altruistici statutari. Né è esclusa la natura *non profit* per il fatto che l'attività economica eventualmente svolta dall'ente abbia carattere esclusivo o prevalente. In tal caso l'ente mantiene natura non lucrativa e acquista la qualifica di imprenditore commerciale, distinto dalla società proprio per il divieto di distribuzione degli utili⁴.

2. La personalità giuridica e la soggettività.

Le formazioni sociali di natura privatistica costituiscono soggetti di diritto, ma non tutte assurgono al rango di persone giuridiche.

La personalità giuridica è trasversale rispetto alla natura delle organizzazioni: il codice civile, infatti, riconosce tale personalità sia ad alcuni enti lucrativi (società di capitali), sia ad alcuni enti *non profit* (associazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento e fondazioni), mentre, al contempo, lo stesso codice non la riconosce alle società di persone e agli enti *non profit* che non abbiano chiesto o non abbiano ottenuto il riconoscimento (associazioni di fatto e comitati).

La personalità giuridica, in altri termini, non individua un tipo di ente, ma “*designa un suo particolare modo di essere*”, proprio in quanto riconosciuto⁵.

Nel codice civile le persone fisiche e le persone giuridiche sono *species* del medesimo *genus*, rappresentato dalla persona, intesa come soggetto di diritto e centro di imputazione di rapporti giuridici. Tutte le norme che nel codice si rivolgono al soggetto sono indistintamente indirizzate, pur con i dovuti limiti, sia alla persona fisica, sia alla persona giuridica.

La nozione di persona giuridica presuppone lo stretto legame esistente tra la realtà sociale, costituita dall'ente, e la realtà materiale di cui quest'ultimo si compone, vale a dire l'uomo.

A tale nozione spetta il merito di avere semplificato il formante legislativo,

L'imputazione in due tempi

² Una clausola societaria che escludesse la ripartizione degli utili tra i soci sarebbe nulla, dal momento che causa del contratto di società è, in base all'art. 2247 c.c., l'esercizio di un'attività economica al precipuo fine di dividerne gli utili. In tale ottica trova giustificazione anche il divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c.

³ BARALIS, *Enti non profit: profili civilistici*, in *Riv. not.*, 1999, V, 1091. Secondo Cass., 16 febbraio 2004, n. 2912, in *Arch. civ.*, 2004, 1465, il fine ideologico o di culto di una associazione non esclude *ex se* la possibilità di svolgimento di attività imprenditoriale; BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1996.

⁴ Secondo Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 309, la qualifica di imprenditore commerciale non si estende all'ente *non profit* che, senza esercitare in proprio e direttamente l'attività economica, si limiti a utilizzare risorse provenienti dall'attività imprenditoriale di una distinta società, sebbene controllata o collegata.

⁵ GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 397.

consentendo un'imputazione in due tempi di comportamenti e stati psicologici, non riferibili ad entità non umane. Quando la legge si riferisce all'ente, trovano applicazione le norme di organizzazione interna che individuano, in prima battuta, l'organo e, in seconda battuta, sempre l'uomo.

Pertanto, la soggettività della persona giuridica, per quanto autonoma, non può dirsi del tutto sganciata dalle persone fisiche che ne costituiscono il substrato materiale.

Anche gli enti privi di personalità giuridica possiedono una soggettività autonoma e distinta da quella dei membri che li compongono, pur con le limitazioni che verranno evidenziate trattando dell'autonomia patrimoniale. Anch'essi hanno una propria capacità giuridica e d'agire, distinta da quella dei singoli membri, come può desumersi, ad esempio, dal riconoscimento di un'autonoma capacità processuale in capo alla società semplice ad opera dell'art. 2266 c.c., dall'autonomo riferimento all'associazione non riconosciuta contenuto nell'art. 2659, comma 1, n. 1, c.c. ma, ancor più, dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2941, comma 1, n. 7, c.c.⁶, in forza della quale la sospensione della prescrizione nei rapporti tra persone giuridiche e loro amministratori è stata estesa anche ai rapporti tra la società in accomandita semplice (priva di personalità giuridica) e i suoi amministratori per la durata della loro carica.

3. La personalità giuridica.

Come si è detto, tutti gli enti privati costituiscono soggetti di diritto, ma non tutti assurgono al rango di persona giuridica.

Quella della personalità giuridica è una categoria non definibile ontologicamente, ma si sostanzia in un concetto trasversale rispetto alle diverse tipologie di enti; non individua, quindi, un tipo di ente, ma "designa un suo particolare modo di essere"⁷. La soggettività delle persone giuridiche, in ogni modo, non corrisponde perfettamente a quella della persona fisica, perché esse sono tali in senso traslato e la qualificazione viene richiamata per analogia. Ne consegue che la soggettività delle persone giuridiche è sempre una incompleta soggettività, diversa da quella delle persone fisiche, perché diverso è il substrato ontologico della persona giuridica rispetto alla persona fisica.

La modalità di acquisizione della personalità giuridica dipende dalla natura dell'ente: il codice civile, infatti, riconosce tale personalità sia ad alcuni enti lucrativi (società di capitali), sia ad alcuni enti *non profit* (associazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento e fondazioni), mentre, al contempo, lo stesso codice non la riconosce alla società di persone e agli enti *non profit* (associazioni di fatto e comitati) che non abbiano chiesto o non abbiano ottenuto il riconoscimento.

Per quel che riguarda le associazioni e fondazioni senza scopo di lucro, il d.P.R. n. 361/2000 prevede all'art. 1 che la personalità giuridica si acquista "mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture". Nel registro delle persone giuridiche istituito presso le singole Regioni vanno iscritte, invece, secondo la disposizione particolare di cui al successivo art. 7, le persone giuridiche private che operino nelle materie attribuite alla competenza

Soggettività
degli enti
non
riconosciuti

I. Sistema
concessorio

⁶ C. Cost., 24 luglio 1998, n. 322, in *Giur. cost.*, 1998, 2345.

⁷ GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 397.

regionale dall'art. 14 del d.P.R. n. 616/77.

L'iscrizione nel registro integra una forma di pubblicità costitutiva (a differenza di quanto previsto dalle previgenti disposizioni del codice civile abrogate dal d.P.R. n. 361/2000).

Le società di capitali (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata) e le società cooperative acquistano la personalità giuridica tramite l'iscrizione nel registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale (artt. 2331 e 2523 c.c.).

L'iscrizione della società nel registro delle imprese, richiesta contestualmente al deposito dell'atto costitutivo, consegue ad una verifica formale della regolarità della documentazione presentata e comporta l'acquisto automatico della personalità giuridica⁸.

Il sistema normativo

Il sistema viene detto «normativo» per rimarcare tale automatismo e l'assenza di controlli contenutistici, a fronte del sistema «concessorio» previsto per gli enti *non profit*.

4. L'autonomia patrimoniale.

Per effetto del riconoscimento della personalità giuridica si realizza una situazione di totale «alterità» tra l'ente riconosciuto e le persone fisiche che lo compongono, sia nei rapporti cc.dd. esterni, ossia verso i terzi estranei alla formazione sociale, sia nei rapporti cc.dd. interni, ossia tra la stessa persona giuridica e i suoi membri⁹.

Il principale carattere della personalità può essere individuato nell'idoneità, pur nella diversità tipologica tra le persone giuridiche, «a suscitare l'immagine di una distinta soggettività del gruppo rispetto ai suoi membri» anche e, soprattutto, nei rapporti interni¹⁰. La distinzione tra l'ente e i suoi membri rileva in maniera particolare nei rapporti patrimoniali: il riconoscimento della personalità giuridica, infatti, comporta la c.d. «autonomia patrimoniale dell'ente», in forza della quale delle proprie obbligazioni risponde soltanto l'ente con il proprio patrimonio.

Più nello specifico, l'ordinamento prevede una sorta di gradazione dell'autonomia patrimoniale delle organizzazioni sociali che varia a seconda della natura dell'ente. Si va dall'assenza di autonomia patrimoniale, tipica di situazioni giuridiche quali la comunione o il condominio negli edifici (artt. 1100 e ss. c.c.), all'autonomia patrimoniale «imperfetta» che caratterizza sia il rapporto tra patrimonio degli associati e patrimonio dell'associazione non riconosciuta, sia il rapporto tra patrimonio dei soci e patrimonio delle società di persone, fino all'autonomia patrimoniale «perfetta» delle associazioni riconosciute e delle società di capitali, tipica conseguenza della personalità giuridica¹¹.

Con riferimento all'autonomia patrimoniale c.d. imperfetta, caratterizzante gli enti non riconosciuti, i contributi versati dagli associati e i beni acquistati con gli stessi

⁸ Per approfondimenti, FRATINI, *Le società di capitali*, Milano, 2010, 340.

⁹ FRATINI, *Le società*, cit., 354; SCALFI, voce *Persone giuridiche*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 8.

¹⁰ GALGANO, voce *Persona giuridica*, cit., 402.

¹¹ Nella società in accomandita per azioni coesistono, nel medesimo tipo societario, due distinti regimi di autonomia patrimoniale, perfetta o imperfetta, a seconda del tipo di rapporto che lega il socio, accomandante o accomandatario, alla società.

confluiscono nel fondo comune che costituisce il patrimonio dell'ente. I terzi creditori dell'ente possono far valere sul fondo comune i diritti ad essi spettanti, derivanti da obbligazioni assunte dai soggetti a cui è stata attribuita la rappresentanza dell'organizzazione, senza possibilità di aggredire, almeno in prima battuta, i patrimoni personali degli associati. Specularmente, i creditori personali degli associati non potranno soddisfare le proprie ragioni sul patrimonio dell'associazione non riconosciuta, neppure *pro quota*.

La reciproca autonomia tra patrimonio comune e patrimoni personali degli associati, tuttavia, non è perfetta.

L'art. 38, secondo comma, c.c. chiarisce che delle obbligazioni dell'associazione non riconosciuta rispondono anche, con i propri patrimoni personali, coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione medesima.

La previsione codicistica risponde all'esigenza di tutelare i terzi che siano venuti in contatto con tali soggetti e che sulla loro solvibilità e sul loro patrimonio abbiano fatto affidamento, in mancanza di pubblicità relativa all'associazione analoga a quella costituita dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche e, in particolare, in mancanza di informazioni in merito ai soggetti cui sia stata attribuita la rappresentanza dell'ente e di verifica dell'adeguatezza del patrimonio dell'ente al perseguimento dello scopo. Resta esclusa la possibilità di rivalersi sul patrimonio degli associati che non abbiano agito in nome e per conto dell'associazione proprio in quanto, in assenza di contatto tra tali associati e i terzi, non si verifica alcuna esigenza di tutela di questi ultimi.

In modo sostanzialmente non dissimile si delinea il rapporto tra patrimonio sociale e patrimoni personali dei soci, nell'ipotesi di società semplice.

Anche in tal caso è ravvisabile un certo grado di autonomia patrimoniale tra società e singoli soci, come confermato dalla disposizione dell'art. 2271 c.c., che esclude la compensazione nel caso in cui un terzo sia, nel contempo, debitore della società e creditore di un singolo socio.

Come nell'ipotesi di enti *non profit* non registrati, tale autonomia non può dirsi perfetta. Il codice prevede che, per le obbligazioni sociali, risponda anzitutto il patrimonio sociale, salva la responsabilità personale e solidale dei soci che abbiano agito in nome e per conto della società. L'art. 2267 c.c. prevede, inoltre, che delle obbligazioni sociali rispondano anche tutti gli altri soci, salvo patto contrario portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Al socio cui sia richiesto il pagamento di debiti sociali rimane la possibilità di richiedere, anche durante la liquidazione della società, la preventiva escussione del patrimonio sociale, a condizione che indichi al creditore i beni su cui possa agevolmente soddisfarsi (art. 2268 c.c.).

Quanto ai creditori personali del socio, l'art. 2270 c.c. precisa che, qualora i beni personali di quest'ultimo siano insufficienti, possano sempre chiedere la liquidazione della quota del debitore.

Ancora meno «perfetta» è l'autonomia tra patrimonio della società in nome collettivo e patrimoni dei soci, poiché, alla luce del disposto dell'art. 2291 c.c., tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali. Diversamente da quanto previsto per la società semplice, l'eventuale patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi. L'art. 2305 c.c. esclude la possibilità

per il creditore personale del socio di chiedere la liquidazione della quota spettante al proprio debitore, finché dura la società.

Autonomia patrimoniale perfetta

Diversa la situazione negli enti che abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica.

Il creditore di un associato di una associazione riconosciuta o di una società iscritta nel registro delle imprese non può vantare alcuna pretesa nei confronti del patrimonio comune, così come il creditore dell'associazione o della società non potrà in nessun caso aggredire il patrimonio personale dei soci, ad eccezione, come già evidenziato, del socio accomandatario che, quale amministratore di diritto della società, risponda solidalmente e illimitatamente, anche se in via sussidiaria, dell'adempimento delle obbligazioni sociali (art. 2452 c.c.) e, nel caso di insolvenza della società, del socio unico di società di capitali per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui tutte le azioni sono appartenute ad un solo soggetto, quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dalle disposizioni rilevanti o fino al momento in cui non sia effettuata la pubblicità prescritta (artt. 2325, comma 2 e 2462, comma 2, c.c.).

Appare di tutta evidenza che per le persone fisiche è certamente più conveniente, perché meno rischiosa, l'appartenenza ad associazioni riconosciute o a società iscritte nel registro delle imprese. Ciò vale, a maggior ragione, qualora l'ente svolga attività di natura economica, in quanto l'autonomia patrimoniale perfetta di cui godono le persone giuridiche comporta che, dal punto di vista patrimoniale, il singolo rischi al massimo il valore del conferimento effettuato a vantaggio dell'associazione o della società.

Il vantaggio della completa autonomia patrimoniale è controbilanciato dalla previsione di numerosi adempimenti (si pensi, ad esempio, agli oneri pubblicitari e di tenuta delle scritture contabili) e limiti (tra cui, l'impossibilità di gestione diretta delle società di capitali, a differenza di quanto avvenga nelle società personali, e il sistema dei controlli pubblici previsti durante la vita dell'ente *non profit* registrato). Costituisce, al contrario, garanzia delle ragioni dei terzi la previsione della responsabilità di quanti abbiano agito in nome e per conto dell'ente o, in casi particolari, di tutti i suoi membri, prevista per associazioni e società che non abbiano chiesto o ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica.

Valutazione degli stati soggettivi

Tra gli altri effetti del riconoscimento della personalità giuridica va menzionato quello relativo alla imputazione degli stati soggettivi, in base al quale quando l'ordinamento subordini determinate conseguenze all'esistenza di particolari stati soggettivi (buona o mala fede, approfittamento della controparte, *animus possidendi, et similia*), mentre per gli enti non riconosciuti può assumere rilievo anche lo stato soggettivo di associati, soci o amministratori privi del potere di rappresentanza, per le persone giuridiche soccorrono le norme di organizzazione interna che individuano le singole persone fisiche, membri o amministratori, cui la legge riconosce, volta per volta, il potere di vincolare l'ente nei confronti dei terzi.

In sintesi, il riconoscimento della personalità giuridica produce, sul piano patrimoniale, l'indipendenza tra il patrimonio dell'ente e quelli dei suoi membri, comportando, di conseguenza, per le persone fisiche associate o socie, il vantaggio della limitazione del rischio economico al valore del conferimento effettuato.

Talvolta lo «schermo» rappresentato dalla persona giuridica è stato

illegittimamente utilizzato per eludere divieti legali o convenzionali (si pensi al caso dell'imprenditore che, per eludere un divieto legale o pattizio di concorrenza, svolga la propria attività a nome di una società costituita *ad hoc*), per eludere l'applicazione di norme fiscali o per conseguire vantaggi altrimenti non spettanti (si pensi al socio unico di società di capitali che, pur beneficiando della limitazione di responsabilità patrimoniale al solo patrimonio sociale, pretenda di esautorare gli organi societari, gestendo direttamente l'ente).

Tra le principali manifestazioni di abuso della personalità giuridica vi sono la confusione sistematica tra patrimonio dell'ente e patrimonio personale dei membri, il ripetersi di prestiti dei soci alla società e la costante precostituzione delle decisioni dell'organo amministrativo dell'ente da parte di soggetti privi del potere di amministrazione. In tali casi, la personalità giuridica è ridotta a “*mero simulacro formale*” che consente a soci e associati di trarre abusivo vantaggio dalla disciplina speciale prevista per gli enti riconosciuti¹².

L'interprete non deve, comunque, dimenticare che la personalità giuridica resta pur sempre una tecnica di semplificazione. Di conseguenza, la repressione delle ipotesi di abuso non può che avvenire disapplicando le norme più favorevoli disposte per la persona giuridica.

5. Le associazioni.

L'associazione, di cui il codice civile non fornisce alcuna definizione, è una formazione sociale con struttura organizzativa a base soggettiva.

In senso lato, per associazione può intendersi la stabile organizzazione di più soggetti per la cura di un comune interesse¹³. Inteso in questa accezione lata, il fenomeno associativo estenderebbe i propri confini fino a ricomprendere al suo interno realtà anche molto diverse tra loro, quali la comunione, la società commerciale, il partito politico.

In senso stretto, l'associazione può essere definita come la formazione sociale dotata dei seguenti caratteri: a) organizzazione interna di tipo collettivistico o corporativo; b) struttura personale aperta all'adesione di nuovi membri interessati al perseguimento di uno scopo comune; c) natura non lucrativa di tale scopo. Nell'ambito di questa accezione ristretta, le associazioni possono ulteriormente essere distinte a seconda che si tratti di associazioni riconosciute o meno.

Le associazioni riconosciute devono essere costituite per atto pubblico (art. 14 c.c.). Il requisito della forma pubblica è richiesto dalla legge ai soli fini del riconoscimento della personalità giuridica e non per la valida costituzione dell'ente.

L'atto costitutivo ha natura contrattuale. In particolare, si tratta di un contratto plurilaterale (art. 1332 c.c.), con cui più soggetti convengono di porre in comune un certo patrimonio per il conseguimento di uno scopo determinato. Esso deve indicare lo scopo che gli associati intendono perseguire e il patrimonio che, a tal fine, conferiscono all'associazione, nonché la denominazione, la sede dell'ente, le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, compresa, eventualmente, la nomina dei primi amministratori con l'indicazione di eventuali limitazioni al

Abuso della
personalità
giuridica
(rinvio)

Atto
costitutivo e
statuto

¹² L'espressione citata nel testo è di GALGANO, voce *Persona giuridica*, *op. cit.*, 405.

¹³ Sul concetto di associazione, DE GIORGI, voce *Associazione*, II) *Associazioni riconosciute*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 1 ss., e SANTARONI, voce *Associazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 485.

potere di rappresentanza di questi ultimi, pena l'inopponibilità ai terzi che non ne fossero a conoscenza. Nell'atto costitutivo devono essere altresì indicati i diritti e gli obblighi degli associati e, in considerazione della natura «aperta» del contratto associativo, le condizioni per l'ammissione di nuovi associati.

Contenuto facoltativo dell'atto costitutivo è, invece, quello relativo alle norme con cui gli associati regolino la futura estinzione dell'associazione e la relativa devoluzione del patrimonio residuo. È pacifico che gli elementi appena indicati, sia che si tratti di informazioni essenziali (art. 16, comma 1, c.c.) che facoltative (art. 16, comma 2, c.c.), possano essere contenuti indifferentemente nell'atto costitutivo o nello statuto. In genere, il primo ha un contenuto molto scarso, limitandosi ad individuare il nuovo soggetto di diritto e rinviando, per la regolamentazione della vita del nuovo ente, allo statuto, il quale diviene, per tale via, parte integrante del contratto associativo. Di conseguenza, anche la modifica dello statuto implica una modifica del contratto associativo¹⁴.

■ **Scopo** L'associazione deve perseguire uno scopo di natura non lucrativa, che escluda la distribuzione di utili e vantaggi economici tra gli associati. La dottrina attualmente prevalente, tuttavia, ammette che tale scopo comune possa essere indirettamente perseguito tramite l'esercizio di un'attività economica (cfr. par. 1).

■ **Patrimonio** Elemento essenziale dell'associazione è il patrimonio. Come già anticipato, il d.P.R. n. 361/2000 richiede, ai fini del riconoscimento dell'associazione, che la consistenza patrimoniale di quest'ultima sia dimostrata da documentazione idonea da allegare alla domanda di riconoscimento. Da tale disposizione può desumersi l'importanza che il legislatore annette alla congruità del patrimonio dell'ente rispetto allo scopo dichiarato nell'atto costitutivo. Al patrimonio deve essere riconosciuta non soltanto la funzione di mezzo per il perseguimento dello scopo comune, ma anche una distinta funzione di garanzia delle ragioni dei soggetti che vantano crediti nei confronti dell'ente. Del patrimonio possono far parte sia diritti reali che personali, con la sola eccezione di quelle situazioni giuridiche di vantaggio che, come il diritto d'uso o di abitazione, presuppongano la fisicità del titolare.

■ **Denominazione e sede** Altri elementi essenziali che, a norma dell'art. 16 c.c., devono essere indicati nell'atto costitutivo o nello statuto sono la denominazione¹⁵ e la sede dell'associazione¹⁶.

La denominazione costituisce il più evidente elemento identificativo dell'ente, a cui viene univocamente riconosciuta la stessa tutela accordata dall'art. 7 c.c. al nome della persona fisica.

La sede individua il luogo in cui l'ente svolge prevalentemente la propria attività.

¹⁴ La giurisprudenza amministrativa ha affermato in un'occasione la possibilità di operare le modificazioni statutarie «sempre che siano giustificate e, fermo l'interesse che il fondatore ha inteso realizzare, non siano tali da pregiudicare lo scopo programmato e da travolgere i connotati inderogabili della fattispecie, quali voluti dal fondatore». C. St. 23.3.1996, n. 123; in relazione ai possibili "controlli" dell'autorità amministrativa v. C. St., Sez. II, 11.6.2020, n. 3722.

¹⁵ La denominazione costituisce il più evidente elemento identificativo dell'ente, a cui viene univocamente riconosciuta la stessa tutela accordata dall'art. 7 c.c. al nome della persona fisica.

¹⁶ La sede individua il luogo in cui l'ente svolge prevalentemente la propria attività. Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nel caso in cui la sede indicata nell'atto costitutivo o nello statuto o la sede risultante dal registro delle persone giuridiche sia diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima (art. 46 c.c.). La sede effettiva è quella dove l'attività dell'ente o la sua amministrazione sono concretamente svolte. In base al disposto dell'art. 46 c.c., tutti i terzi, anche se a conoscenza della sede ufficiale, possono invocare come sede della persona giuridica quella effettiva, sempre che riescano a provare tale effettività.

Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nel caso in cui la sede indicata nell'atto costitutivo o nello statuto o la sede risultante dal registro delle persone giuridiche sia diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima (art. 46 c.c.). La sede effettiva è quella dove l'attività dell'ente o la sua amministrazione sono concretamente svolte. In base al disposto dell'art. 46 c.c., tutti i terzi, anche se a conoscenza della sede ufficiale, possono invocare come sede della persona giuridica quella effettiva, sempre che riescano a provare tale effettività.

Quanto alle norme che disciplinano l'organizzazione dell'associazione, il codice prevede e regola distintamente due organi: l'assemblea e gli amministratori.

Tutti gli associati si riuniscono nell'assemblea che deve essere convocata dagli amministratori almeno una volta l'anno per l'approvazione del bilancio. L'assemblea è altresì convocata ogniqualvolta se ne ravvisi la necessità o quando ne faccia richiesta motivata almeno un decimo degli associati. In quest'ultima ipotesi, qualora non provvedano gli amministratori, la convocazione può essere ordinata dal presidente del tribunale.

La dottrina prevalente ritiene che l'assemblea sia organo collegiale¹⁷, deliberante a maggioranza dei partecipanti che rappresentino, in prima convocazione, almeno la metà degli associati e, in seconda convocazione, qualunque sia il numero degli associati presenti (art. 21 c.c.). La delibera assembleare assume, pertanto, natura di atto collegiale unilaterale, in cui le singole volontà degli associati contribuiscono a formare la volontà unica dell'associazione¹⁸.

Rientrano nella competenza dell'assemblea, oltre all'approvazione del bilancio, alla modifica dell'atto costitutivo e dello statuto, alla decisione di scioglimento dell'associazione, anche la decisione in merito all'esclusione di un associato per gravi motivi (art. 24, comma 3, c.c.), la nomina di amministratori diversi da quelli eventualmente indicati nell'atto costitutivo o nello statuto e la decisione relativa all'azione di responsabilità nei loro confronti (art. 22 c.c.).

L'art. 23 c.c. prevede che le delibere assembleari contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto possano essere annullate su istanza degli organi dell'ente, di qualunque associato o del pubblico ministero.

In genere, l'impugnazione della delibera non ne sospende l'esecutività. La sospensione può essere disposta dall'autorità giudiziaria con decreto motivato in presenza di gravi motivi. La sospensione di delibere per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume può essere disposta anche dall'autorità governativa, pur in assenza di gravi motivi.

L'articolo in commento prevede che oggetto dell'impugnazione possano essere soltanto le delibere assembleari: rimane dunque esclusa la possibilità di impugnare quanto deciso da altri organi, in particolare dall'organo amministrativo.

La giurisprudenza, d'altra parte, adotta un criterio meno formale: si è ritenuto che

¹⁷ La tesi della natura collegiale della delibera assembleare, maggioritaria in dottrina, è sostenuta, tra gli altri da SANTARONI, voce *Associazione*, *op. cit.*, 489 e DE GIORGI, voce *Associazione*, *op. cit.*, 7.

¹⁸ *Contra*, GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1969, 186, secondo cui le manifestazioni individuali di volontà degli associati restano distinte e autonome, rappresentando un fascio di atti separati.

possa ammettersi l'impugnazione di una delibera di un organo diverso da quello assembleare, quando *«esso verta su materia, che di norma, nelle associazioni fornite di personalità giuridica, sarebbe attribuita all'assemblea o comunque quando sia tale da incidere sulla struttura e sull'ordinamento dell'associazione o sui diritti degli associati»*¹⁹. Giurisprudenza e dottrina riconoscono, inoltre, l'applicabilità analogica della disposizione in esame alle associazioni non riconosciute²⁰.

La dottrina maggioritaria ritiene che l'unica forma di invalidità delle delibere assembleari ammessa dal codice sia l'annullabilità, così come disciplinata dalle norme vigenti in materia contrattuale. Secondo tale tesi, in analogia con quanto disposto dall'art. 2377 c.c. per l'invalidità delle delibere societarie, le deliberazioni di associazioni riconosciute resterebbero semplicemente annullabili anche qualora contrarie a norme imperative, in deroga al principio sancito dall'art. 1418, comma 1, c.c. Si rileva che l'analogia tra le due discipline non è completa in quanto, mentre l'art. 2379 c.c. ammette, in materia societaria, la nullità delle delibere sebbene limitata alle sole ipotesi di impossibilità o illiceità dell'oggetto, la deliberazione dell'assemblea di un'associazione riconosciuta non sarebbe mai nulla.

Dalle delibere annullabili per contrarietà alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto vanno tenute distinte le delibere c.d. inesistenti, non vincolanti (è il caso, ad esempio, della delibera adottata da soggetti estranei all'assemblea).

Dall'invalidità della delibera deve distinguersi l'invalidità della singola manifestazione di volontà dell'associato: quest'ultima inciderà sulla delibera assembleare solo qualora, in sua mancanza, non si raggiunga il *quorum* richiesto per la valida costituzione e decisione dell'organo assembleare (c.d. prova di resistenza).

5.1. Gli amministratori.

Ammini-
stratori

Gli amministratori costituiscono l'organo esecutivo dell'associazione. Generalmente, la concreta composizione dell'organo amministrativo, con l'espressa indicazione di coloro ai quali sia attribuita la rappresentanza dell'associazione, nonché le modalità di nomina di nuovi amministratori, sono indicate nello statuto. Eventuali limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori che non risultino dal registro delle persone giuridiche non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che ne fossero comunque a conoscenza.

L'organo amministrativo può essere costituito da una sola persona o, come più comunemente accade, da più soggetti riuniti in un consiglio di amministrazione. Essi rispondono della gestione verso l'ente secondo le norme del mandato (art. 18 c.c.). Si tratta, dunque, di una responsabilità di natura contrattuale. È esente da tale responsabilità verso l'associazione solo quello degli amministratori che non abbia preso parte all'atto fonte del danno o che, essendo a conoscenza dell'atto che si stava per compiere, abbia manifestato il proprio dissenso (art. 18 c.c.). **La norma si riferisce anche agli amministratori di un'associazione non riconosciuta**²¹.

¹⁹ Tribunale di Roma 14.1.1975; Cfr. anche T. Milano 7.6.1990; T. Ferrara 6.6.1984; T. Catania 15.6.1982.

²⁰ In dottrina, v. Erolì, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1990, 172. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. I, 21/10/1987, n. 7754e Tribunale di Taranto, Sez. I, 4.1.2022.

²¹ T. Perugia, Sez. II, 13.1.2022

5.2. Lo status di associato e il rapporto associativo.

Lo status di associato si acquista con la stipulazione dell'atto costitutivo o, successivamente, mediante adesione ad una associazione già esistente.

Come può desumersi dall'art. 16 c.c., il carattere «aperto» è un “*essentialia negotii del contratto di associazione*”²². La disposizione codicistica prevede che l'atto costitutivo o lo statuto determinino i diritti e gli obblighi degli associati, ma anche le condizioni della loro ammissione. Conseguentemente, sarebbero nulle le clausole contrattuali che escludessero, *sic et simpliciter*, la possibilità di adesioni successive alla costituzione.

Non esiste un vero e proprio diritto a divenire associati. La scelta in merito all'ingresso di nuovi membri spetta, per la dottrina prevalente, agli amministratori, cui è attribuito il compito di dare attuazione al contratto associativo²³. Una limitata forma di tutela per i soggetti respinti può essere costituita dall'obbligo di motivazione della decisione di non ammissione, finalizzato ad una più agevole verifica del rispetto delle condizioni previste nell'atto costitutivo. L'eventuale decisione in contrasto con tali previsioni esporrebbe gli amministratori alle sanzioni previste dalla legge o dall'atto costitutivo per la violazione dei loro doveri, ma non attribuirebbe alcun diritto giudizialmente tutelato al soggetto illegittimamente respinto. A tale proposito, la giurisprudenza rileva come, pur in presenza dei requisiti indicati nell'atto costitutivo o nello statuto, non sarebbe comunque configurabile, a carico dell'associazione, un obbligo di accogliere le domande di ammissione ricevute. Ciò, in quanto la decisione relativa all'ammissione resta sempre, sia da parte dell'associazione che da parte di chi aspiri a divenire associato, un atto di autonomia contrattuale, per il quale l'art. 1325 c.c. richiede, a pena di nullità, l'accordo delle parti²⁴.

Alla titolarità del rapporto associativo si ricollegano diritti ed obblighi²⁵. Tra i primi, il diritto di voto in assemblea, il diritto di impugnare le delibere assembleari invalide, il diritto di recesso costituiscono contenuto legale del contratto di associazione, essendo previsti direttamente dalla legge, senza possibilità di deroga. L'atto costitutivo e lo statuto possono prevedere diritti ulteriori, come quello di utilizzo dei beni dell'associazione. Gli obblighi attengono principalmente al conferimento di contributi patrimoniali o di prestazioni personali.

5.3. La cessazione del rapporto associativo (recesso ed esclusione).

La qualità di associato si perde in due casi: per recesso o per esclusione.

Come chiarito dall'art. 24, comma 1, c.c., in considerazione del suo carattere spiccatamente personale, la qualità di associato non è trasmissibile, salvo diversa previsione contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto. Il diritto di recesso è espressione anch'esso, in negativo, della medesima libertà di associazione tutelata

²² GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., 233.

²³ Cfr. SANTARONI, voce *Associazione*, op. cit., 494.

²⁴ Cfr. Cass., 7 maggio 1997, n. 3980 in *Contratti*, 1998, 1, 40.

²⁵ La giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente sostenuto che gli associati devono avere i medesimi diritti e obblighi: cfr. Cons. St., n. 1013/1958. Più di recente, talune pronunce di merito hanno ammesso la legittimità della clausola statutaria recante previsione che il diritto di voto sia riconosciuto solo a determinate categorie di associati, nel caso di specie, agli associati fondatori dell'ente: cfr. Trib. Napoli, 23 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 619.

dall'art. 18 Cost. A meno di non avere assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato, l'associato è libero di recedere.

Deve ritenersi che, oltre a tale possibilità di recesso *ad nutum*, ossia senza alcun obbligo di giustificare la propria decisione, e pur in assenza di esplicita previsione normativa, l'associato abbia anche il diritto di recedere immediatamente in presenza di giusta causa. L'aspetto «negativo» della libertà di associazione, di cui è espressione il diritto dell'associato di recedere dal contratto associativo, può essere solo temporaneamente limitato, ad esempio per effetto di clausole con cui l'associato si obblighi a permanere nell'organizzazione per un certo tempo o qualora lo statuto disciplini le modalità di esercizio del diritto di recesso rinviando la sua efficacia all'anno successivo a quello in cui la domanda di recesso è presentata.

Una delibera di esclusione dell'associato da un'associazione, affinché risulti valida, non presuppone necessariamente la preventiva contestazione dell'addebito all'associato, poichè essa non è prevista da alcuna disposizione di legge e la fase contenziosa non ha carattere preventivo, ma segue in sede di opposizione.

Ai fini del decorso del termine per proporre l'opposizione medesima, è necessaria la comunicazione di addebiti che siano rigorosamente enunciati, dovendo l'esigenza di specificità della contestazione ritenersi soddisfatta allorquando le indicazioni fornite consentano di individuare le ragioni dell'esclusione, così da porre l'associato in condizione di predisporre la difesa²⁶.

Quanto alla seconda causa di cessazione del rapporto associativo, l'art. 24, comma 3, c.c. subordina l'esclusione dell'associato alla presenza di gravi motivi quali, ad esempio, la violazione di obblighi di carattere patrimoniale (si pensi all'inadempimento dell'obbligo di conferire taluni beni all'associazione) o personale (si pensi al caso di un associato che tenga ripetutamente condotte gravemente contrastanti con lo scopo ideale perseguito dell'associazione).

Colui nei cui confronti sia stata deliberata l'esclusione può ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dall'avvenuta notifica della decisione assembleare. Quanto ai limiti del sindacato giurisdizionale, al giudice spetta il potere-dovere di accertare la gravità o la non scarsa importanza delle violazioni poste a base della decisione di esclusione, in analogia a quanto previsto per la risoluzione per inadempimento dall'art. 1455 c.c., ma non anche la valutazione in merito all'opportunità dell'esclusione stessa. Il controllo giurisdizionale sulla delibera di esclusione, dunque, è un controllo di legittimità, ossia sul rispetto delle condizioni legali o contrattuali cui soggiace l'esclusione.

È pur vero che negli ultimi anni la giurisprudenza, su impulso della dottrina, ha in parte riconsiderato gli ambiti del sindacato giurisdizionale in ordine alla delibera di esclusione del socio rivedendo le nozioni di legittimità della delibera e di interpretazione delle clausole generali.

In tal senso un'importante sentenza della Corte di Cassazione²⁷ ha chiarito che il giudizio di legittimità della delibera deve riferirsi non solo alla cd. legittimità formale (ossia ad un accertamento finalizzato a verificare che l'esclusione sia stata

²⁶ Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 10/08/2021, n. 22605; Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 20/09/2021, n. 25319.

²⁷ Cass., 4 settembre 2004, n. 17907, in *Foro it.*, 2005, 1, 1819.

deliberata nel rispetto delle regole procedurali al riguardo stabilite dalla legge o dall'atto costitutivo dell'ente), ma anche alla c.d. legittimità sostanziale (intesa a «stabilire se sussistono le condizioni legali e statutarie in presenza delle quali un siffatto provvedimento può essere legittimamente adottato»).

Inoltre, sotto il profilo dell'interpretazione della clausola generale dei gravi motivi previsti dall'art. 23 c.c., la Suprema Corte ha ricordato che l'interpretazione di tale requisito si appalesa come *«un concetto relativo, la cui valutazione non può anzitutto prescindere dal modo in cui gli associati medesimi lo hanno inteso nella loro autonomia organizzatoria»*.

Si tratta - in sostanza - di contenere la discrezionalità degli organi associativi attraverso un giudizio, alla base del quale vi è una clausola - quella dei «gravi motivi» - che, mutuando una formulazione cara alla giurisprudenza amministrativa, si caratterizza come una valutazione estrinseca, ovvero finalizzata a controllare le illegittimità formali e sostanziali, nonché le manifeste violazioni dei fini sociali, senza però poter procedere ad una valutazione intrinseca dell'opportunità o meno della delibera, poiché, in tal caso, vi sarebbe un'indebita ingerenza sull'autonomia associativa.

In altre parole, il controllo giurisdizionale deve limitarsi a valutare se la motivazione della delibera di esclusione non si palesi come manifestamente contraddittoria o se sia stata posta in essere per interessi e finalità non coincidenti con quelli dell'associazione (in tale settore, la dottrina ha rinvenuto un caso classico di interesse legittimo di diritto privato in capo all'associato escluso, in presenza del quale si riduce il margine di scelta dell'associazione, qualificandolo come discrezionale e non arbitrario o non libero nei fini).

L'ultimo comma dell'art. 24 c.c. nega che gli associati, esclusi o receduti o che, per qualsiasi motivo, abbiano cessato di fare parte dell'associazione, possano ripetere i contributi versati o vantare diritti sul patrimonio dell'associazione.

5.4. L'estinzione dell'associazione.

Ai sensi dell'art. 27 c.c. l'associazione si estingue, oltre che per le cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche quando lo scopo sia stato raggiunto o, al contrario, non sia più conseguibile. L'associazione si estingue, altresì, quando siano venuti a mancare tutti gli associati.

Il verificarsi di una causa di estinzione non produce l'estinzione immediata dell'ente, ma determina l'apertura della fase di liquidazione dei beni appartenenti all'associazione, durante la quale gli amministratori non possono compiere nuove operazioni, per le quali rispondono solidalmente e personalmente. Restano ammissibili i soli atti di ordinaria amministrazione, tendenti alla mera gestione e conservazione del patrimonio della persona giuridica.

Nel corso della liquidazione si provvede alla definizione dei rapporti giuridici attivi e passivi dell'ente. I beni che residuano, esaurite le attività di liquidazione, sono devoluti in conformità all'atto costitutivo o allo statuto.

In virtù dell'art. 31 c.c., i creditori che non abbiano fatto valere i propri diritti durante la liquidazione possono chiedere il pagamento a coloro cui siano stati devoluti tali beni residui, in proporzione e nei limiti del valore di quanto ricevuto,

Vicende
dell'associa-
zione:
estinzione,
liquida-
zione,
devoluzione

entro un anno dalla chiusura della liquidazione. Eventuali beni residui con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente sono devoluti dall'autorità governativa, con lo stesso onere, a persone giuridiche che hanno fini analoghi (art. 32 c.c.).

5.5. Le associazioni di fatto.

Sotto il profilo strutturale, l'associazione non riconosciuta non si distingue dall'associazione con personalità giuridica, essendo anch'essa composta da un gruppo di individui che perseguono un interesse comune tramite un'organizzazione stabile e mezzi patrimoniali a ciò destinati. Nell'ambito di tali gruppi organizzati, un ruolo di primo piano rivestono, per la loro rilevanza sociale, le organizzazioni sindacali, i partiti politici²⁸ e, più di recente, le associazioni di consumatori e utenti, nonché le associazioni per la protezione dell'ambiente e le associazioni di assistenza e volontariato.

Il legislatore del 1942 si è limitato a dettare una disciplina «essenziale» del fenomeno delle associazioni prive della personalità giuridica, alle quali la dottrina maggioritaria ritiene comunque applicabili le regole generali che governano l'autonomia contrattuale e i relativi limiti²⁹. La Suprema Corte ha di recente ribadito come si applichi anche all'associazione non riconosciuta la norma prevista dall'art. 24 c.c., dettata in relazione all'associazione riconosciuta, secondo cui gli organi associativi possono deliberare l'esclusione dell'associato per gravi motivi³⁰. Per la costituzione di associazioni non riconosciute non sono richieste formalità particolari, salvo l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* per gli atti di conferimento aventi ad oggetto beni immobili o diritti di godimento ultranovennali, in applicazione dell'art. 1350 c.c.

Come si rileva dalla lettura del primo comma dell'art. 36 c.c., il legislatore ha conferito ampi spazi di autonomia agli associati, liberi di regolare l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute di cui siano membri mediante accordi interni³¹.

Struttura

²⁸ In tema di gruppi parlamentari vgs. Cass. civ., Sez. lavoro, Sentenza, 06/06/2014, n. 12817 (e ora Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 16/07/2021, n. 20398), secondo la quale la responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38, 2° co. a carico di colui che agisce in nome e per conto di un gruppo parlamentare, il quale, a norma dell'art. 14 del regolamento della Camera dei deputati, si costituisce all'inizio di ogni legislatura, cessa al termine della stessa. Essa non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per conto di essa e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori tra questa e i terzi. Si è ulteriormente affermato che il gruppo parlamentare ha una propria legittimazione passiva, che si distingue da quella di chi ha agito, in nome e per conto del medesimo (Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 16/07/2021, n. 20398).

²⁹ In senso contrario, tra gli altri, BASILE, voce *Associazione*, III) *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. giur. Trecani*, III, Roma, 1988, 3; favorevole alla diretta applicabilità delle norme sulle associazioni riconosciute è, invece, GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 177.

³⁰ V. Cass., 16 settembre 2019, n. 22986, in *Dejure*, la quale ha poi precisato come «il giudice davanti al quale sia proposta l'impugnazione della deliberazione di esclusione abbia il potere-dovere di valutare se si tratti di fatti gravi e non di scarsa importanza, cioè se si sia avverata in concreto una delle ipotesi previste dalla legge e dall'atto costitutivo per la risoluzione del singolo rapporto associativo, prescindendo dall'opportunità intrinseca della deliberazione stessa».

³¹ BASILE, voce *Associazione*, *cit.*, 5 osserva che la disposizione dell'art. 36 c.c. «se quando è stata formulata doveva costituire quasi il suggello del disinteresse dello Stato per gli enti non riconosciuti, oggi, in forza del principio di libertà espresso nell'art. 18 Cost., è invece il caposaldo della loro giuridica rilevanza».

Le associazioni non riconosciute, ai sensi dell'art. 36, comma 2, c.c. stanno in giudizio in persona di coloro ai quali sia attribuita la presidenza o la direzione dell'ente. In considerazione della mancanza di un sistema di pubblicità analogo a quello costituito, per le persone giuridiche, dal registro delle imprese, che consente a tutti i terzi di conoscere immediatamente i nominativi dei soggetti cui sia stato attribuito il potere di rappresentanza, deve ritenersi che il potere di rappresentare in giudizio l'ente non riconosciuto inerisca alle più alte cariche associative, senza che sia necessaria un'indicazione ulteriore nell'atto costitutivo o nello statuto.

Autonomia
patrimoniale
imperfetta

La principale differenza tra associazioni riconosciute e non riconosciute attiene al profilo patrimoniale. È stato affermato che, ai sensi l'art. 36, per il quale l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi tra gli associati, costoro possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti, poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati. Ne consegue che, qualora il giudice di merito accerti tale circostanza, sussiste la legittimazione attiva dello studio professionale associato - cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomo centro d'imputazione di rapporti giuridici - rispetto ai crediti per le prestazioni svolte dai singoli professionisti a favore del cliente conferente l'incarico, in quanto il fenomeno associativo tra professionisti può non essere univocamente finalizzato alla divisione delle spese ed alla gestione congiunta dei proventi³².

L'art. 37 c.c. prevede che i contributi degli associati e i beni con essi acquistati confluiscono nel cd. fondo comune dell'associazione. A seguito dell'abrogazione degli artt. 600 e 786 c.c., anche i beni ricevuti dall'ente a titolo di eredità o donazione confluiscono nel patrimonio dell'ente.

Durante la vita dell'associazione, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretendere la propria quota individuale in caso di recesso (art. 37, comma 2, c.c.). In virtù dell'ampia autonomia di cui godono gli enti non riconosciuti, la suddivisione del patrimonio comune tra gli associati potrà essere prevista dai loro accordi, per l'ipotesi di estinzione e conseguente liquidazione.

Il fondo comune, dunque, costituisce vera e propria dotazione patrimoniale dell'associazione non riconosciuta, quale autonomo soggetto di diritto. Esso garantisce l'adempimento delle obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione (art. 38 c.c.). Tale disposizione esclude che la responsabilità per le obbligazioni dell'ente gravi indistintamente sui patrimoni personali dei membri sancendo, conseguentemente, una certa autonomia patrimoniale dell'ente rispetto ai singoli che ne fanno parte. Al medesimo tempo, l'art. 38 c.c. prevede la responsabilità patrimoniale personale e solidale di coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione³³.

³² Cass. civ., Sez. I, 15/07/2011, n. 15694. Conferma: Cass. civ., Sez. I, 04/03/2016, n. 4268; Cass. civ., Sez. II, 29/02/2016, n. 3926. Cfr., anche, Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 26/01/2022, n. 2332.

³³ Cfr. Cass., 17 settembre 2020, n. 19370, in *Dejure* la quale ha specificato che «La responsabilità personale e solidale di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per suo conto. Tale responsabilità non concerne, neppure in parte, un debito proprio dell'associato, ma ha carattere accessorio, anche se non sussidiario, rispetto alla responsabilità primaria dell'associazione, con la

La responsabilità aggiuntiva non riguarda necessariamente coloro cui sia attribuita la rappresentanza o la direzione dell'ente, ma è disposta a carico di coloro che abbiano concretamente agito assumendo obblighi in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta, indipendentemente dalla carica associativa eventualmente ricoperta³⁴.

La «permeabilità» dei patrimoni personali di tali soggetti trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di protezione dei terzi che, in assenza di un regime pubblicitario relativo al patrimonio dell'ente analogo a quello previsto per le persone giuridiche, abbiano fatto affidamento anche sulla solvibilità dei soggetti che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione³⁵.

È appena il caso di precisare che la responsabilità solidale sussiste solo nei confronti dei terzi e non nei confronti dell'associato creditore dell'associazione che, per il fatto stesso di essere membro, non può non conoscere la consistenza patrimoniale dell'ente³⁶.

Quanto alla natura giuridica, la responsabilità personale e solidale disposta dall'ultima parte dell'art. 38 c.c. è inquadrabile nell'ambito delle garanzie *ex lege* ed è assimilabile alla responsabilità del fideiussore.

La responsabilità di colui che abbia agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non concerne neppure in parte un debito proprio, avendo carattere accessorio rispetto alla responsabilità primaria della stessa associazione³⁷. L'art. 38 c.c. riferisce esplicitamente la responsabilità del fondo comune, e quella personale e solidale di coloro che abbiano concretamente agito in nome e per conto dell'ente, esclusivamente agli obblighi di origine negoziale. Tuttavia, è indubbia la sua applicabilità anche agli obblighi di origine diversa, tra cui l'obbligo risarcitorio nascente da illecito. **Secondo la giurisprudenza³⁸, in tema di obbligazioni tributarie, deve essere esclusa la responsabilità personale e solidale ex art. 38 in capo al legale rappresentante di un'associazione non riconosciuta (fondata sul mero presupposto della copertura della suddetta carica), in quanto tale responsabilità deve essere invece collegata alla concreta attività negoziale svolta**

conseguenza che l'obbligazione, avente natura solidale, di colui che ha agito per essa è inquadrabile fra quelle di garanzia *ex lege*, assimilabili alla fideiussione».

³⁴ Si vedano, ad es., Cass., 17 giugno 2008, n. 16344; Cass., sez. lav., 16 maggio 2000, n. 6350, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 280; Cass., 7 aprile 1992, n. 4266, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2617 e Cass., sez. lav., 21 maggio 1998, n. 5089, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Allo stesso modo, più recentemente, Cass., 4 aprile 2017, n. 8752, secondo la quale «la responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38, comma 2, c.c. per colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività negoziale effettivamente svolta per conto di essa e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori fra questa ed i terzi, con la conseguenza che chi invoca in giudizio tale responsabilità è gravato dall'onere di provare la concreta attività svolta in nome e nell'interesse dell'associazione, non essendo sufficiente la dimostrazione in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente. (Nella specie, la S.C. ha escluso la responsabilità patrimoniale di un soggetto solo perché rappresentante di un'associazione di categoria)».

³⁵ Correttamente, Cass., 22 luglio 1981, n. 4710, in *Mass. Giur. it.*, 1981, esclude che tale responsabilità si estenda ai soggetti che si siano limitati a decidere il compimento dell'atto all'interno degli organi associativi e che i terzi creditori non abbiano conosciuto e di cui non abbiano valutato l'affidabilità.

³⁶ In tal senso, tra le tante, Cass., 29 agosto 1980, n. 5020, in *Rep. Foro it.*, 1980.

³⁷ Cfr., Cass., 6 agosto 2002, n. 11759, in *Contratti*, 2003, 2, 137 e Cass., Sez. lav., 4 marzo 2000, n. 2471, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

³⁸ Cass. civ., Sez. VI - 5, 17/06/2015, n. 12473.

per conto dell'associazione e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori tra l'ente ed i terzi³⁹.

Si è anche precisato che, nel caso dei debiti tributari, atteso che questi sorgono *ex lege* all'atto del relativo presupposto, ne è chiamato a rispondere solidalmente anche colui che, in virtù del ruolo rivestito, abbia condotto la complessiva gestione dell'associazione nell'anno considerato. In tale ambito, il richiamo alla effettiva ingerenza serve soltanto a circoscrivere la responsabilità alle uniche obbligazioni che sono sorte durante il periodo in cui la citata carica era attiva⁴⁰.

6. Le fondazioni.

La disciplina dettata dagli artt. 14 e ss. c.c. si riferisce sia alle associazioni riconosciute che alle fondazioni. La maggior parte delle disposizioni è indirizzata indifferentemente ad entrambe le organizzazioni. Poche sono, infatti, le norme destinate specificamente alle fondazioni.

In mancanza di una definizione legislativa del fenomeno, la nozione di fondazione si deve alla ricostruzione dottrinale e all'opera della giurisprudenza. Tale nozione ruota attorno all'idea di un complesso di beni destinati al conseguimento di uno scopo di pubblica utilità. Da ciò emergono due tra i principali caratteri della fondazione: l'autonomia dell'ente rispetto al fondatore e la netta prevalenza del dato patrimoniale sull'aspetto personale, tipico dell'associazione.

Atto
costitutivo
e statuto

La fondazione può essere costituita, come l'associazione, per atto tra vivi necessitando, in tal caso, della forma solenne. L'art. 14, comma 2, c.c. ne prevede la possibilità di costituzione per testamento. In applicazione dei principi vigenti in materia successoria, tale previsione non ha effetto che al momento dell'apertura della successione (art. 456 c.c.).

L'atto di fondazione è un atto unilaterale non recettizio con il quale il fondatore compie un atto di disposizione (e di destinazione) patrimoniale, spogliandosi definitivamente e gratuitamente della titolarità di taluni beni, destinandoli al perseguimento di uno scopo determinato. La natura unilaterale non è esclusa in presenza di più fondatori: in tal caso l'atto costitutivo della fondazione si compone di un fascio di identici atti unilaterali non recettizi.

Quanto al contenuto dell'atto costitutivo di fondazione, l'art. 16 c.c. precisa che in esso devono essere determinati i criteri e le modalità di erogazione delle rendite e possono essere contenute le norme relative alla trasformazione dell'ente.

L'art. 15 c.c. consente al fondatore di revocare l'atto di fondazione fino al momento del riconoscimento della personalità giuridica o, se prima del riconoscimento il fondatore abbia fatto iniziare l'attività, fino a tale ultimo momento. La facoltà di revoca non si trasmette agli eredi. La regola prevista dal legislatore, dunque, è quella della revocabilità dell'atto fino al momento del riconoscimento. Le due eccezioni riguardano, da un canto, l'ipotesi in cui il fondatore non abbia atteso tale riconoscimento per l'inizio dell'attività, dovendosi

³⁹ Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 09/02/2021, n. 3093; cfr., tuttavia, Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 25/02/2021, n. 5174 e Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 21/09/2021, n. 25451, secondo la quale risulta valido l'avviso di accertamento intestato ad un'associazione non riconosciuta, emesso successivamente alla sua estinzione e notificato al legale rappresentante.

⁴⁰ C. 5684/2019; per l'ipotesi di avvicendamento nella carica, v. C., ord., 3093/2021.

ritenere tale decisione incompatibile con la volontà di avvalersi della facoltà di revoca; dall'altro, l'ipotesi di premorienza del fondatore rispetto al riconoscimento della personalità giuridica, la quale si giustifica in virtù della natura personale dell'atto di fondazione, come tale non più revocabile da parte degli eredi.

6.1. Le fondazioni di fatto.

Fondazione
di fatto

La possibilità che l'attività della fondazione inizi in pendenza del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica ha fatto ritenere ad una parte della dottrina l'ammissibilità nel nostro ordinamento della c.d. fondazione di fatto⁴¹. Diversamente, la tesi tuttora prevalente nega tale ammissibilità, esplicitamente prevista dal codice per le sole associazioni, e ritiene che, in attesa del riconoscimento, i beni restino nella titolarità esclusiva del fondatore⁴². Quest'ultimo risponde, assieme agli amministratori che abbiano agito, delle obbligazioni contrattuali o extracontrattuali eventualmente assunte, anche oltre il valore dei beni conferiti in fondazione. Né appare corretto individuare un esempio di fondazione non riconosciuta nel comitato, tenuto conto della temporaneità che caratterizza l'attività del comitato a fronte della stabilità di quella svolta dalla fondazione.

6.2. L'atto di fondazione.

La fondazione può essere costituita, come l'associazione, per atto tra vivi necessitando, in tal caso, della forma solenne. L'art. 14, comma 2, c.c. ne prevede la possibilità di costituzione per testamento. In applicazione dei principi vigenti in materia successoria, tale previsione non ha effetto che al momento dell'apertura della successione (art. 456 c.c.).

L'atto di fondazione è un atto unilaterale non recettizio con il quale il fondatore compie un atto di disposizione (e di destinazione) patrimoniale, spogliandosi definitivamente della titolarità di taluni beni e destinandoli al perseguimento di uno scopo determinato. La natura unilaterale non è esclusa in presenza di più fondatori: in tal caso l'atto costitutivo della fondazione si compone di un fascio di identici atti unilaterali non recettizi.

Quanto al contenuto dell'atto costitutivo di fondazione, l'art. 16 c.c. precisa che in esso devono essere determinati i criteri e le modalità di erogazione delle rendite e possono essere contenute le norme relative alla trasformazione dell'ente.

L'art. 15 c.c. consente al fondatore di revocare l'atto di fondazione fino al momento del riconoscimento della personalità giuridica o, se prima del riconoscimento il fondatore abbia fatto iniziare l'attività, fino a tale ultimo momento. La facoltà di revoca non si trasmette agli eredi. La regola prevista dal legislatore, dunque, è quella della revocabilità dell'atto fino al momento del riconoscimento. Le due eccezioni riguardano, da un canto, l'ipotesi in cui il fondatore non abbia atteso tale riconoscimento per l'inizio dell'attività, dovendosi ritenere tale decisione incompatibile con la volontà di avvalersi della facoltà di revoca; dall'altro, l'ipotesi di premorienza del fondatore rispetto al riconoscimento

⁴¹ La tesi dell'ammissibilità della fondazione di fatto è sostenuta da GALGANO, voce *Fondazione*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 2 ss.

⁴² Per la tesi maggioritaria in dottrina, cfr. RESCIGNO, voce *Fondazione*, C) *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 801.

della personalità giuridica, la quale si giustifica in virtù della natura personale dell'atto di fondazione, come tale non più revocabile da parte degli eredi.

Con l'atto di fondazione il fondatore enuncia lo scopo dell'ente, predispone la struttura organizzativa deputata al suo perseguimento e fornisce l'ente dei mezzi patrimoniali reputati necessari e sufficienti al raggiungimento dello scopo enunciato⁴³. L'atto di fondazione in senso lato risulterebbe, conseguentemente, costituito da due atti distinti: da un lato, un atto di disposizione patrimoniale tramite il quale il fondatore si priva della titolarità di determinati beni, destinandoli al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità (c.d. atto di *dotazione*)⁴⁴; dall'altro, l'atto costitutivo in senso stretto, tramite il quale, come osservato per l'atto costitutivo o per lo statuto dell'associazione, il fondatore predetermina la struttura organizzativa (ad es. amministratore unico o consiglio di amministrazione) che provvederà all'attività concretamente posta in essere dall'ente (c.d. atto di organizzazione).

La dottrina generalmente riconosce l'autonomia tra i due atti, che risulterebbero, comunque, collegati. Minoritaria è ad oggi la tesi favorevole a riconoscere unitarietà all'atto di fondazione, di cui l'atto di dotazione risulterebbe parte integrante priva di autonomia causale⁴⁵.

6.3. Gli amministratori.

Ulteriori elementi di distinzione tra associazione e fondazione sono quelli relativi alla differente struttura organizzativa e alle conseguenti peculiari modalità con cui è data attuazione allo scopo enunciato nell'atto di fondazione.

È di tutta evidenza, infatti, come la prevalente natura di patrimonio di destinazione della fondazione e l'assenza di membri siano incompatibili con la presenza di un organo di tipo assembleare e con problematiche attinenti al rapporto tra l'ente e i suoi membri. L'unico organo necessario per la fondazione è quello competente a dare concreta attuazione allo scopo indicato dal fondatore, amministrando i beni dell'ente ed erogando le relative rendite secondo le modalità previste dall'atto costitutivo⁴⁶.

Gli amministratori della fondazione sono nominati nell'atto costitutivo o, successivamente, sulla base dei criteri da questo indicati. In mancanza o, comunque, in tutti i casi in cui le norme relative all'amministrazione contenute nell'atto costitutivo non possano attuarsi, alla nomina o alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti provvede l'autorità governativa a cui spetta una generale funzione di controllo e vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni (art. 25 c.c.).

La posizione degli amministratori della fondazione si distingue nettamente tanto dalla posizione

Atto di dotazione e atto di organizzazione

L'organizzazione e l'attività: gli amministratori

⁴³ GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 1.

⁴⁴ L'atto di dotazione andrebbe riconosciuta natura gratuita; sarebbe assimilabile ad un contratto di donazione *inter vivos*, o di disposizione testamentaria a titolo di eredità o legato, se *mortis causa*; cfr., in tal senso, RESCIGNO, voce *Fondazione*, op. cit., 801, e, successivamente, FUSARO, voce *Fondazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, 360.

⁴⁵ Tale tesi è sostenuta da GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 2.

⁴⁶ Particolarmente interessante la lettura di FUSARO, voce *Fondazione*, cit., 364, che pone in luce l'evoluzione, anche in materia di fondazione, «dall'originario omaggio nei confronti della teoria del patrimonio separato, all'enfasi attualmente riposta sul ruolo delle persone e dell'organizzazione medesima».

degli associati, quanto dalla posizione degli amministratori della associazione. Quanto ai primi, occorre rilevare come mentre gli associati sono vincolati al perseguimento dello scopo associativo ma possono convenire in ogni tempo una modifica contrattuale ad esso relativa, gli amministratori della fondazione non possono che rispettare, nell'adempimento del proprio ufficio, lo scopo scelto autonomamente dal fondatore, senza possibilità di modificarlo. Con riferimento ai secondi, mentre i poteri degli amministratori dell'associazione trovano un limite nella necessità che l'assemblea annualmente approvi, con il bilancio, l'attività da questi compiuta, gli amministratori della fondazione sono, generalmente, autonomi nella scelta delle modalità concrete di attuazione dello scopo dell'ente. Ciò in quanto un principio vigente in materia di fondazione è quello dell'estraneità del fondatore alla gestione dell'ente. In base ad esso, a quest'ultimo spetta la scelta relativa allo scopo che la fondazione perseguirà ma, con la costituzione del vincolo di destinazione sui beni trasferiti alla fondazione e la nomina degli amministratori o l'indicazione dei criteri per la loro individuazione, questi si spoglia definitivamente della disponibilità di tali beni e della possibilità di ingerirsi nell'esecuzione dell'attività necessaria al raggiungimento dello scopo. Deve riconoscersi, tuttavia, come la regola dell'estraneità del fondatore all'attuazione dello scopo è declinata in senso restrittivo nel caso in cui l'atto costitutivo riservi a vita al fondatore la facoltà di nomina dell'organo amministrativo.

L'ampiezza dei poteri attribuiti all'organo amministrativo delle fondazioni e la possibile esistenza di penetranti poteri di controllo del fondatore sull'attività dell'organo amministrativo permettono una rivalutazione dell'elemento personale della fondazione, quale organizzazione formata da persone (gli amministratori) che persegue uno scopo determinato ed immodificabile, avvalendosi di un complesso di beni a ciò destinato⁴⁷.

6.4. Il controllo e la vigilanza dell'autorità governativa.

L'art. 25 c.c. assoggetta le fondazioni a rilevanti controlli pubblici.

Si è precisato che le forme di controllo pubblico cui l'art. 25 c. c. assoggetta le fondazioni sono funzionalmente (e restrittivamente) preordinate alla tutela dell'ente, trovando ragione nell'assenza di un controllo interno analogo a quello esercitato nelle associazioni dai membri o da appositi organi statutariamente previsti e a ciò deputati. Tali poteri dell'autorità amministrativa esprimono non una funzione di tutela nel merito, o di controllo sulla mera opportunità delle determinazioni o gestionale o di indirizzo, quanto piuttosto una funzione di vigilanza, cioè di controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione. Tale controllo a sua volta non è astratto e generale, ma funzionale alla salvaguardia dell'interesse interno e istituzionale dell'ente, in rapporto alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore e a suo tempo stimato meritevole di separazione di responsabilità, attraverso l'atto di riconoscimento giuridico della fondazione⁴⁸: detto controllo è meramente funzionale alla tutela del vincolo di destinazione del patrimonio, in quanto preposto al conseguimento del fine voluto dal fondatore. Ne segue che l'autorità

Controllo
sull'ammi-
nistrazione

⁴⁷ Sulla possibile interpretazione in senso personalistico del fenomeno delle fondazioni, cfr. GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 4.

⁴⁸ T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 12/09/2019, n. 2178.

non possa imporre alla fondazione modalità organizzative diverse da quelle prescelte, potendo intervenire solo nei limiti dell'art. 25⁴⁹.

La dottrina giustifica i penetranti poteri di controllo e vigilanza attribuiti all'autorità governativa in base al triplice rilievo per cui: i) un complesso, anche significativo, di beni e risorse viene assoggettato ad un vincolo di destinazione tendenzialmente perpetuo; ii) tali beni e risorse vengono definitivamente sottratti alla disponibilità del loro titolare originario; iii) il perseguimento dello scopo dell'ente viene affidato a soggetti, gli amministratori, che divengono i soli arbitri dell'attuazione del programma statutario⁵⁰. L'assenza di controllo assembleare sull'attività dell'organo amministrativo giustifica, inoltre, la previsione contenuta all'art. 25, comma 3, c.c., secondo cui le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità sono autorizzate dall'autorità governativa. A quest'ultima, l'art. 26 c.c. attribuisce anche il potere di disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni, con l'esclusione delle fondazioni familiari, o anche l'unificazione della loro amministrazione nel rispetto, per quanto possibile, della volontà del fondatore.

L'art. 28 c.c., infine, riconosce all'autorità pubblica il potere di provvedere alla trasformazione della fondazione nei casi in cui lo scopo sia esaurito o sia divenuto impossibile o di scarsa utilità o quando il patrimonio sia divenuto insufficiente.

L'autorità governativa esercita, con la trasformazione, un potere discrezionale non sindacabile dall'autorità giudiziaria se non in presenza di vizi di legittimità. È ormai superata la tesi che configura la trasformazione quale estinzione e successiva costituzione di un nuovo ente; al contrario, alla base della scelta dell'autorità si pone l'esigenza di assicurare continuità al rapporto organizzativo attraverso una modifica dell'atto costitutivo. Come chiarito dal comma 2, la trasformazione non è ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati dall'atto di fondazione causa di estinzione dell'ente e di devoluzione dei beni residui. La dottrina sottolinea come tale esclusione confermi l'atteggiamento di sfavore legislativo nei confronti delle fondazioni di famiglia, a cui è negata la possibilità di superare gli effetti del verificarsi di una causa estintiva mediante la trasformazione⁵¹. In tal caso, il patrimonio della fondazione verrà generalmente devoluto, come si dirà, ad altri enti aventi fini analoghi, venendo definitivamente sottratto al vantaggio familiare.

In mancanza di trasformazione, l'ente si estingue al termine della fase di liquidazione, così come disposto dagli artt. 29 e 30 c.c.

6.5. La devoluzione dei beni residui.

L'art. 31 c.c. detta una disciplina particolare per la devoluzione dei beni delle fondazioni prevedendo che, qualora l'atto costitutivo o lo statuto nulla dispongano, i beni residui al termine della liquidazione siano attribuiti dall'autorità governativa ad altri enti aventi fini analoghi. In considerazione dello scopo di pubblica utilità perseguito dalla fondazione, è esclusa la possibilità che tali beni tornino nella titolarità del fondatore o dei suoi eredi.

Poiché la costituzione di una fondazione comporta la sottrazione, tendenzialmente duratura, di un complesso di beni e risorse alla libera circolazione sul mercato per

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. II, 11/06/2020, n. 3722.

⁵⁰ Sul punto, cfr. FUSARO, voce *Fondazione*, cit., 365.

⁵¹ GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 8.

effetto del vincolo di destinazione loro impresso, si comprende il generale sfavore manifestato dal legislatore verso il fenomeno. L'esclusione dal mercato viene parzialmente temperata dall'obbligo della fondazione di perseguire scopi non soltanto non egoistici, ma anche di pubblica utilità.

6.6. Le fondazioni di famiglia.

Fondazioni
di famiglia

L'atteggiamento di sfavore dell'ordinamento nei confronti di istituti che sottraggano beni e risorse economiche alla circolazione si manifestava anche nei limiti posti all'istituzione di fondazioni familiari.

Queste ultime, destinate al vantaggio soltanto dei membri di una o più famiglie determinate, erano considerate ammissibili a condizione che allo scopo di tipo «familiare» si aggiungesse un interesse di natura generale, in modo che la conservazione del patrimonio tra i membri di una famiglia sia non solo il fine, ma anche il mezzo per realizzare una distinta finalità socialmente utile. Secondo questa impostazione, i componenti della famiglia non avrebbero potuto, dunque, beneficiare dell'attività della fondazione per il solo fatto dell'appartenenza ad un nucleo familiare, in mancanza di altre condizioni soggettive (povertà, particolari meriti di studio, *etc.*) indicate dall'atto di fondazione a fondamento dell'attribuzione del beneficio.

Una visione più moderna, tuttavia, ritiene che il limite posto dal legislatore allo scopo della fondazione non sia di carattere positivo (come si diceva essere la pubblica utilità) bensì di carattere negativo, nel senso che non deve consumarsi nel puro egoismo individuale.

Uno scopo, quindi, non esclusivamente egoistico, ma di utilità sociale, che tuttavia non necessariamente significa pubblico, potendo pure includere interessi particolare, anche di una o più determinate categorie.

6.7. Fondazioni-imprese e fondazioni finanziarie (*holding*).

Gli amministratori sono liberi, di regola, di scegliere l'attività ritenuta più idonea al raggiungimento, anche in via mediata o indiretta, dello scopo statutario. Ciò in quanto all'indicazione dello scopo segue generalmente, nell'atto costitutivo, una previsione meramente indicativa delle attività che il fondatore ritenga utili al perseguimento del fine assegnato all'ente. Le attività indicate nell'atto di fondazione, obbligatorie per gli organi dell'ente, non impediscono, comunque, l'esercizio di ulteriori iniziative finalizzate al raggiungimento del medesimo obiettivo. Si tratta, di norma, di attività di natura non economica, ma è ormai generalmente ammesso che l'ente persegua il proprio fine *non profit* anche attraverso il compimento di attività economica⁵².

L'esercizio di attività d'impresa costituisce, nella maggioranza dei casi, modalità indiretta di realizzazione del fine di utilità sociale proprio della fondazione ponendosi, dunque, in rapporto di strumentalità rispetto al compimento di distinte attività di natura non economica che direttamente realizzino lo scopo dell'ente. Non è escluso, tuttavia, che l'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni e servizi risulti di per sé idonea all'immediata realizzazione del fine indicato dall'atto di fondazione.

⁵² In proposito, cfr. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 24 ss., nonché RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 1967, 812 ss.

In questa seconda ipotesi, ossia quando l'esercizio di attività economica integri l'oggetto esclusivo o principale della fondazione, l'ente sarà soggetto alla disciplina dettata per l'imprenditore commerciale.

Una terza ipotesi, distinta sia da quella in cui la fondazione si limiti a «finanziare» il perseguimento dello scopo di pubblico interesse utilizzando gli utili dell'attività imprenditoriale strumentale direttamente svolta che da quella in cui l'esercizio di attività d'impresa sia di per sé idoneo a realizzare lo scopo statutario in via immediata, si verifica quando una «fondazione ha per oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa con l'obbligo statutario di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili dell'impresa ad altra fondazione» che li utilizzi per la realizzazione diretta dello scopo di pubblica utilità⁵³. La prima fondazione è detta fondazione finanziaria o *holding*. Nella previsione statutaria dell'obbligo di devoluzione di utili e rendite ad altre fondazioni o enti «operanti», si ritiene che la *holding* realizzi, comunque, sebbene in via mediata, uno scopo di pubblica utilità.

Quanto all'acquisto della qualifica di imprenditore da parte della fondazione *holding*, la giurisprudenza distingue a seconda che quest'ultima si limiti ad una gestione meramente conservativa delle partecipazioni di controllo possedute, ovvero, si ponga quale ente che, sebbene non svolga direttamente attività imprenditoriale, indirizzi, coordini e finanzi in modo sistematico l'attività dell'impresa partecipata.

6.8. Le fondazioni bancarie.

Le fondazioni bancarie hanno origini risalenti nel tempo, ma hanno assunto una dimensione rilevante a partire dagli inizi degli anni '90, con la privatizzazione del settore bancario e la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni, di cui le fondazioni bancarie costituiscono enti conferenti e detengono il pacchetto di controllo.

A favore della natura di diritto privato delle fondazioni cc.dd. di origine bancaria si sono pronunciate sia la giurisprudenza, sia la dottrina maggioritaria⁵⁴.

La Corte Costituzionale⁵⁵, nel ribadire l'ormai avvenuta trasformazione in senso privatistico delle fondazioni, per effetto della l. n. 461/1998, ha ammesso anche la possibilità che tali enti perseguano l'esclusivo fine di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, anche tramite la partecipazione al capitale delle imprese cd. strumentali⁵⁶. La Corte, tuttavia, non ha affrontato il nodo della qualificazione in termini di impresa della fondazione che detenga partecipazioni, anche di controllo, in imprese strumentali.

⁵³ La definizione si deve a GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 6.

⁵⁴ Il riferimento è a Cons. St., parere n. 1354 del 1 luglio 2002 e a C. Cost., 29 settembre 2003, n. 300 e 301, in *Corr. Giur.*, 2003, 1567. Sulla natura privatistica delle fondazioni bancarie, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 461/1998, particolarmente approfondito il contributo di DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 643 ss.

⁵⁵ C. Cost., 29 settembre 2003, nn. 300 e 301.

⁵⁶ Nello stesso senso, già OPPO, *Le fondazioni (ex) bancarie: una strana vicenda legislativa*, in AMOROSINO – CAPRIGLIONE (a cura di), *Le fondazioni bancarie dalla l. 218/90 al d. lgs. 153/99*, Padova, 1999, 11 ss.

6.9. Le fondazioni bancarie alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza.

Il problema della qualificazione in termini di impresa delle fondazioni bancarie è stato a più riprese affrontato dalla Corte di Cassazione - chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del riconoscimento a tali enti dei benefici fiscali spettanti agli enti privi di finalità di lucro – e risolto in maniera contrastante, ponendo l'accento, in taluni casi, sull'esclusiva finalità di interesse pubblico e di utilità sociale delle fondazioni bancarie conferenti, in altri, sul rilievo commerciale dell'attività di amministrazione della partecipazione nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria, la quale integra vera e propria gestione della partecipazione per ingerenza, sia pure indiretta, negli indirizzi operativi della società conferitaria⁵⁷. A fronte del permanente contrasto giurisprudenziale, la sezione tributaria della Corte di Cassazione ha rimesso la soluzione della questione alle Sezioni Unite, sottoponendo, altresì, alla Corte di Giustizia dell'U.E. la questione pregiudiziale relativa all'applicabilità alle fondazioni bancarie della normativa comunitaria in tema di concorrenza, conseguente alla loro qualificazione in termini di impresa⁵⁸. La Corte di Giustizia U.E. ha negato che le fondazioni bancarie possano essere considerate imprese per il solo fatto di detenere pacchetti azionari, anche di controllo, in società bancarie⁵⁹. L'attività di amministrazione delle partecipazioni viene ritenuta, dai giudici di Lussemburgo, non commerciale, in quanto meramente conservativa⁶⁰. Ad opposta conclusione la Corte giunge nell'ipotesi in cui il controllo azionario perda tale connotazione statica comportando un'ingerenza nella concreta gestione dell'impresa partecipata.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶¹, prendendo le mosse dalla decisione dei giudici comunitari, hanno ribadito il ruolo di primo piano che le fondazioni, in considerazione delle ingenti risorse finanziarie di cui dispongono, possono continuare a svolgere nei mercati di riferimento delle imprese partecipate, anche dopo la dismissione delle partecipazioni di controllo prevista nel 1998.

Nel ragionamento delle Sezioni Unite, la condotta delle fondazioni che continuino, da un lato, ad esercitare un'influenza non trascurabile sul mercato tramite l'indiretta gestione delle imprese partecipate, pretendendo, dall'altro, di potersi avvantaggiare dei benefici fiscali previsti a favore degli enti *non profit*, si caratterizzerebbe per una vera e propria connotazione abusiva.

⁵⁷ V., nel primo senso, Cass., 9 maggio 2002, n. 6607, in *Arch. civ.*, 2003, 344 e, nel secondo, Cass., 20 novembre 2001, n. 14574, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, 933.

⁵⁸ Cass., ord. 23 marzo 2004.

⁵⁹ Corte Giust. Com. Eu., 10 gennaio 2006, causa C-222/04 (punto 111), in *Fisco*, 2006, 743.

⁶⁰ Interessante il commento alla decisione comunitaria di SAVINO, *Verso fondazioni bancarie meno «speciali»?*, in *Giorn. Ann.*, 2006, 7, 739 ss.

⁶¹ Cass., Sez. un., 29 dicembre 2006, n. 27619, in *Foro it.*, 2008, I, 1278, confermata da giurisprudenza successiva, tra cui Cass., 5 luglio 2013, n. 16842 e Cass., 20 aprile 2016, n. 7882. Quest'ultima opta per un approccio casistico, per cui «Le fondazioni bancarie, quali enti di gestione della quota maggioritaria del capitale delle aziende di credito conferite in apposite società per azioni ai sensi del d. lgs. n. 356 del 1990, non possono essere assimilate agli enti ed istituti aventi finalità generali di assistenza, beneficenza, istruzione e cultura, ai quali l'art. 6 del d.P.R. n. 601 del 1973 riconosce il beneficio della riduzione a metà dell'aliquota sull'IRPEG. L'esistenza, in capo a tali fondazioni, di una presunzione di esercizio di impresa bancaria comporta, infatti, che esse, ove intendano beneficiare dell'agevolazione fiscale prevista dall'art. 6 cit., devono fornire la prova, in applicazione della regola generale prevista dall'art. 2697 c.c., di aver svolto, in via esclusiva o prevalente, un'attività di promozione sociale e culturale senza fini di lucro, in luogo di quella, prevista dal legislatore, di controllo e governo delle partecipazioni bancarie».

Come sostenuto in dottrina, sarebbe opportuno un intervento del legislatore che ridisegni la disciplina generale delle fondazioni ripensando, in particolare, lo speciale regime fiscale previsto per le fondazioni bancarie, fondato sulla natura non lucrativa dell'attività concretamente svolta piuttosto che, come attualmente avviene, sulla presunzione della loro natura di enti *non profit*⁶².

6.10. Le fondazioni di partecipazione.

L'espressione «fondazione di partecipazione» indica “l'assunzione di una struttura corporativa da parte di un ente fondazionale”⁶³.

La dottrina ravvisa l'origine del fenomeno nel Trattato di *Maastricht* e nella forte spinta alla riduzione della spesa pubblica in esso prevista⁶⁴, per effetto della quale i fondi pubblici subirono un rilevante ridimensionamento soprattutto con riferimento ad attività ritenute non strettamente necessarie, in settori quali la cultura, l'assistenza sociosanitaria, la sanità e, più in generale, di tutela del *welfare* in senso lato.

L'istituto della fondazione di partecipazione risponde all'esigenza di reperire fondi idonei a sopperire alle diminuite risorse pubbliche stanziare per la cura di tali interessi, tramite l'interazione tra soggetti pubblici e privati⁶⁵. Ai primi spetta, per lo più, il compito di farsi garanti del perseguimento della finalità di interesse generale scelta all'atto della costituzione dell'ente; ai secondi, il compito di contribuire finanziariamente al perseguimento del fine *non profit*.

Tra gli elementi caratteristici della fondazione di partecipazione, oltre all'assenza di finalità lucrativa e al perseguimento di finalità di interesse generale, assumono rilievo la possibile presenza di enti pubblici territoriali accanto a soggetti privati, in qualità di fondatori o di membri degli organi di gestione dell'ente, così come l'apertura dell'ente ad adesioni successive rispetto alla stipula dell'atto costitutivo da parte dei cc.dd. partecipanti e partecipanti istituzionali.

Il patrimonio della fondazione risulta costituito dal c.d. fondo di dotazione, inalienabile, formato dagli apporti dei fondatori, dai beni oggetto dei successivi apporti dei partecipanti e dal c.d. fondo di gestione⁶⁶.

La contemporanea presenza di elemento patrimoniale e personale rende la

⁶² Cfr. SAVINO, *Verso fondazioni bancarie meno «speciali»?», cit.*, 739 e DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune, cit.*, 643 ss.

⁶³ ZOPPINI, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Fondazioni di partecipazione*, Atti del convegno “Le fondazioni di partecipazione” tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, Milano, 2006, 21.

⁶⁴ BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Fondazioni di partecipazione*, Atti del convegno “Le fondazioni di partecipazione” tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, *cit.*, 9 ss.

⁶⁵ Come osservato da BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità, cit.*, 10, cui unanime dottrina riconosce l'ideazione della figura in esame, “ciò che da soli non si riesce a fare, per scarsità di mezzi o di capacità gestionali, unendo ai propri gli sforzi di altri cittadini, singoli o associati, viene con questo strumento facilmente realizzato”. L'autore ricorda che nel 1996 la Confindustria, cui il Ministro per i beni e le attività culturali si era rivolto, avesse acconsentito ad assumersi la responsabilità, accanto alle autorità pubbliche competenti in materia, di intervenire stabilmente a sostegno delle iniziative culturali.

⁶⁶ La dottrina precisa che i partecipanti, talvolta detti sostenitori, e i partecipanti istituzionali, diversamente dai fondatori, non concorrerebbero alla creazione del fondo di dotazione. In particolare, i partecipanti contribuirebbero all'attività della fondazione di partecipazione con donazioni *una tantum*, con prestazioni professionali o personali gratuite, con ore di lavoro di volontariato; i partecipanti istituzionali tramite vincoli contrattuali di sostegno, legati a specifici progetti rientranti nell'attività dell'ente. Sul punto, cfr. BELLEZZA, *Fondazioni di partecipazione e riscoperta della comunità, cit.*, 17.

fondazione di partecipazione una sorta di «sintesi» tra le più tradizionali figure civilistiche della fondazione e dell'associazione.

Tuttora controversa è la natura giuridica dell'istituto.

Secondo un primo orientamento, la fondazione di partecipazione rientra nel più ampio genere delle fondazioni⁶⁷.

A diversa conclusione giunge la tesi maggioritaria, favorevole alla natura atipica delle fondazioni di partecipazione, riconducibili tra le “*altre istituzioni di carattere privato*” di cui all'abrogato art. 12 c.c. A sostegno di tale tesi, si sottolinea l'assenza nel fenomeno in esame degli ingenti patrimoni tipici delle tradizionali fondazioni, così come la struttura «aperta» delle fondazioni di partecipazione di cui si è detto⁶⁸.

Un'utile soluzione di compromesso può risultare dalla valorizzazione dell'atto costitutivo e dello statuto. In assenza di disciplina legislativa dettagliata, sarà possibile riconoscere volta per volta natura fondazionale o associativa all'ente sulla base della concreta struttura per questo dettata dai privati⁶⁹. Sulla medesima lunghezza d'onda può giungersi facilmente all'individuazione della disciplina applicabile.

7. I comitati.

Qualora un individuo voglia destinare un certo patrimonio al perseguimento di un interesse di pubblica utilità, ma non possa o non voglia disporre di un patrimonio personale sufficiente a tale fine ovvero lo scopo considerato sia limitato nel tempo, può decidere di dare vita ad un comitato piuttosto che ad una fondazione.

In tal modo egli potrà, insieme ad altri promotori, annunciare lo scopo che intende perseguire con la costituzione del comitato e invitare coloro che lo desiderino a versare offerte, denominate oblazioni, che verranno destinate al raggiungimento del fine annunciato. **Il comitato ha la propria fonte nell'atto costitutivo, che non richiede forme particolari⁷⁰. Componenti del comitato possono essere persone fisiche, giuridiche, enti privi della personalità ed enti pubblici⁷¹.**

Le offerte del pubblico, di regola di modico valore, integrano vere e proprie donazioni.

Quanto alla struttura, se nella fase di costituzione appare evidente la base di tipo personale del comitato, una volta raccolte le oblazioni, il comitato si avvicina molto

⁶⁷ Il riferimento è a MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di partecipazione*, Atti del convegno “*Le fondazioni di partecipazione*” tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, cit., 27 ss. A sostegno di tale tesi, la dottrina richiama la tradizionale critica all'utilità della previsione di enti associativi atipici autorevolmente sostenuta da RESCIGNO, voce *Fondazione*, C) *Diritto civile*, cit., 792.

⁶⁸ Sembra propendere per la natura atipica delle fondazioni di partecipazione CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazioni di partecipazione*, Atti del convegno “*Le fondazioni di partecipazione*” tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006, cit., 33. Nello stesso senso anche BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, cit., 10, secondo cui “*la fondazione tradizionale non sarebbe stata utile, per la necessità di patrimoni ingenti?*”, venuti a mancare per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

⁶⁹ In tal senso, ZOPPINI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., 23.

⁷⁰ Cass. civ., Sez. I, 12/06/1986, n. 3898.

⁷¹ Cass. civ., Sez. III, 29/11/1999, n. 13338.

alla fondazione, accentrandosi la disciplina prevista dal codice sul vincolo di destinazione impresso alle oblazioni ricevute⁷². Si afferma che nel caso in cui il comitato non abbia personalità giuridica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 39, per tutte le obbligazioni assunte dallo stesso, devono risponderne solidalmente e personalmente tutti i suoi componenti, ex art. 41⁷³.

L'art. 40 c.c. prevede che gli organizzatori e coloro che assumano la gestione dei fondi raccolti siano responsabili personalmente e solidamente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunciato dai promotori.

Qualora il comitato non abbia ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, l'art. 41 c.c. dispone che i suoi componenti (e, dunque, promotori, organizzatori e gestori del patrimonio raccolto) rispondano personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte. I sottoscrittori sono tenuti soltanto ad effettuare le oblazioni promesse.

Si discute se tale responsabilità di tutti i componenti riguardi le sole obbligazioni di natura contrattuale o si estenda a quelle extracontrattuali⁷⁴.

I comitati, pur non essendo persone giuridiche, sono autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, potendo essere ad essi attribuita la titolarità di diritti ed obblighi⁷⁵.

Nel caso in cui i fondi raccolti siano insufficienti al raggiungimento dello scopo o quando questo sia stato già conseguito o non possa più essere attuato, l'autorità governativa decide la devoluzione dei fondi residui, se questa non è stata già disciplinata al momento della costituzione del comitato (art. 42 c.c.).

8. La trasformazione, fusione e scissione «reciproca» tra associazioni, riconosciute e non riconosciute, e le fondazioni.

L'art. 42 bis, al primo co., prevede che *“se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni”*. La norma risolve un problema affacciato in giurisprudenza, alla luce della pronuncia resa dal C. St. 23.10.2014, n. 5226, secondo la quale l'ordinamento, in conseguenza della riforma

⁷² Su tale aspetto e sulla conseguente discussa applicabilità delle norme dettate in tema di associazioni e fondazioni, già AURICCHIO, voce *Comitato*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1960, 756 ss. Cfr. anche Cass., 23 giugno 1994, n. 6032 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 27, con nota di BASILE.

⁷³ Cass. civ., Sez. II, Ordinanza, 13/05/2022, n. 15303 - Un comitato, ancorché costituito da un ente pubblico non economico, ove manchi del riconoscimento della personalità giuridica di diritto pubblico, configura una struttura privatistica la quale opera nell'ambito del diritto privato con piena autonomia di gestione, né si rende preclusiva di una tale qualifica la circostanza che l'ente in questione si rilevi privo di autonomia nell'attività di raccolta dei fondi da impiegare per il raggiungimento dello scopo, posto che ciò che caratterizza un tal tipo di ente è il fatto del suo costituirsi per uno dei fini indicati dall'art. 39 c.c. e la esistenza di un fondo con cui perseguire detto fine, e non certo l'attività di raccolta dei fondi stessi. Conseguentemente, anche in tal caso, esso ha - pur privo di personalità giuridica - la titolarità piena e diretta dei rapporti patrimoniali relativi sia a beni mobili che immobili, e quindi risponde delle obbligazioni assunte dai suoi rappresentanti. (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO L'AQUILA, 08/06/2017).

⁷⁴ Nel primo senso, cfr. Cass. n. 835 del 1966, inedita; favorevole alla responsabilità di tutti i componenti anche per le obbligazioni da illecito, Cass., 12 gennaio 1982, n. 134, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1538, con nota di BASILE.

⁷⁵ Utile, ancora una volta, il riferimento a Cass., 23 giugno 1994, n. 6032, *cit.*, 27.

PARTE III • I SOGGETTI DI DIRITTO

introdotta dal D.Lgs. 17.1.2003, n. 6, ha ammesso, in via generale, l'istituto della trasformazione diretta tra gli enti disciplinati dalle norme del Libro I del Codice civile (nello specifico tra associazione non riconosciuta e fondazione).

Tale problematica aveva suscitato un contrasto di non poco rilievo all'interno del medesimo Consiglio di Stato, giacché, con parere reso il 30 gennaio 2015⁷⁶, sollecitato dal Ministero dell'Interno, si è ritenuto di negare, in via generale, la possibilità di trasformazione diretta da associazione non riconosciuta in fondazione, in quanto sarebbero insormontabili le questioni sottese all'impossibilità di valutare, in modo adeguato, il patrimonio dell'ente che subisca la trasformazione, così da pregiudicare l'interesse di eventuali creditori.

Parte della giurisprudenza amministrativa aveva già radicalmente negato la possibilità di ammettere la trasformazione diretta tra enti non aventi scopo di lucro⁷⁷, in considerazione della circostanza che *“il modello dell'associazione e quello della fondazione sono fondati su presupposti giuridici e strutturali totalmente diversi tra di loro, cui l'ordinamento ricollega differenti assetti di poteri, di garanzie e di controlli”*. Non mancavano, tuttavia, sia in giurisprudenza⁷⁸ che in dottrina, orientamenti di segno positivo, specie in seguito alla riforma introdotta dal D.Lgs. 17.1.2003, n. 6⁷⁹.

La previsione di trasformazioni reciproche e della possibilità di perfezionare le altre vicende menzionate dalla norma risolve tale contrasto interpretativo, peraltro richiamando le norme già introdotte in tema di vicende degli enti e in particolare in tema di loro trasformazione⁸⁰.

In questo senso, del resto, già il Consiglio di Stato⁸¹, aveva espressamente richiamato, in via analogica, in relazione al tema della tutela dei creditori nelle more di una vicenda inerente alla trasformazione da associazione a fondazione, le norme sulla trasformazione cosiddetta "progressiva" degli enti: in tal senso detta pronuncia faceva espresso rinvio, come ora accade nella norma in commento, all'art. 2500-*quinquies*, all'art. 2500 (sulle forme e sul contenuto degli adempimenti pubblicitari necessari a perfezionare il procedimento di trasformazione), nonché all'art. 2500-*ter* che, ai fini della verifica dell'adeguatezza patrimoniale rispetto allo scopo statutario, legittima l'autorità amministrativa competente a chiedere, qualora ne ravvisi la necessità, una relazione di stima del patrimonio esistente alla data della trasformazione (ciò, peraltro, si giustifica a maggior ragione alla luce del fatto che gli enti di cui al libro I del codice civile non sono soggetti all'obbligo di tenuta di scritture contabili, valevoli invece per le società).

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. I, 30/01/2015, n. 296.

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. comm. spec., 20/12/2000, n. 288.

⁷⁸ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 14/02/2013, n. 445.

⁷⁹ v., Cagnasso, Bonfante, La trasformazione. Artt. 2498 - 2500 novies, in Comm. Schlesinger, Milano, 2010, 228.

⁸⁰ v. sul punto, Colombo, La trasformazione degli enti del libro I del Codice civile e del terzo settore, in Cooperative e Enti non profit, 5, 2018, 7 ss.

⁸¹ Cons. Stato, Sez. V, 23/10/2014, n. 5226.

CAPITOLO II • GLI ENTI

La medesima pronuncia, inoltre, al fine di evitare pregiudizi per le ragioni dei creditori dell'ente che si trasforma, aveva previsto la possibilità di applicare in via analogica il rimedio dell'opposizione ex art. 2500-*nonies*.

Tali norme sono state espressamente richiamate, per il caso di trasformazione, dalle prescrizioni dell'art. 42-*bis* e ad esse si aggiunge quella secondo la quale l'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa allo stato patrimoniale dell'ente in via di trasformazione, che contenga l'elenco dei creditori e che sia aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione.

E' stato infine osservato, sul tema, che l'incorporazione di un'associazione o comitato non riconosciuti in un'associazione o comitato riconosciuti determina la successione dell'incorporante nei rapporti giuridici dell'incorporato, che si estingue⁸².

⁸² Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 09/10/2020, n. 21880.

Sulle trasformazioni, c.d. eterogenee, v., in particolare, Zoppini, Tassinari, Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive, in *CeI*, 2006, 909 ss..

CAPITOLO III

I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

*1. I diritti della personalità nel sistema costituzionale. *2. Le caratteristiche dei diritti della personalità. *3. La tutela dei diritti della personalità. *4. Il diritto all'integrità psico-fisica. *4.1. Il diritto all'autodeterminazione terapeutica e il diritto a morire. *4.2. Il diritto alla salute, il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (DAT). *5. Il diritto al nome. *6. Il diritto all'immagine. *7. Il diritto all'identità personale e il rapporto con i diritti di cronaca, critica e satira. *7.1. Il diritto di cronaca giudiziaria. *8. Il diritto alla riservatezza. *9. Il diritto alla sessualità. *10. Il diritto al decoro e all'onore. L'ingiuria quale illecito civile. *11. I diritti della personalità delle persone giuridiche e degli enti di fatto.

1. I diritti della personalità nel sistema costituzionale.

I diritti della personalità hanno a oggetto beni immateriali e immanenti alla persona fisica, il cui contenuto è rappresentato *in primis* dal nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, che esprimono principi comuni alle culture giuridiche di diversi Paesi e sono riconosciuti in varie convenzioni internazionali, tra cui la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, la *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata dall'Italia con l. n. 848 del 1955), il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* proclamata a Nizza nel dicembre 2000¹, modificata nel dicembre 2007.

Il catalogo dei diritti della persona non è però solo quello cristallizzato in convenzioni internazionali e legislazioni nazionali, poiché la stessa natura di tali diritti ne comporta la continua mutevolezza a seconda dell'ambiente, del contesto sociale e dell'epoca storica di riferimento. Conseguentemente, solo alcuni diritti sono espressamente disciplinati, mentre altri si affermano grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza che si fanno portavoce di nuovi interessi emergenti dal tessuto sociale, ritenuti meritevoli di tutela.

Nel nostro ordinamento i diritti della personalità rinvergono un espresso riconoscimento costituzionale nel già citato art. 2 Cost., ai sensi del quale: “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*”. Il riconoscimento costituzionale significa che l'invulnerabilità di tali diritti è una prerogativa anteriore alla garanzia costituzionale, che funge solo da strumento per rendere siffatti diritti concreti e operanti nel nostro ordinamento giuridico. La portata precettiva di tale norma - e, quindi, la sua diretta applicabilità ai rapporti intersoggettivi - consente di far assicurare la persona a vertice valoriale dell'ordinamento e gli interessi ad essa riferibili a posizioni giuridiche soggettive la cui violazione legittima l'azione diretta al risarcimento del danno.

Oltre all'art. 2 Cost., una radice costituzionale dei diritti della personalità è costituita dall'art. 3 Cost., secondo cui «*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». Tale disposizione non si limita ad affermare la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i cittadini (aspetto statico), ma sancisce anche l'impegno positivo della Repubblica di realizzare le condizioni per il pieno sviluppo della persona (aspetto dinamico), al fine di realizzare il tendenziale raggiungimento di una eguaglianza non solo formale ma anche sostanziale tra tutti i cittadini.

Nonostante tali fondamentali enunciazioni di principio contenute nella nostra Costituzione, per molto tempo i diritti della personalità hanno raramente ricevuto in concreto un'adeguata tutela. E ciò si è verificato sia per un preconcetto ideologico derivante da una concezione del diritto soggettivo come potere della

Fonda-
mento
costituzio-
nale

¹ Cfr. FALLETTI, *Il danno alla persona nella prospettiva europea*, in *Il danno alla persona*, Padova, 2006, 629.

volontà modellato sul diritto di proprietà e, quindi, avente a oggetto beni posti all'esterno della persona (ritenuta presupposto di ogni diritto e non diritto essa stessa), sia per la carenza di norme imperative che ne disciplinassero il risarcimento fuori dall'ambito penalistico o pubblicistico².

È stato merito della dottrina³ avere evidenziato l'irragionevolezza di una scelta che privilegia, sotto il profilo della tutela, la protezione della categoria dell'«avere» e non quella, ben più importante, dell'«essere». Da tale riflessione è scaturito un ulteriore dibattito sull'oggetto di tali diritti, che è stato rinvenuto, alternativamente, nel corpo dell'uomo o nell'uomo stesso⁴ inteso come persona⁵ o nei singoli attributi della persona.

Teoria
monista e
teoria
pluralista

Il dibattito ha visto fronteggiarsi due orientamenti antitetici: da una parte, i fautori della concezione monista, che sostengono la sussistenza di un unico diritto della personalità di contenuto non differenziato, che sintetizza tutte le diverse forme e gli interessi in cui lo stesso può manifestarsi, senza tuttavia immedesimarsi con la loro somma⁶; dall'altra, i sostenitori della concezione pluralista⁷, secondo i quali il nostro ordinamento tutela la persona nella misura in cui è possibile determinare distinte situazioni giuridiche meritevoli di tutela, ossia diversi diritti della personalità, espressamente disciplinati.

L'adesione all'uno o all'altro orientamento porta a conseguenze pratiche ben diverse poiché, aderendo alla tesi pluralista, secondo cui la tutela della personalità promana da specifici diritti esplicitamente individuati da norme giuridiche c'è la possibilità di colmare le eventuali lacune dell'ordinamento con i normali mezzi di interpretazione estensiva o ricorrendo, eventualmente, al criterio dell'*analogia iuris*; viceversa, accogliendo la tesi monista, si garantisce una tutela ben più incisiva della persona unitariamente intesa, non limitata ad esplicite previsioni normative, che rappresenterebbero solo momenti emergenti di una tutela più ampia e generalizzata.

La concezione monista, che considera la persona umana quale riferimento di un generale obbligo di astensione da qualunque interferenza, corrisponde meglio alle esigenze di tutela della personalità, non limitandola alle sole ipotesi espressamente previste dal legislatore. D'altronde, nel mondo contemporaneo, la persona umana rischia di essere sottoposta ad aggressioni imprevedibili ai tempi della Costituzione o del codice civile; inoltre, la molteplicità e varietà delle manifestazioni dei diritti della personalità non ne consente una compiuta ed esaustiva definizione normativa. Ne discende l'opportunità di considerare l'art. 2 Cost. come una norma aperta, ossia una clausola generale dal valore precettivo, in grado di offrire tutela a

² Nel codice civile del 1942 vi sono solo poche norme riferite a diritti della personalità e precisamente: l'art. 5, che vieta atti dispositivi del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; l'art. 6, sul diritto al nome, l'art. 9, sul diritto allo pseudonimo e l'art. 10, che tutela il diritto all'immagine.

³ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, 1982, Milano.

⁴ FRANCESCHELLI, *Il diritto alla riservatezza*, 1960, Napoli.

⁵ Cfr. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1958, 458.

⁶ GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 467, che rinviene nel diritto della personalità «un diritto unico, a contenuto indefinito e vario, che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni singolarmente protette da norme particolari».

⁷ Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, *passim*.

qualsiasi nuovo interesse meritevole di tutela emergente dal tessuto sociale⁸. La Suprema Corte⁹, per molto tempo oscillante tra le due opposte teorie, ha infine aderito alla tesi monista, affermando che i diritti all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza, non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione e riconoscendo all'art. 2 Cost. la valenza di clausola generale ed aperta con funzione di garanzia del libero e totale svolgimento della personalità, capace di comprendere nella sua sfera di applicabilità i nuovi interessi emergenti dalla realtà sociale.

2. Le caratteristiche dei diritti della personalità.

I diritti della personalità si contraddistinguono per il loro accentuato carattere non patrimoniale, derivante dall'aver ad oggetto beni giuridici immateriali intrinsecamente attinenti alla persona.

Gli altri caratteri tipici dei diritti della personalità sono:

- l'assolutezza, in quanto trattasi di diritti tutelati *erga omnes*, ossia nei confronti della collettività indefinita, sulla quale grava un generale dovere di astensione, a prescindere dalla preesistenza di un rapporto giuridico;
- l'indisponibilità, in quanto il titolare non ne può liberamente disporre con effetti giuridici impegnativi;
- l'intrasmissibilità *mortis causa*, non essendo possibile trasmettere ad altri la titolarità di tali diritti;
- l'imprescrittibilità, poiché il semplice non uso protratto per un certo periodo di tempo non impedisce l'azionabilità del diritto.

I diritti della personalità si distinguono da tutti gli altri diritti assoluti, in quanto il dovere di astensione è diretto non soltanto nei confronti dei terzi, ma anche nei confronti del titolare del diritto, che è tenuto, al pari degli altri soggetti, a desistere dal compiere azioni capaci di ledere la propria persona.

In merito alla caratteristica dell'indisponibilità va precisato che, a seconda del contenuto del diritto, tale indisponibilità può essere assoluta o relativa. È assoluta nel caso degli atti di disposizione del proprio corpo lesivi del diritto alla vita e all'incolumità personale (ai sensi dell'art. 5 c.c.), mentre in altri casi si sostanzia nella revocabilità del consenso prestato a subire le conseguenze della violazione del diritto perpetrata da parte di un terzo. In taluni casi è possibile una parziale e temporanea limitazione di tali diritti (in virtù della scriminante del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 c.p.*), nel rispetto dei principi fondamentali della dignità umana e della legislazione in vigore. Non è invece ammessa la loro definitiva estinzione per volontà del loro titolare, ma solo l'eventuale rinuncia alla tutela esterna.

L'immanenza di tali diritti alla persona comporta anche l'intrasmissibilità degli stessi, poiché sorgono nel momento della venuta ad esistenza del loro titolare e si estinguono con la sua morte. Tuttavia, secondo parte della dottrina, per alcuni diritti della personalità, quali il nome, l'immagine, l'onore, il diritto d'autore, è

⁸ PERLINGIERI, *Profili di diritto civile*, Napoli, 1994, 417.

⁹ Cfr. Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Riv. dir. int.*, 1980, 293; id., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, 2211.

possibile configurare una forma di successibilità, seppure diversamente disciplinata rispetto a quella relativa ai rapporti di natura strettamente patrimoniale¹⁰.

Altra caratteristica comune ai diritti della personalità è l'imprescrittibilità. Il fondamento dell'imprescrittibilità consiste nella circostanza che l'oggetto di taluni diritti è tale da non consentire una inerzia del soggetto, o comunque da consentire una tutela illimitata nel tempo (si pensi, per quanto riguarda il diritto al nome, all'imprescrittibilità dell'azione di accertamento e reclamo avverso l'usurpazione), fermo restando per l'azione risarcitoria per fatti illeciti i normali termini di prescrizione previsti dall'art. 2947 c.c.

3. La tutela dei diritti della personalità.

I diritti della personalità sono tutelati nel nostro ordinamento giuridico a più livelli e attraverso diverse forme.

Gli artt. 2 e 3 Cost. offrono ai predetti diritti tutela costituzionale, al pari degli artt. 4 e 36 in materia di lavoro, dell'art. 32 in tema di salute, dell'art. 41, comma 2, in ambito di iniziativa economica, degli artt. 13 e ss. con riferimento alle libertà inviolabili.

La tutela si articola poi a livello di normazione primaria nei diversi ambiti del diritto penale¹¹ e del diritto civile¹².

La tutela
preventiva

Nell'ambito della tutela civile si possono individuare due forme di protezione: l'una di tipo preventivo, deputata a garantire una risposta urgente, volta a inibire la condotta illecita o il prodursi dell'effetto pregiudizievole, e affidata agli strumenti dell'inibitoria (ove espressamente prevista, come nel caso del diritto al nome ed all'immagine) o dell'art. 700 c.p.c.; l'altra di tipo successivo, volta a risarcire il pregiudizio derivante dalla lesione, attuata tramite: a) l'art. 2043 c.c., norma tratteggiata intesa quale *sedes materiae* del danno patrimoniale, ma successivamente estesa a ipotesi di pregiudizi a beni di natura non patrimoniale, quali il danno biologico e morale; b) l'art. 2059 c.c., capace di fornire ristoro in ipotesi di danno non patrimoniale, qualora ricorra uno dei «casi determinati dalle legge» o, secondo l'attuale lettura costituzionalmente orientata, in ipotesi di lesione di diritti inviolabili, di rango costituzionale; c) l'art. 2058 c.c., che legittima, ove possibile e non eccessivamente onerosa per il danneggiante, la c.d. reintegrazione in forma specifica del bene leso, cui si aggiungono gli ulteriori rimedi della pubblicazione della sentenza di condanna e della rettifica.

La tutela
successiva

¹⁰ Cfr. DOGLIOTTI, *Identità personale, onore, reputazione e diritto al nome*, in *Dir. inf.*, 1985, 579. Di contrario avviso altra parte della dottrina, che contesta si possa realizzare una successione di tali diritti, ritenendo i diritti in talune ipotesi riconosciuti in capo ai congiunti un riflesso della tutela giuridica accordata ai diritti del *de cuius*.

¹¹ Il diritto penale punta a garantire, tra l'altro, il diritto alla vita e all'integrità fisica (tramite la previsione dei reati di omicidio e lesioni), il diritto all'onore e alla reputazione (con il reato di diffamazione), il diritto alla libertà personale (con il reato di sequestro di persona) e morale (con la previsione dell'invioabilità del domicilio, della corrispondenza *etc.*) il diritto alla vita e all'integrità fisica (tramite la previsione dei reati di omicidio e lesioni), il diritto all'onore e alla reputazione (con i reati di ingiuria e diffamazione), il diritto alla libertà personale (con il reato di sequestro di persona) e morale (con la previsione dell'invioabilità del domicilio, della corrispondenza *etc.*).

¹² Le norme civilistiche si occupano del diritto al nome, allo pseudonimo ed all'immagine, dettando altresì una disciplina di protezione specifica per il diritto d'autore e per altri diritti ritenuti meritevoli di tutela (ad esempio, la *privacy*, i diritti dei consumatori, *etc.*).

Trattasi di due diverse tipologie di tutela apprestate al fine di fornire protezione ai diritti della personalità, l'una (quella preventiva¹³) migliore per la tutela di alcuni tipi di lesioni di attributi morali della persona¹⁴ (nome, immagine, riservatezza¹⁵, etc.), a fronte dei quali una tutela di tipo risarcitorio non costituirebbe da sola una risposta adeguata; l'altra (quella successiva¹⁶) più adeguata a compensare la perdita che si collega alla lesione inferta ad altri aspetti della personalità (salute, pregiudizi di natura esistenziale, etc.)¹⁷.

4. Il diritto all'integrità psico-fisica.

Il diritto all'integrità psico-fisica, inteso come garanzia dell'invulnerabilità fisica della persona, rinviene il suo referente costituzionale nell'art. 32 Cost., il quale tutela la salute quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» sia nei confronti dello Stato, sia della generalità dei consociati. La Repubblica, inoltre, garantisce cure gratuite agli indigenti.

A tal riguardo, la Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore non possa improntare a criteri di mera discrezionalità politica la legislazione afferente l'appropriatezza delle scelte terapeutiche.

Tale valutazione, infatti, deve basarsi «sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali e sovra-nazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici»¹⁸.

Dopo essersi soffermati sull'accezione positiva del diritto alla salute occorre declinarne anche l'aspetto in negativo, ossia il diritto a non ricevere cure mediche. In merito, è chiaro il disposto dell'art. 32, secondo comma, Cost. che statuisce «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», nel rispetto dei limiti imposti dal rispetto della persona umana.

¹³ Al fine di apprestare una tutela preventiva e urgente anche a quei diritti della personalità sforniti di un referente normativo legittimante in tal senso, si fa sempre più spesso ricorso al procedimento cautelare atipico disciplinato dall'art. 700 c.p.c., ove ricorrano le seguenti due condizioni: a) non sia possibile il ricorso ad altra azione cautelare; b) ci sia il fondato motivo di temere che, nell'intervallo di tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio «imminente e irreparabile».

¹⁴ Rileva ORESTANO, *La tutela della riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 464, come i danni derivanti dalla lesione di interessi relativi alla persona umana sono difficilmente risarcibili *ex post* e spesso per il soggetto danneggiato è insoddisfacente una tutela esclusivamente risarcitoria, disgiunta dalla possibilità di invocare rimedi diversi, rimedi che tendano a prevenire lo stesso verificarsi della situazione antigiusdica (e dei danni che da essa eventualmente derivino) o, quantomeno, il ripetersi o il reiterarsi della stessa.

¹⁵ In particolare, con riferimento al diritto alla riservatezza, si è sottolineato come il risarcimento del danno risulta scarsamente efficace poiché con la diffusione della notizia l'interesse è irrimediabilmente pregiudicato, inoltre non sempre l'illecito causa un danno patrimoniale e sovente è difficile dimostrare l'entità o il nesso con la lesione del diritto (AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 153).

¹⁶ La tutela di tipo successivo ha una funzione prevalentemente compensativa, volta a far ottenere al danneggiato un congruo risarcimento del danno, individuato, a seconda dei casi, in relazione al danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) o a quello non patrimoniale (art. 2059 c.c.), nonché facendo ricorso alle tecniche di ristoro in forma specifica (art. 2058 c.c.).

¹⁷ Per tutte le questioni legate al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione di diritti della personalità, si rinvia alla parte del manuale dedicata alla responsabilità extracontrattuale.

¹⁸ C. Cost., 19 - 26 giugno 2002, n. 282.

PARTE III * I SOGGETTI DI DIRITTO

La Corte Costituzionale¹⁹ ha precisato che il trattamento sanitario può essere imposto solo quando non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per le normali conseguenze insite in ogni intervento sanitario, e quindi tollerabili. La stessa Corte ha dunque affermato l'indennizzabilità dell'eventuale pregiudizio subito a causa di un trattamento sanitario obbligatorio (quale ad esempio il caso di malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica). Tale indennità a carico dello Stato, in caso di danno derivante da trasfusioni o da contagio derivante da vaccinazione obbligatoria, è stata prevista dalle leggi n. 110 del 1992 e n. 229 del 2005.

Ritenendo non sperimentabile un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge 25 febbraio 1992, n. 210, art. 1, co. 1, mediante il richiamo alla giurisprudenza costituzionale per fattispecie analoghe, che possa condurre al riconoscimento del diritto all'indennizzo per patologie sorte in occasione della vaccinazione antimeningococcica (rientrante tra quelle raccomandate dal Piano Nazionale per la prevenzione vaccinale), è stata dichiarata rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui non prevede che il diritto all'indennizzo spetti anche ai soggetti che abbiano subito lesioni e/o infermità, da cui siano derivati danni irreversibili all'integrità psico-fisica, per essere stati sottoposti a vaccinazione non obbligatoria, ma raccomandata, antimeningococcica²⁰.

Il medico, dunque, non può sottoporre il paziente a interventi chirurgici o cure mediche senza il suo consenso²¹, che deve essere «informato», ossia basato su di un'informazione fornita dal medico completa e parametrata sulle esigenze del paziente²².

Il consenso deve essere personale, prestato da soggetto capace d'intendere e volere, esplicito, specifico e consapevole. Solo nel caso in cui il paziente sia incosciente, il sanitario potrà agire senza il suo consenso in base al principio dello stato di necessità, ai sensi dell'art. 2045 c.c.²³.

Come già evidenziato, inoltre, in materia di consenso informato è recentemente intervenuto il legislatore ordinario, con l. 22 dicembre 2017, n. 219, art. 1, al fine di dettarne una disciplina positiva e compiuta. Al riguardo, la normativa non si pone in senso innovativo rispetto alle precedenti acquisizioni giurisprudenziali, essendosi limitata a recepire a livello legislativo i principi già espressi e consolidati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità (per un approfondimento, si veda il successivo par. 4.2). **L'ordinamento prevede delle deroghe all'obbligo del consenso per alcune situazioni eccezionali, in cui risulta impossibile (o comunque**

¹⁹ C. Cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *CED Cass.* 1990.

²⁰ Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 30/05/2022, n. 17441.

²¹ Evidenzia GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 67, che il fondamento del consenso «poggia sull'antica idea giuridica e civile che ogni individuo è titolare di un diritto esclusivo sul proprio corpo per cui qualsiasi manipolazione di esso senza il consenso del titolare del diritto costituisce una delle più tipiche e primordiali forme di illecito».

²² Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giur. It.*, 1998, 1816, con nota di PIZZETTI.

²³ Cfr. Cass., 15 febbraio-23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 12, 1165, con nota di ROSSETTI.

difficile) acquisire il consenso. In particolare: quando il paziente è affetto da malattia mentale; quando il paziente è minore d'età o interdetto; nelle situazioni di emergenza (c.d. stato di necessità), in cui il paziente non sia in grado di esprimere il proprio consenso all'intervento²⁴; in presenza di obbligo vaccinale (per cui devono essere fornite le più ampie informazioni possibili, le quali, tuttavia, non assurgono alla stregua di presupposto del consenso informato)²⁵.

Il diritto all'integrità psico-fisica, originariamente declinato soprattutto in ambito pubblicistico, a partire dagli anni '70 ha iniziato ad assumere notevole rilievo nella prospettiva privatistica della tutela risarcitoria per illecito aquilano, affiancandosi al danno morale, risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., la nuova figura del danno biologico. Sul tema si rinvia agli approfondimenti svolti nella sezione ad esso dedicata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Accanto alla tutela risarcitoria, la recente giurisprudenza tende a valorizzare anche la tutela preventiva o inibitoria, finalizzata a prevenire - ovvero a impedire - l'evento lesivo; tale diversa forma di tutela rileva soprattutto nell'ambito delle immissioni e dell'inquinamento elettromagnetico, acustico o ambientale.

Il principio di inviolabilità della salute di cui all'art. 32 Cost. si correla al diritto al rispetto dell'integrità dell'individuo che rinviene un referente codicistico nell'art. 5 c.c.

Lo
disciplina
degli atti
di
disposizi-
one del
corpo

L'art. 5 c.c. vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (clausole generali dal contenuto mutevole a seconda del cambiamento della coscienza sociale in relazione alle diverse condizioni di tempo, luogo, sentire sociale, etc.).

Risultano pertanto validi gli atti di disposizione aventi ad oggetto parti del corpo suscettibili di riproduzione (ad esempio, i capelli e le unghie), anche se tali atti sono comunque incoercibili e quindi non possono essere eseguiti, in caso di inadempimento, in forma specifica²⁶. Parimenti validi sono gli atti di disposizione a titolo gratuito e per spirito di solidarietà che non comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, quali ad esempio la donazione del sangue o del midollo osseo o anche, a determinate condizioni previste dalla legge (l. n. 458/1967), la donazione di un rene a fini di trapianto, visto che l'altro rene consente comunque la normale funzione dell'organo, senza danni per il donatore (in ogni caso, l'atto di disposizione è sottoposto al controllo ed all'autorizzazione del giudice). Invece la donazione (tecnicamente è più corretto parlare di cessione a titolo gratuito) di altri organi (disciplinata dalla l. 1° aprile 1999, n. 91) è permessa - con esclusione di gonadi ed encefalo - solo da cadavere ed a fini terapeutici, ossia a scopo di trapianto, salvo espressa dichiarazione contraria del donante o opposizione dei suoi familiari. La recente l. n. 10/2020 ha previsto la possibilità di disporre del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione, e di ricerca scientifica. A tal fine è necessaria la dichiarazione del consenso del disponente, la quale deve essere indirizzata all'azienda sanitaria di competenza, cui spetta l'obbligo di conservarla e trasmetterla telematicamente alla banca dati

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 11/07/2001, n. 1572.

²⁵ T.A.R. Lazio Roma, Sez. III quater, 23/06/2022, n. 8513.

²⁶ Cfr. C. Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14.

destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT). Nella dichiarazione deve essere indicata una persona di fiducia, detto “fiduciario”, persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, alla quale spetta di comunicare al medico che accerta il decesso l’esistenza del consenso specifico alla disposizione del proprio corpo e dei tessuti per i fini indicati. I corpi devono comunque essere riconsegnati alle famiglie, in condizioni dignitose, entro dodici mesi dalla data di consegna.

È invece completamente inviolabile ed indisponibile il diritto alla vita, motivo per cui è vietata la pena di morte (art. 27, comma 4, Cost.), è sanzionata penalmente l’eutanasia e l’aborto è consentito solo a determinate condizioni specificate dalla legge (art. 4 della l. n. 194 del 1978).

Discorso diverso va fatto con riferimento ad atti di disposizione del corpo nel suo insieme e non solo di sue parti. Si intende far riferimento, ad esempio, ai casi di sterilizzazione per fini contraccettivi, al consenso alla sperimentazione sul proprio corpo di nuovi farmaci o di nuove tecniche medico-chirurgiche o ancora alle tecniche di fecondazione artificiale. Trattasi di temi che coinvolgono soprattutto la bioetica, prima che il diritto, ma che in qualche caso sono stati oggetto di pronunce giurisprudenziali.

4.1. Il diritto all’autodeterminazione terapeutica e il diritto a morire.

Con l. 22 dicembre 2017, n. 219, il legislatore ha consacrato principi da lungo tempo emersi nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

L’art. 1 della citata legge dispone infatti che *“nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”*, nel quadro di una “alleanza” terapeutica (ovvero di un rapporto di cura e di fiducia) tra medico e paziente *“che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l’autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico”*; una “alleanza” che si concretizza nel diritto del paziente di conoscere, anche attraverso familiari o persone di sua fiducia, le proprie condizioni di salute, e di essere informato in modo completo e comprensibile in ordine alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, oltre che alle possibili alternative e alle conseguenze di un eventuale rifiuto degli accertamenti diagnostici o del trattamento sanitario. La lesione di tale diritto può comportare il risarcimento del danno, ove però si dimostri che il paziente, là dove fosse stato correttamente informato, non si sarebbe sottoposto all’intervento chirurgico o all’accertamento diagnostico²⁷.

Di fondamentale importanza appaiono poi i commi 5 e 6 del suddetto art. 1, l. n. 219/2017, corollari dei principi appena tratteggiati. Si afferma, in particolare, che ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia, ovvero anche singoli atti del trattamento stesso, e ha il diritto di revocare in qualunque momento il consenso in precedenza prestato ovvero di interrompere il trattamento.

Il diritto di rifiutare le cure nella l. 22 dicembre 2017, n. 219...

²⁷ Cfr. Cass., 26 agosto 2020, n. 17806, in *Dejure*.

... e i
consequenti
doveri
del
medico

Si specifica, inoltre, con disposizione definitoria di rilevantissima portata, che si considerano “trattamenti sanitari” anche la *nutrizione artificiale* e l'*idratazione artificiale*, “*in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*”. Si soggiunge, infine, il dovere del medico, a fronte del rifiuto del paziente di trattamenti indispensabili alla propria sopravvivenza, di prospettare le conseguenze di tale scelta e le possibili alternative, e di promuovere forme di sostegno al paziente, anche attraverso servizi di assistenza psicologica.

Il comma 6, a sua volta, precisa che il medico deve attenersi alla volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario ovvero di interromperlo o rinunciarvi, coerentemente prevedendo, per il sanitario, una “esenzione” da responsabilità civile o penale; fermo restando, peraltro, che il paziente non può pretendere dal medico trattamenti contrari a norme di legge, a doveri deontologici o a buone pratiche clinico-assistenziali e che, in conseguenza, il medico, a fronte di tali richieste, non ha alcun obbligo professionale.

Il
dissenso
ai
trattamenti
di
sostegno
vitale

Prima che il legislatore del 2017 intervenisse in modo esplicito sul punto, si discuteva in merito ai doveri del medico, a fronte di un dissenso espresso dal paziente con riguardo a trattamenti di sostegno vitale. Non mancava, invero, chi sosteneva che il diritto di rifiutare le cure, tratto dall'art. 32 Cost., incontrasse un limite nel principio di assoluta indisponibilità della vita, con conseguente dovere per il medico, nonostante il rifiuto di cure, di intervenire a tutela della salute del paziente, in ragione della posizione di garanzia assunta dal sanitario.

Sono state al riguardo richiamate le norme del codice penale in materia di omicidio del consenziente e di agevolazione del suicidio; nonché il citato art. 5 c.c., e soprattutto l'art. 54 c.p., la cui funzione, altrimenti vanificata, sarebbe proprio quella di scriminare condotte “necessitate” dall'esigenza di salvaguardare beni supremi dell'individuo, quali la vita e l'integrità psico-psichica. Con riferimento, infine, alla Costituzione, si è fatto riferimento ora all'obbligo costituzionale di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà sociale, di cui agli artt. 2 e 4 Cost. (rispetto ai quali atti di disposizione “negativa” della propria salute o, addirittura, della propria vita costituirebbero un'inaccettabile “scappatoia”), ora il valore costituzionale della (dignità della) “persona umana”, gerarchicamente sovraordinato rispetto ai diritti alla libertà e all'autodeterminazione, e da intendersi “*non come volontà di realizzarsi liberamente, ma come valore da preservare e realizzare nel rispetto di sé stesso*”²⁸. Chi aderisce all'illustrato indirizzo, pure riconoscendo l'esistenza di un diritto costituzionale a non farsi curare, lo considera insomma recessivo allorché le cure rifiutate siano necessarie per il mantenimento in vita del paziente, sulla scorta della asserita prevalenza, in questo caso, del principio di indisponibilità della vita. Sicché l'art. 32, secondo comma, Cost. porrebbe solo un diritto a *non farsi curare*, non anche a *lasciarsi morire*: assumerebbe, quindi, rilievo decisivo la distinzione tra trattamenti di sostegno vitale e interventi terapeutici in questa prospettiva non necessari.

Senonché, è stato sostenuto che manca, nell'ordinamento, un limite implicito al diritto di rifiutare le cure, tale da escludere un'illimitata disponibilità del bene-vita e il c.d. *diritto a lasciarsi morire*.

In senso critico alla tesi riportata si è così osservato che i suoi sostenitori, da un lato, desumono un supposto “principio generale” di indisponibilità del bene vita da norme che sono pur sempre di legge ordinaria, come tali incapaci di fissare limiti alla regola sancita in modo generale ed inequivoco dall'art. 32, secondo comma, Cost.; dall'altro, pure richiamando anche norme costituzionali a supporto, tendono a svalutare il puntuale dettato normativo dell'art. 32, secondo comma, Cost. a favore di concetti ambigui quali la dignità sociale e il dovere solidaristico di cui

²⁸ Cfr. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 145 ss.

agli artt. 2 e 4 Cost., in tal modo trasformando surrettiziamente il “diritto alla salute” in “dovere alla salute”.

Il che non può conciliarsi con una norma costituzionale che, in una prospettiva liberale e individualistica, sancisce *expressis verbis* l'illiceità di ogni trattamento sanitario *contra voluntatem*, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge.

Si tratta di conclusioni interpretative cui la giurisprudenza di legittimità era pervenuta in passato.

Emblematica la vicenda di Piergiorgio Welby, che conviene sintetizzare nei suoi contorni fattuali e nei risvolti giuridici.

**Il caso
Welby**

Schematizzando, Welby:

- a) era affetto da anni (dal 1963) da un gravissimo stato morboso degenerativo (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva);
- b) a causa del decorso della malattia era ormai nell'impossibilità di far luogo a qualsiasi movimento del corpo, ad eccezione di quelli oculari e labiali;
- c) la sua permanenza in vita era invero garantita da un respiratore automatico;
- d) sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, si riteneva che i trattamenti sanitari praticabili non potessero comunque arrestare l'evoluzione della malattia;
- e) era in grado di esprimere una volontà pienamente informata e consapevole quanto ad accettazione o rifiuto dei trattamenti praticati;
- f) all'esito di una completa informazione sul suo stato di malattia, aveva rivolto alla struttura ospedaliera ed ai medici che lo assistevano la richiesta, pienamente consapevole, di non essere ulteriormente sottoposto alle terapie di sostentamento in atto e di voler ricevere assistenza nei soli limiti in cui ciò fosse necessario a lenire le sofferenze fisiche, ossia il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione.

Atteso il rifiuto opposto per iscritto dalla struttura ospedaliera ad assecondare la sua volontà, Welby propone ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al Tribunale di Roma che, pur ritenendo fondata la pretesa, conclude tuttavia per la non azionabilità del diritto e quindi per l'inammissibilità del rimedio proposto.

Contattato un nuovo sanitario, lo stesso dà quindi esecuzione alle volontà di Welby, consapevolmente ribadite, provvedendo alla sua sedazione ed al contestuale distacco del ventilatore automatico, cui faceva seguito nell'arco di circa 45 minuti il decesso del paziente.

A seguito di richiesta di archiviazione formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma in data 5 marzo 2007, seguita tuttavia da ordinanza con cui il G.I.P., il 7 giugno 2007, disponeva l'imputazione coatta nei confronti del medico in relazione alla fattispecie di omicidio del consenziente *ex art.* 579 c.p., il G.U.P. di Roma dichiarava il non luogo a procedere²⁹.

Giova ripercorrere, in particolare, il percorso motivazionale seguito dal G.U.P.: sia perché anticipa, in sostanza, l'impostazione di fondo della l. n. 219/2017, sia per verificarne la fondatezza rispetto alle costruzioni proposte, in via alternativa, dalla dottrina.

In sintesi, ad avviso del G.U.P., il medico che asseconda la volontà manifestata dal paziente, contrario alla sottoposizione a cure pure di c.d. sostegno vitale, fruisce della causa di giustificazione dell'art. 51 c.p.; ciò perché la condotta dello stesso medico integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente: da un lato, si legge nella citata sentenza, «*oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco*»; dall'altro, quanto all'elemento soggettivo, il medico «*ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente*».

**Scriminante
dell'esercizio
del diritto e
omicidio del
consenziente**

²⁹ Con sentenza del 27 luglio 2007, n. 2049.

Sullo sfondo della ricostruzione la qualificazione della attività di ventilazione meccanica come *terapia* o comunque come *trattamento sanitario* (quale «*induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina*»): qualificazione che ha indotto a ritenere che il paziente, «*chiedendo il distacco dal polmone artificiale, ha effettivamente esercitato il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, come individuato dalla norma costituzionale*».

Questo essendo l'esito cui perviene la citata sentenza, giova ricostruirne i passaggi logici essenziali.

Rifiuto delle cure e suicidio Punto di partenza è l'inquadramento costituzionale del «diritto della persona a rifiutare le terapie mediche»: ad avviso del G.U.P., secondo cui si tratta di diritto avente la sua base giuridica nell'art. 32, secondo comma, Cost., la «*facoltà di rifiutare le cure o di interromperle, che, a sua volta, non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto*».

Il diritto di autodeterminarsi è inquadrato tra quelli inviolabili della persona (art. 2 Cost.) e correlato al principio di libertà personale (art. 13 Cost.): ad irrobustire la base giuridica del diritto, è richiamata la Convenzione di Oviedo.

Diritto di rifiutare le cure e indisponibilità della vita Chiarito il fondamento giuridico del diritto di rifiutare le cure, la sentenza ne puntualizza la portata e la consistenza osservando che «*il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione*».

In particolare, quanto ai suoi rapporti con il diritto alla vita, si sostiene che «*la difesa approntata dall'ordinamento all'invulnerabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto*».

Rifiuto delle cure e doveri del medico In conclusione, si legge, «*il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito sopra descritto ed alle condizioni precedentemente illustrate, costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturiti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.*».

Da ultimo, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione del 1° co. dell'art. 579, limitatamente alle parole: «*la reclusione da sei a quindici anni*», dell'intero 2° co. dell'art. 579 e del 3° co., limitatamente alle parole «*si applicano*»; la Corte ha infatti affermato la natura costituzionalmente necessaria della fattispecie di omicidio del consenziente, sul rilievo che l'approvazione della proposta referendaria «*renderebbe indiscriminatamente lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito, senza incorrere nei vizi indicati, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata*» e comporterebbe perciò il venir meno di ogni tutela³⁰.

³⁰ Corte Cost., 02/03/2022, n. 50 – «*Il diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost., nonché, in modo esplicito, dall'art. 2 CEDU, è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo, cioè di quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Esso concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto della persona, e da esso discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello - diametralmente opposto - di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Il cardinale rilievo del valore della vita, se non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi, neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, ignori le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso,*

Da ultimo, la Corte Costituzionale³¹ ha statuito l'illegittimità dell'art. 580 c.p., che incrimina l'istigazione o aiuto al suicidio, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 comma 2 Cost., «nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità di chi agevoli, con le modalità di cui agli artt. 1 e 2 l. 22 dicembre 2017 n. 219, l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona in grado di prendere decisioni libere e consapevoli, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche da ella ritenute non tollerabili».

Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

Anche in tale situazione, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali.

In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono e impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente.

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Considerato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del

Incapacità di esprimere il consenso e i limiti del rappresentante

simili decisioni vengono concepite. Quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima. L'art. 579 cod. pen., che configura il delitto di omicidio del consenziente, erige una "cintura di protezione" indiretta rispetto all'attuazione di decisioni in danno autore dell'atto abdicativo, inibendo, comunque sia, ai terzi di cooperarvi, sotto minaccia di sanzione penale, seppure configurato come fattispecie autonoma di reato, punita con pena più mite di quella prevista in via generale per il delitto di omicidio, in ragione del ritenuto minor disvalore del fatto. Se è ben vero che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 579 cod. pen., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela della norma alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi?».

³¹ C. Cost., 22 novembre 2019, n. 242.

rappresentante legale.

Come anticipato, la questione è oggi affrontata dall'art. 3, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

Al riguardo, permane l'attualità dell'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione³², secondo cui il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

L'uno e l'altro vincolo al potere rappresentativo del tutore hanno un preciso referente normativo: il primo nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al "*benefice direct*" dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; l'altro nel d. lgs. n. 211/2003, art. 5, ai sensi del quale il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace.

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

4.2. Il diritto alla salute, il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

Si è fin qui individuato il consenso quale manifestazione, attuale, di autodeterminazione del paziente rispetto ad un accertamento diagnostico o a un intervento chirurgico.

I caratteri del consenso La l. 22 dicembre 2017, n. 219, cristallizza i caratteri del "consenso", quale atto di volontà, frutto di una consapevole e ponderata manifestazione della libertà individuale, e che si caratterizza come personale, esplicito, specifico, libero, attuale, informato e consapevole.

1. Il consenso deve, anzitutto, essere *personale*: deve cioè essere manifestato direttamente dal paziente, purché si tratti di persona capace di intendere e di volere; il terzo comma dell'art. 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219, facoltizza peraltro l'interessato ad avvalersi o a farsi sostituire, per esprimere il consenso, da familiari o persone di fiducia, dal paziente espressamente indicate.

³² Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291.

PARTE III * I SOGGETTI DI DIRITTO

2. Deve poi trattarsi di un consenso *esplicito*. Si discuteva tuttavia, anteriormente alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, (che ha disciplinato le modalità di documentazione del consenso), se debba necessariamente essere anche *espreso* e *in forma scritta*, ovvero se sia sufficiente un consenso *tacito, per facta concludentia*.
3. Il consenso deve, inoltre, essere *specifico*: cioè deve avere ad oggetto il singolo intervento, ovvero ognuna fra le ipotesi di trattamento prospettate e non potrà, quindi, essere generico o onnicomprensivo, se non nei limitati casi di interventi di *routine* e a basso rischio; tradizionalmente si è richiesto, per interventi dotati di una certa rilevanza per i beni coinvolti, un atto di volontà tanto più specifico quanto più il rischio è elevato, escludendosi, in tali casi, la possibilità di legittimare l'attività del chirurgo in virtù di una *'delega in bianco'* conferitagli dal paziente.
4. Soprattutto, affinché sia consapevole e, dunque, espressione di una seria manifestazione di libertà di autodeterminazione terapeutica, si impone un consenso c.d. *informato*: corollario del rapporto di fiducia e di alleanza terapeutica tra il sanitario e il paziente, che impone al primo un dovere puntuale di rappresentazione al secondo della situazione di salute, dei potenziali rimedi e delle relative conseguenze, solo così potendosi ritenere il paziente concretamente in condizione di valutare ogni rischio ed ogni alternativa. Il medico, quindi, ha il compito di informare in modo compiuto il paziente, in quanto è quest'ultimo l'arbitro indiscusso della decisione di sottoporsi alle cure, ovvero di affidarsi a lui, o ancora di non sottoporsi ad alcun intervento.
5. Da ciò consegue che il consenso deve formarsi liberamente e cioè essere *immune da vizi*.
6. Deve, infine, essere *reale ed effettivo*, e non già *presunto*; deve inoltre essere *attuale*, ossia deve persistere al momento dell'inizio dell'intervento (non anticipato), oltre ad essere sempre *revocabile*.

In ordine, poi, alla prova dell'intervenuto consenso da parte del paziente, il quarto comma dell'art. 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219, prescrive la documentazione del consenso o del dissenso del paziente in forma scritta o a mezzo di videoregistrazione, attraverso l'annotazione nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico, prevedendo, nel caso di persone affette da disabilità, l'impiego di strumenti che consentano loro di comunicare.

La forma del consenso

Tuttavia, la l. n. 219/2017, all'art. 4, riconosce ora la possibilità, per ciascun soggetto maggiorenne e capace di intendere e di volere, di esprimere le proprie determinazioni in vista di una futura ed eventuale incapacità di autodeterminarsi, formulando cioè le proprie scelte in ordine ad eventuali *"trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari"*: si tratta delle cosiddette *"disposizioni anticipate di trattamento"* (di seguito: DAT).

Le disposizioni anticipate

Sul piano della *disciplina*, è prevista l'indicazione, da parte dell'interessato, di un fiduciario che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e la struttura sanitaria; il fiduciario, a sua volta maggiorenne e capace di intendere e di volere, deve accettare la nomina sottoscrivendo le DAT, ovvero con atto scritto successivo alle stesse allegato, conservando in ogni caso il diritto di rinunciarvi in seguito mediante atto scritto comunicato al disponente (che, del pari, può revocare

La disciplina

il fiduciario in qualunque momento, con le medesime modalità previste per la nomina e senza necessità di motivazione). Peraltro, le DAT non perdono la propria validità, quanto alle volontà del disponente, in caso di assenza, rinuncia, sopravvenuta incapacità o premorienza del fiduciario: il quarto comma dell'art. 4, in tali situazioni, demanda, in caso di necessità, al giudice tutelare la nomina di un amministratore di sostegno.

Quanto alla *forma*, il sesto comma dell'art. 4 impone la redazione delle DAT mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero per il tramite di scrittura privata personalmente consegnata dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza, ove le disposizioni di trattamento debbono essere annotate su un apposito registro; nei casi in cui le condizioni fisiche del disponente non consentano il ricorso alle suddette modalità, peraltro, sono ammessi particolari modalità di formulazione della volontà a mezzo di videoregistrazioni o dispositivi che permettano all'interessato di comunicare.

Con le stesse forme, poi, le DAT possono essere rinnovate, modificate o revocate in qualunque momento (anche, tuttavia, mediante dichiarazione verbale raccolta e videoregistrata da un medico alla presenza di due testimoni, qualora ragioni di urgenza ed emergenza impediscano di procedere nelle forme ordinarie).

La natura Per quanto concerne la *natura* delle DAT, si è sostenuto che si tratta di un negozio giuridico a contenuto non patrimoniale, unilaterale, non recettizio, sottoposto a condizione sospensiva che produrrà quindi i suoi effetti in un momento successivo, con la precisazione che, con riguardo alla nomina del fiduciario, la clausola di designazione è inefficace finché non è accettata da quest'ultimo, con sottoscrizione coeva o atto successivo. Giova ribadire che l'accettazione del fiduciario non è elemento di validità o efficacia delle DAT, in quanto queste ben possono non contenere designazione alcuna.

La sopraggiunta inattuabilità delle DAT Di particolare rilievo e di estrema delicatezza il disposto del quinto comma dell'art. 4, con cui si intende rimediare alla *possibile sopraggiunta inattuabilità degli orientamenti espressi (e mai revocati) dal disponente*, per mutamenti nei trattamenti sanitari disponibili alla luce di nuove scoperte scientifiche o modalità di cura ovvero per il sospetto che tali volontà non fossero effettivamente consapevoli al momento della formulazione. Tentando un non semplice bilanciamento degli interessi in gioco (la volontà del paziente, da un lato; il superamento delle DAT a fronte di opzioni ritenute più tutelanti rispetto alla salute del disponente, attraverso la verifica della effettività e della perdurante attualità delle volontà *illo tempore* manifestate, dall'altro), il legislatore introduce un limite all'obbligo per il medico di rispettare le volontà espresse dall'interessato attraverso le DAT: limite individuato – a condizione che sussista un accordo in tal senso tra medico e fiduciario (in caso di conflitto è previsto il ricorso al giudice tutelare) – nella “palese incongruenza o non corrispondenza” delle stesse rispetto alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero qualora sussistano terapie non prevedibili all'epoca di formazione delle DAT, capaci di «*offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*» del paziente.

La forma

5. Il diritto al nome.

Il nome è il principale segno distintivo della persona fisica o dell'ente di fatto³³. Superate le concezioni che individuavano nel nome un interesse dello Stato quale «misura di polizia sociale» (teoria c.d. pubblicistica), o l'oggetto di un diritto di proprietà (teoria c.d. privatistica), il diritto al nome è stato incluso nel novero dei diritti della personalità, in quanto parte essenziale del patrimonio morale di ogni individuo³⁴.

Il codice civile prevede che «ogni persona ha diritto al nome» (art. 6 c.c.), comprensivo del prenome (ossia il nome in senso stretto) e del cognome, per i quali non sono ammessi cambiamenti o rettifiche se non nei casi e con le formalità richieste dalla legge. Il prenome è scelto dai genitori al momento della nascita, salvo, in caso di disaccordo, il ricorso al giudice ai sensi dell'art. 316, terzo comma, c.c. **Il cognome, invece, è quello del padre (quello della madre può essere aggiunto con decreto ministeriale) ed è acquisito automaticamente in virtù del rapporto di filiazione.**

Nel 2016, la Corte costituzionale aveva già dichiarato l'illegittimità della norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento della illegittimità era, pertanto, limitato alla sola parte della norma che non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno (C. Cost., 21 dicembre 2016, n. 286).

La Corte Costituzionale, con sentenza n 131 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tutte le norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre, con riferimento alle figlie e ai figli nati nel matrimonio, fuori dal matrimonio ed ai figli adottivi. Si tratta di una decisione fondamentale per la tutela dei diritti delle donne e assunta nella considerazione del fatto che le regole da sempre applicate risultavano violare gli articoli 2, 3 e 117 della Costituzione, nonché gli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani³⁵.

³³ Per le persone giuridiche e le società l'equivalente del nome è costituito dalla ragione sociale o dalla denominazione.

³⁴ Secondo DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 300, «il nome è strettamente inerente alla persona che rappresenta ed individua in se medesima e nelle sue azioni (...) Per mezzo di quel segno verbale che è il nome, si realizza il bene dell'identità, consistente nel distinguersi nei rapporti sociali dalle altre persone, risultando per chi si è realmente (...) tanto vale per dimostrare che il diritto al nome è un diritto della personalità».

³⁵ Nello specifico, la Corte Costituzionale ha dichiarato:

1) l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, del codice civile, nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto;

2) in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 262, primo comma, e 299, terzo comma, cod. civ., 27, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia) e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui prevede che il figlio nato nel matrimonio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, alla nascita, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto;

La tutela del diritto al nome si articola in una duplice forma, ai sensi dell'art. 7 c.c.: la persona alla quale si contesta il diritto all'uso del proprio nome (inteso anche come *domain name*) o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (la medesima tutela si estende anche allo pseudonimo che abbia acquistato l'importanza del nome in virtù dell'art. 9 c.c.).

Tale duplicità di strumenti di protezione si giustifica in virtù del fatto che il nome rappresenta non solo l'elemento identificativo della persona, ma anche lo strumento di circolazione e conoscenza delle caratteristiche dell'individuo, in quanto simbolo che riassume la personalità del suo portatore³⁶. Ciascuna di tali funzioni è suscettibile di essere lesa dall'atto illecito del terzo e la lesione si può sostanziare nella riduzione sia della portata identificativa, sia della funzione epidittica (ad esempio, attribuendo al titolare caratteristiche non sue o negandogli le proprie).

A seconda che la lesione interessi l'uno o l'altro aspetto, il titolare del nome può subire un danno di entità e natura diverse. Infatti, se l'abuso del nome ingenera un rischio di confusione, oppure rende impossibile l'identificazione di un soggetto determinato, è solo la lesione del diritto al nome che viene in rilievo; viceversa, nel caso in cui l'abuso del nome altrui comporti anche una lesione dell'onore e della reputazione, potrebbero configurarsi diverse fattispecie lesive.

Le due forme più comuni di lesione al nome consistono nella contestazione e nella utilizzazione abusiva del nome.

Nel primo caso si fa riferimento all'ipotesi in cui un terzo neghi o impedisca al legittimo titolare del nome di usarlo come proprio, ad esempio quando qualcuno ometta di fare menzione del nome altrui, pur essendovi tenuto in virtù di un obbligo normativo o contrattuale, oppure impedisca al titolare del nome di farne uso (al riguardo, l'esempio di scuola è quello di chi rimuova abusivamente la targa affissa sulla porta dello studio di un professionista).

In tutti i casi di contestazione, la legge conferisce al titolare il diritto di ottenere una sentenza di condanna che inibisca la prosecuzione degli atti lesivi (sentenza della quale può altresì chiedersi la pubblicazione), a prescindere dalla

La tutela

L'azione di reclamo o contestazione

3) in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede che «l'adottato assume il cognome del marito», anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto;

4) in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto;

5) inammissibili le questioni di legittimità degli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., dell'art. 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e degli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dalla Corte d'appello di Potenza con l'ordinanza in epigrafe.

³⁶ Cfr. ROSSETTI, *op. cit.*, 564.

dimostrazione della mala fede del terzo o della prova di aver subito un pregiudizio. Perché si possa configurare un danno risarcibile è invece necessario che siano integrati i requisiti richiesti dagli artt. 2043 e 2059 c.c.³⁷.

**L'azione di
usurpazione**

Si configura, invece, un'ipotesi di utilizzazione abusiva quando l'efficacia identificatrice del nome resta invariata, ma si ingenera il rischio di confusione tra il legittimo titolare e altri soggetti. La dottrina ha distinto tra usurpazione in senso stretto, che si configura quando un soggetto attribuisce a sé o ad altri il nome di un terzo, e usurpazione in senso lato, che si verifica quando il nome altrui viene utilizzato in modo «anomalo», ossia per designare un personaggio di fantasia di *film* o spettacoli teatrali, un'opera dell'ingegno, una ditta, etc. In tali casi la tutela è accordata a prescindere dalla confondibilità e anche se il pregiudizio (di norma collegato all'onore), che può essere economico o morale, da valutarsi con riferimento al particolare ambiente socioeconomico in cui vive e opera il titolare del nome³⁸, è solo potenziale.

Un limite all'azione è però costituito dall'uso legittimo del nome altrui (ad esempio nella cronaca giornalistica, negli atti giudiziari, etc.).

Un altro caso tipico di uso legittimo del nome altrui si ha quando, in seguito alla sentenza di divorzio, alla ex-moglie sia stato consentito di continuare ad usare il cognome del marito: la giurisprudenza ha da ultimo chiarito, tuttavia, che di regola non è ammissibile conservare il cognome del marito dopo la pronuncia di divorzio, salvo che il giudice di merito, con provvedimento motivato e nell'esercizio di poteri discrezionali, non disponga diversamente, in ragione di circostanze eccezionali³⁹.

**La
legittimazio-
ne attiva**

Le azioni per la tutela del diritto al nome possono essere promosse anche da soggetti diversi dal titolare del nome, allorché abbiano un interesse alla tutela dello stesso fondato su ragioni familiari (art. 8 c.c.). Ciò poiché la tutela del diritto al nome non è funzionale solo all'interesse all'esatta individuazione anagrafica di ciascun individuo, ma tiene anche conto dell'interesse familiare alla tutela della propria reputazione sociale.

**Lo pseudo-
nimo**

L'art. 9 c.c. estende allo pseudonimo, che abbia acquistato l'importanza del nome, la stessa tutela del nome, senza che a tal fine rilevi la sua originalità oggettiva.

6. Il diritto all'immagine.

L'immagine costituisce una delle proiezioni esteriori e concrete della personalità del soggetto, forse l'espressione più concreta e più appariscente.

Il relativo diritto è tutelato dall'art. 10 c.c., secondo cui, in caso di abusiva esposizione o pubblicazione dell'immagine (anche caricaturale⁴⁰) di una persona (oltretutto dei suoi genitori, coniuge e figli) fuori dei casi consentiti dalla legge (artt. 96 e 97 della l. diritto d'autore e art. 21 della l. marchi) o quando ricorra un pregiudizio al decoro o alla reputazione, ossia quando ci siano gli estremi per

³⁷ Cass., 5 ottobre 1993, n. 8081, in *Foro it.*, 1994, I, 3009. Nello stesso senso, *ex multis*, id., 7 marzo 1991, n. 2426, in *Foro it.*, 1991, I; id., 10 novembre 1979, n. 5790, in *Cinr. It.*, 1980, I, 1, 432.

³⁸ Tra le numerose pronunce giurisprudenziali espresse sull'argomento cfr.: Trib. Venezia, 11 febbraio 1997, in *Foro pad.*, 1997, I, 394 e Trib. Milano, 24 giugno 1995, in *AIDA*, 1996, 541.

³⁹ Cass. civ., sez. I, 08 febbraio 2019, n. 3869.

⁴⁰ Cfr. Trib. Roma, 11 febbraio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 551; Cass., 29 maggio 1996, n. 4993, in *Danno e resp.*, 1996, 585, con nota di CARBONE.

configurare un illecito penale, l'interessato può adire l'autorità giudiziaria per chiedere la cessazione dell'abuso, oltretutto il risarcimento dei danni.

Tale norma va integrata con l'art. 96 della l. n. 633 del 1941, che prescrive la necessità del consenso della persona ritratta per l'esposizione, la riproduzione o la messa in commercio del ritratto, consenso che può anche essere implicito⁴¹ purché il contegno del soggetto possa essere inequivocabilmente interpretato come assenso all'utilizzo dell'immagine⁴².

Il consenso prestato, inoltre, è valido solo a favore del soggetto per il quale è stato concesso e nei limiti dei fini e delle modalità di divulgazione stabilite⁴³. L'utilizzo dell'immagine in violazione dei predetti limiti è equiparato allo sfruttamento della stessa in assenza di consenso⁴⁴ e dunque configura un illecito⁴⁵.

In dottrina⁴⁶, il consenso richiesto dall'art. 96 della l. n. 633 del 1941 è stato ricondotto sia alla fenomenologia del negozio unilaterale sia a quella del contratto atipico.

In una recente sentenza della Corte di Cassazione⁴⁷, la Suprema Corte ha statuito che *«il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisce un negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo ed inalienabile, all'immagine ma soltanto l'esercizio di tale diritto, sicché, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, il consenso resta distinto ed autonomo dalla pattuizione che lo contiene ed è sempre revocabile, qualunque sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita ed a prescindere dalla pattuizione convenuta, che non integra un elemento del negozio autorizzativo»*.

Il consenso, peraltro, è sempre revocabile⁴⁸, salvo il risarcimento dei danni qualora non sussista una giusta causa.

L'art. 97 della legge sul diritto d'autore precisa, tuttavia, che il consenso non occorre quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico ricoperto o da altre circostanze tassativamente indicate⁴⁹, come ad esempio la pubblicazione dell'immagine di soggetti partecipanti a manifestazioni collettive, pubbliche o private (se di rilevanza sociale), quandonche minori⁵⁰. Di recente la giurisprudenza ha anche affermato che la pubblicazione dell'immagine, non lesiva dell'onore o della reputazione, può considerarsi lecita

⁴¹ Cass., 29 settembre 2006, n. 21172.

⁴² Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014.

⁴³ ALPA-ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 1-10, Milano, 1996, 313.

⁴⁴ Cass., 1° settembre 2008, n. 21995.

⁴⁵ Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014.

⁴⁶ UBERTAZZI (a cura di), *Diritto d'autore*, Padova, 2007.

⁴⁷ Cass. civ., Sez. I, 29 gennaio 2016, n. 1748.

⁴⁸ Per un approfondimento in merito si consulti GERACI, *Il negozio unilaterale per il consenso alla pubblicazione della propria immagine*, in *Il Diritto Industriale*, Milano, IV, 2016.

⁴⁹ In tema si consulti Cass., 13 aprile 2007, n. 8838 che chiarisce che lo sfruttamento dell'immagine per finalità pubblicitarie richiede sempre il consenso dell'avente diritto. La necessità del consenso permane anche in caso di notorietà del soggetto ritratto qualora il ritratto dello stesso sia utilizzato per finalità commerciali.

⁵⁰ Cfr. da ultimo Cass., 13 maggio 2020, n. 8880, in *Dejure*, che ha precisato come «La pubblicazione dell'immagine di un minore in scene di manifestazioni pubbliche (o anche private, ma di rilevanza sociale) o di altre iniziative collettive non pregiudizievole, in assenza di consenso al trattamento validamente prestato, è legittima, in quanto aderente alle fattispecie normative di cui all' art. 97 della l. n. 633 del 1941, se l'immagine che ritrae il minore possa considerarsi del tutto casuale ed in nessun caso mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità del medesimo e sulla sua riconoscibilità».

anche in assenza del consenso dell'interessato, qualora possa intendersi quale esercizio del diritto di cronaca⁵¹. Tuttavia, l'eventuale notorietà del soggetto ritratto, persino in ipotesi di immagini già pubbliche, non consente ai terzi di superare la necessità di acquisire il consenso del titolare dell'immagine, qualora il suo ritratto sia sfruttato per fini pubblicitari⁵².

Pertanto, se non vi è stato il consenso dell'interessato e non si è in presenza di alcuna delle ipotesi eccezionali e tassative che rendono «giustificata» tale riproduzione, in virtù della prevalenza del diritto all'informazione di cui all'art. 21 Cost., che ricorre in presenza di un interesse pubblico all'informazione⁵³, ove ne ricorrano gli estremi, sarà dovuto il risarcimento del danno quale compenso all'ingiusta lesione di tale interesse individualistico, ciò a prescindere dall'eventuale concomitante lesione di altri diritti (onore, reputazione, decoro), che spesso si presentano strettamente connessi con il diritto all'immagine.

La tutela
risarcitoria

La tutela di tale diritto si attua, in primo luogo, con la cessazione del fatto lesivo, anche tramite strumenti di tutela cautelare e urgente; a questo fine assume indubbia rilevanza il rimedio inibitorio, che è possibile esperire ogniqualvolta si sia in presenza di una violazione di un diritto il cui godimento è assicurato da obblighi di non fare, indipendentemente dalla sussistenza di danni risarcibili.

È inoltre riconosciuta all'interessato la possibilità di chiedere che siano compiuti tutti quegli atti idonei a eliminare l'abuso e a riparare le conseguenze dannose prodotte, attraverso la reintegrazione in forma specifica e il risarcimento del danno. Il risarcimento concerne tanto il danno patrimoniale, che consiste nel pregiudizio economico che la vittima abbia risentito dalla pubblicazione e di cui abbia fornito la prova (la quale riguarda, almeno, la somma corrispondente al compenso che il danneggiato avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione⁵⁴), quanto di quello non patrimoniale ex art. 2059 c.c. (a prescindere dalla concomitante commissione di un illecito penale). L'abuso dell'immagine altrui obbliga al risarcimento del danno non patrimoniale, anche quando tale abuso non risulti integrare la fattispecie del reato di diffamazione⁵⁵: nel caso in cui non sia fornita la prova del danno, si è stabilito che la persona abbia comunque diritto al pagamento di una somma che sarebbe stata richiesta quale compenso per l'utilizzo dell'immagine, determinandosi tale somma in via equitativa, avuto anche riguardo al vantaggio economico dell'indebito utilizzatore.

⁵¹ V. Cass., 24 dicembre 2020, n. 29583, secondo cui «la presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca mediante la pubblicazione di un articolo, per quanto non implichi, di per sé, la legittimità della pubblicazione anche dell'immagine delle persone coinvolte, può condurre alla liceità di una tale diffusione ove esista uno specifico interesse pubblico alla identificazione immediata dei personaggi pubblici ai quali l'informazione si riferisce. Pertanto, la pubblicazione a corredo di un articolo di stampa di foto, in sé non lesive dell'onore o della reputazione, non può considerarsi integrativa dell'illecito da lesione del diritto all'immagine senza una previa, rigorosa e non atomistica valutazione in ordine alla riconducibilità anch'essa all'esercizio del diritto di cronaca».

⁵² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 16/06/2022, n. 19515.

⁵³ Cfr. Cass., 28 marzo 1990, n. 2527, in *Giur. It.*, 1991, I, 126.

⁵⁴ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 12/04/2022, n. 11768.

⁵⁵ Cass. civ., Sez. III, 16/05/2008, n. 12433; Tribunale di Catania 14.3.2007.

La sussistenza di un danno patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c. è facilmente individuabile nell'ipotesi di abusiva pubblicazione o sfruttamento dell'immagine di un personaggio noto, per il quale l'immagine (e anche il nome) costituisce un bene suscettibile di sfruttamento economico, che è leso dall'uso indebito che altri ne faccia a scopo commerciale. Si è parlato in tal caso di «prezzo del consenso» al quale commisurare il *quantum* del risarcimento (sull'argomento si tornerà *infra* in tema di riservatezza). Più difficoltoso, invece, è configurare un danno patrimoniale siffatto con riferimento al c.d. *quivis de populo*.

7. Il diritto all'identità personale e il rapporto con i diritti di cronaca, critica e satira.

L'identità personale è un diritto soggettivo perfetto, avente a oggetto il bene costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui corrisponde un interesse «positivo» alla fedeltà della rappresentazione, ossia a non vedere all'esterno modificato, alterato o comunque offuscato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale, quale già estrinsecatosi o destinato, comunque, a estrinsecarsi nell'ambiente sociale, secondo indici di previsione costituiti da circostanze obiettive ed univoche⁵⁶.

Il fondamento giuridico di tale diritto è contenuto direttamente nell'art. 2 Cost., inteso quale clausola generale e «aperta» all'evoluzione dell'ordinamento, suscettibile di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del «pieno sviluppo della persona umana», di cui al successivo art. 3 Cost.⁵⁷.

Spesso, tuttavia, il diritto all'identità (ma lo stesso discorso vale anche per il diritto alla riservatezza e per quello all'immagine) si trova a confliggere con altri diritti della persona tutelati dall'ordinamento, che costituiscono esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero garantito dall'art. 21 Cost. Si intende far riferimento, in primo luogo, al diritto di cronaca, ma anche al diritto di critica e di satira.

In tali ipotesi si deve far ricorso al bilanciamento tra gli interessi in conflitto, verificando quale di essi prevalga sugli altri, tenuto conto dell'eventuale notorietà del titolare del diritto leso, delle condizioni oggettive, di tempo e di luogo e dell'interesse pubblico alla diffusione dell'informazione o dell'immagine.

In tema di diritto di cronaca, definito come il diritto di raccontare accadimenti reali per mezzo della stampa, in considerazione del loro interesse per l'opinione pubblica⁵⁸, si è evidenziato che la prevalenza dell'interesse alla diffusione della notizia o dell'immagine relativa al soggetto noto (ma il discorso vale anche nel caso di soggetto non famoso che si sia reso protagonista di un evento tale da giustificare l'interesse pubblico) si realizza solo in presenza di un interesse pubblico attuale, valendo altrimenti il diritto all'oblio⁵⁹.

Il diritto di cronaca

⁵⁶ Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, I, 1996, 1260.

⁵⁷ Cfr. Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, *cit.* e C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, *cit.*

⁵⁸ Cass. pen., 12 gennaio 1982, in *Giust. pen.*, 1982, II, 656.

⁵⁹ Tale diritto è stato recentemente definito dalla giurisprudenza come «il diritto a non rimanere esposti, senza limiti di tempo, ad una rappresentazione non più attuale della propria persona, con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, per la ripubblicazione - a distanza di un importante intervallo temporale destinato ad integrare il diritto ed al cui decorso si accompagni una diversa identità della persona - o il mantenimento senza limiti temporali di una notizia relativa a fatti commessi in passato, che nella sua versione dinamica consiste nel potere, attribuito al titolare del diritto, al controllo del trattamento dei dati personali ad opera di terzi responsabili» (cfr. Cass., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Dejure*). La Suprema Corte, nella medesima pronuncia, ha poi precisato che «la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento

In particolare, con riguardo al tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, la giurisprudenza superiore ha recentemente statuito che, ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione (espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost.), è necessario valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che suscitino, nel momento presente, l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà, sia per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva⁶⁰.

Si è poi giunti all'enunciazione di un «decalogo» del giornalista, che enuncia tutte le condizioni necessarie perché si possa affermare la prevalenza del diritto di cronaca. Tali condizioni sono: l'utilità sociale alla diffusione della notizia; la verità dei fatti divulgati (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca e di un controllo dell'attendibilità della fonte) e la continenza (intesa quale forma civile) dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo e improntata a obiettività, con l'esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio e comunque rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto qualsiasi persona⁶¹.

Il requisito della c.d. continenza deve essere rispettato anche in sede di esercizio del diritto di critica, che è stato definito il diritto di esprimere motivati dissensi su opinioni altrui⁶².

Il diritto di critica

Il diritto di critica si distingue dal diritto di cronaca in quanto si propone di rappresentare un fatto esprimendo un giudizio critico⁶³.

Il diritto di critica non si concreta, come quello di cronaca, nella narrazione veritiera dei fatti, ma si esprime per sua natura in un giudizio che, come tale, non può che essere soggettivo rispetto ai fatti stessi, per la valutazione dei quali non

con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica [...].»

In caso di conflitto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza, la S.C. ha sottolineato che il diritto di cronaca può risultare limitato dall'esigenza dell'attualità della notizia, quale manifestazione del diritto alla riservatezza, intesa quale giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata, salvo che per eventi sopravvenuti il fatto precedente ritorni di attualità e rinasca un nuovo interesse pubblico all'informazione. Vedasi, da ultimo, Cass., Sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681.

⁶⁰ Nella specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale: Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681.

⁶¹ Cfr. Cass., 17 luglio 2007, n. 15887, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 762, nota come sentenza decalogo sulla libertà di stampa; Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253; Cass. pen., 23 gennaio 1997, n. 6018, in *Cass. pen.*, 1999, 853; Cass., 11 gennaio 2005, n. 379, in *Foro it.*, 2005, I, 2406, con nota di CHIAROLLA; id., 22 febbraio 2008, n. 4603, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

⁶² Cass. pen., 12 dicembre 1986, in *Giur. It.*, 1988, II, 194.

⁶³ Cfr. Cass., 24 maggio 2002, n. 7628, in *Danno e resp.*, 2002, 1147; Cass., 7 dicembre 2005, n. 26999, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 6 agosto 2007, n. 17180, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

valgono i soli canoni ermeneutici della verità, della continenza e dell'interesse sociale⁶⁴; nondimeno, anche il diritto di critica deve essere esercitato entro limiti oggettivi fissati dalla logica concettuale e dall'ordinamento positivo, non potendo la critica stessa spingersi fino all'offesa della reputazione individuale. Pertanto, quando l'esercizio del diritto di critica vada a collidere con la tutela dei diritti della personalità degli interessati, è necessaria un'opera di bilanciamento tra le peculiarità espressive della critica ed il grado di verità e di certezza del fatto o del comportamento dal quale trae lo spunto il giudizio critico.

Siffatto bilanciamento è ravvisabile nella pertinenza della critica all'interesse pubblico, cioè nell'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza del fatto oggetto di critica, interesse che costituisce assieme alla correttezza formale (continenza), requisito per la invocabilità della esimente dell'esercizio del diritto di critica⁶⁵.

Il diritto di
satira

Il diritto di satira costituisce una manifestazione del diritto di critica ma si differenzia da questo in quanto la satira non si propone di rappresentare una situazione nei suoi termini reali, ma trae spunto dalla realtà per esprimere un giudizio critico tramite riferimenti e/o immagini di natura comica o paradossale, sostanziandosi sovente in una metafora caricaturale.

Per la sua natura di giudizio soggettivo e opinabile la satira è sottratta al parametro della verità⁶⁶; tuttavia, poiché solo i fatti espressi in modo apertamente difforme dalla realtà sono privi di capacità offensiva, la riproduzione in maniera apparentemente attendibile di un fatto di cronaca deve invece essere valutata secondo il criterio della continenza delle espressioni e delle immagini utilizzate⁶⁷.

Conseguentemente, non può essere riconosciuta la scriminante dell'esercizio del diritto per le attribuzioni di condotte illecite o riprovevoli o moralmente disonorevoli, per gli accostamenti volgari o ripugnanti, per la deformazione dell'immagine tale da suscitare disprezzo o dileggio perché anche per la satira, la libertà di manifestazione del pensiero non può infrangere il rispetto dei diritti

⁶⁴ In questo senso la Suprema Corte è giunta ad affermare che il diritto di critica si concretizza non nella narrazione di fatti, ma nell'espressione di un giudizio o di un'opinione che, dunque, non può in nessun modo essere rigorosamente obiettiva, essendo fondata su un'interpretazione di fatti e comportamenti (si veda C., Sez. V, 7.3-4.5.2022, n. 17784, con riferimento alla pubblicazione di articoli su Facebook contenenti invettive volte a stigmatizzare gli atteggiamenti e la complessiva condotta di sfruttamento dei lavoratori del datore di lavoro).

⁶⁵ Cass., 24 maggio 2002, n. 7628, *cit.*

⁶⁶ Cass., 5 maggio 1995, n. 4871, in *Corr. giur.*, 1995, I, 1392, con nota di CATALANO.

⁶⁷ Cass., 20 ottobre 1998, n. 13563, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 1309. In particolare, la Suprema Corte ha precisato che la satira, per essere legittima, deve essere comunque intesa a sferzare i vizi, le abitudini e le concezioni delle persone, in quanto manifestazioni di ricorrenti debolezze umane, ovvero a disvelare l'incongruenza o il ridicolo dei valori costituiti nella cultura ufficiale, ma non può considerarsi satirico un insulto gratuito, fondato su luoghi comuni e privo di qualsiasi aggancio con la reale condotta della persona criticata, solo perché espresso in una parafrasi o in una similitudine più o meno fantasiose. Si veda ancora Cass., ord. 20 marzo 2018, n. 6919, per cui "La satira costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, sicché, diversamente dalla cronaca, è sottratta all'obbligo di riferire fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto, pur soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato".

fondamentali della persona⁶⁸.

In considerazione della specificità del diritto all'identità e del suo pericolo di lesione a causa dell'esercizio dei diritti di cronaca, critica e satira, la tutela di tale diritto si fonda sull'utilizzo di strumenti efficaci e tempestivi, spesso atipici e modellati sulla situazione di fatto, sulle modalità della violazione e sulle possibili forme di prevenzione o riparazione, in grado di fornire una risposta tempestiva alla lesione. A tali strumenti di natura preventivo-inibitoria (quali i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*) si affianca la tutela di tipo risarcitorio, necessariamente successiva e, quindi, sovente inadeguata a fornire un idoneo ristoro al diritto leso, per le motivazioni già illustrate.

In tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, l'apprezzamento in concreto delle espressioni usate come lesive dell'altrui reputazione e la valutazione dell'esistenza o meno dell'esimente dell'esercizio dei diritti di cronaca e di critica costituiscono oggetto di accertamenti in fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità se sorretti da argomentata motivazione.

Stante tutto quanto sopra, con specifico riguardo al diritto di cronaca, il controllo affidato alla Corte di Cassazione è limitato alla verifica dell'avvenuto esame, da parte del giudice del merito, della sussistenza dei requisiti della continenza, della veridicità dei fatti narrati e dell'interesse pubblico alla diffusione delle notizie, nonché al sindacato della congruità e logicità della motivazione, secondo la previsione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., applicabile "*ratione temporis*", restando estraneo al giudizio di legittimità l'accertamento relativo alla capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione⁶⁹.

7.1. Il diritto di cronaca giudiziaria.

Secondo il più recente orientamento della Corte di Cassazione, allorché la notizia diffusa da un giornalista consista nella cronaca di una dichiarazione resa in sede giudiziaria non può ritenersi che egli sia tenuto a svolgere specifiche indagini sull'attendibilità del dichiarante, poiché tale valutazione riguarda il merito della dichiarazione e la sua rispondenza a verità. Per il giornalista, invece, sussiste solo l'obbligo di accertare che la dichiarazione sia stata effettivamente resa e il contesto in cui ciò sia avvenuto, in particolare, con l'indicazione della fase processuale in cui tali dichiarazioni sono state rese e gli atti da cui provengono, in modo che il lettore o l'ascoltatore possa chiaramente intendere se la dichiarazione abbia già avuto il vaglio processuale da parte del magistrato e se ne dovrà avere altri⁷⁰.

⁶⁸ Cass., 8 novembre 2007, n. 23314, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

⁶⁹ Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 09/06/2022, n. 18631. In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda risarcitoria proposta da un magistrato, in relazione ad un articolo giornalistico nel quale la menzione delle sue funzioni di giudice addetto ai fallimenti era stata allusivamente accostata alla notizia dell'acquisto di un immobile presso un'asta fallimentare - in realtà tenutasi presso diverso ufficio giudiziario - da parte di un politico al quale il magistrato era legato da un rapporto sentimentale.

⁷⁰ Cass., 10 marzo 2009, n. 5727.

Tale criterio, pur con i dovuti adattamenti, è stato seguito dalla Corte di Cassazione anche in materia di pubblicazione del testo di interrogazioni parlamentari. Secondo la Corte, infatti, costituisce legittima espressione del diritto di cronaca, quale esimente della responsabilità civile per danni, la pubblicazione di una interrogazione parlamentare dal contenuto oggettivamente diffamatorio, sempre che corrisponda al vero la riproduzione (integrale o per riassunto) del testo dell'interrogazione medesima, essendo priva di rilievo, per converso, l'eventuale falsità del suo contenuto che il giornalista non ha il dovere di verificare, pur avendo l'obbligo di riprodurlo in forma impersonale ed oggettiva, quale semplice testimone, senza dimostrare, cioè, con commenti o altro, di aderire comunque al suo contenuto diffamatorio ed abbandonare, così, la necessaria posizione di narratore asettico e imparziale del fatto – interrogazione⁷¹.

Per il risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa, laddove la notizia sia stata attinta da atti giudiziari, il requisito della verità è integrato ove la stessa risulti fedele al contenuto dell'atto, senza che sia necessaria né la verifica della fondatezza del fatto riportato, né l'indicazione specifica della fonte, purché dal contesto dell'articolo risulti con chiarezza la natura giudiziaria della fonte stessa. Sul tema, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato una legittima espressione del diritto di cronaca in alcuni articoli giornalistici che davano conto dei rapporti intrattenuti da un alto ufficiale della Guardia di Finanza con un imprenditore sottoposto ad indagini preliminari - dal quale il primo, in cambio di informazioni riservate, avrebbe ottenuto un posto di lavoro per la figlia ed il denaro necessario all'acquisto di due immobili -, sul presupposto che dal contesto dei suddetti articoli si evincesse chiaramente che le notizie erano state tratte dagli atti delle indagini in corso⁷².

8. Il diritto alla riservatezza.

Il diritto alla riservatezza tutela le situazioni e vicende strettamente personali e familiari - le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione e il decoro, non siano, tuttavia, giustificate da interessi pubblici preminenti.

Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema (art. 2 Cost.), ma trova una serie di espliciti riferimenti nelle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale⁷³.

Nella casistica pretoria, in alternativa o in alcuni casi in concomitanza con il risarcimento del danno non patrimoniale, si riscontra con frequenza la tendenza a

⁷¹ Cass., 27 ottobre 2004, n. 20783; Cass. Pen., 30 settembre 1987, n. 10221; Cass. Pen., 2 marzo 1999, Mennella; Cass. Pen., 23 febbraio 2000, Scalfari; Cass., 19 dicembre 2001, n. 15999; Cass., Sez. un., 30 maggio 2001, Galero.

⁷² Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 12/04/2022, n. 11769.

⁷³ Cfr. Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1975, I, 2895, relativa al caso c.d. «Soraya Esfandiar»; Cass., 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.*, 1963, I, 887, relativa al c.d. «caso Petacci». Più di recente, cfr. Cass., 25 marzo 2003, n. 4366, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2417; Cass., 9 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it.*, 1998, I, 2387.

risarcire la lesione del diritto alla riservatezza *sub specie* di danno patrimoniale derivante dalla pubblicazione delle proprie notizie o della propria immagine; danno rinvenuto nel c.d. «prezzo del consenso», ossia nel prezzo che il soggetto avrebbe potuto ottenere quale corrispettivo del suo consenso a tale pubblicazione (si è utilizzata a tal fine la definizione di danno da mancato sfruttamento economico delle proprie notizie o della propria immagine)⁷⁴. A sostegno di tale soluzione interpretativa c'è la considerazione che in una società capitalistica avanzata quale quella attuale, basata sulla logica di mercato, in cui tutto (o quasi) sembra potersi misurare in termini economici, e dove il valore d'uso ha ceduto la sua centralità sistematica al valore di scambio, accade sempre più spesso che persone celebri *in primis* (ma oramai non si sottrae alla stessa logica anche il *quivis de populo*) consentano alla pubblicazione delle loro vicende personali, oltretutto della loro immagine, dietro corresponsione di una certa somma⁷⁵.

La giurisprudenza di merito, seguita anche da quella di legittimità⁷⁶, ha accolto tale soluzione interpretativa riconoscendo al personaggio noto un danno patrimoniale da lucro cessante, commisurato al presunto «prezzo del consenso», sia in caso di lesione del diritto all'immagine⁷⁷, sia di lesione al diritto alla riservatezza⁷⁸.

La dottrina, tuttavia, fa notare che presupposto del risarcimento è la reale possibilità (che necessita quindi di prova), per l'individuo, di ricavare un lucro dalla cessione delle notizie private e, anzitutto, la liceità di detta cessione⁷⁹. Pertanto, la risarcibilità di un tale danno sarebbe solo eventuale, dato che dovrebbe ammettersi solo quando, per la notorietà della persona ritratta o per altre ragioni, possa ipotizzarsi la possibilità, per la stessa, di valorizzare economicamente il consenso alla diffusione⁸⁰. Si configurerebbe, pertanto, un lucro cessante per mancata stipulazione di un contratto vantaggioso, parametrato sul vantaggio che il creditore avrebbe tratto dalla realizzazione del contratto medesimo. Qualora, invece, l'esercizio dell'azione di risarcimento dei danni risulti inadeguato (si pensi ad esempio all'ipotesi di danno cagionato da incapace, ove sia esclusa anche la responsabilità del sorvegliante, ai sensi dell'art. 2047 c.c.) o non ammissibile per mancanza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo del danneggiante, si potrebbe prospettare l'applicabilità dell'azione di ingiustificato arricchimento, ai sensi degli artt. 2041-2042 c.c.

Con l'evolversi del progresso tecnologico e la capillare diffusione degli strumenti

⁷⁴ Evidenzia CATAUDELLA, *op. cit.*, 67: «Il danaro (...) se non è in grado, in questo caso, di eliminare il danno, può ben svolgere una funzione soddisfacente nei confronti della vittima, fornendo lo strumento per conseguire soddisfazioni materiali e morali, che valgono, in qualche modo, a lenire le sofferenze subite».

⁷⁵ Cfr. DE CUPIS, *op. cit.*, 317; VERCELLONE, *Diritti della personalità e «rights of publicity»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1171.

⁷⁶ Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 975; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 1427.

⁷⁷ Cfr. Corte App. Milano, 16 maggio 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 634, sul c.d. «caso Taylor», che ha affermato la sussistenza, in caso di violazione del diritto di esclusiva e di sfruttamento commerciale dell'immagine del personaggio noto, di un danno patrimoniale *sub specie* di lucro cessante, che va determinato in via equitativa commisurandolo al presunto «prezzo del consenso», ossia al corrispettivo che la parte lesa avrebbe tratto dalla stipulazione di un ipotetico contratto.

⁷⁸ Cfr. Trib. Roma, 14 settembre 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 115, avente ad oggetto le notizie relative alla vita del tenore Caruso.

⁷⁹ AULETTA, *op. cit.*, 162.

⁸⁰ DE CUPIS, *op. cit.*, 315.

informatici si è realizzato un ulteriore *vulnus* al diritto alla riservatezza, in quanto si è reso possibile a chiunque in possesso di uno di tali strumenti di creare e gestire banche dati, ossia raccolte sistematiche di informazioni di terzi soggetti, e porre in essere un trattamento di dati personali di terzi. In tale ottica la riservatezza non è più intesa quale diritto ad essere lasciati soli, bensì quale «diritto all'autodeterminazione informativa», ossia quale potere di controllo sulle proprie informazioni⁸¹, che si sostanzia in una serie di diritti (accesso ai dati, loro integrazione, aggiornamento o cancellazione).

L'abbandono dell'originaria matrice «proprietaria» del diritto alla riservatezza, intesa quale bene ad uso esclusivo del suo titolare al quale spettava il diritto di estromettere chiunque altro dalla sua sfera privata, suggerito da tempo da un'attenta e lungimirante dottrina che aveva evidenziato, in modo chiaro e preciso, gli effetti sociali delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» sulla nozione di *privacy*⁸², è stato suggellato con la l. 31 dicembre 1996, n. 675, successivamente abrogata e sostituita dal codice *privacy*, di cui al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che ha disciplinato il fenomeno del trattamento dei dati personali⁸³. Il codice *privacy* qualifica come dato personale qualsiasi informazione relativa a persone, siano esse fisiche o giuridiche, identificate o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale.

Finalità della legge è garantire che «il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e alla identità personale» e tutelare «i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione» (art. 2, co. 1). Tale normativa, inoltre, prevede una tutela rafforzata per i dati definiti «sensibili» ossia idonei a rilevare l'origine razziale, etnica, le convinzioni religiose, politiche e filosofiche, l'appartenenza a partiti politici ovvero informazioni riguardanti lo stato di salute o la vita sessuale.

L'art. 4 del codice *privacy* definisce il trattamento dei dati personali come «l'attività consistente in qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

Per assicurare che il trattamento avvenga effettivamente nel rispetto di quanto previsto dal codice *privacy* sono previste le figure del titolare del trattamento dei dati personali e del responsabile.

Il titolare è definito come «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica

⁸¹ Sul punto, C. Cost., 7 luglio 2005, n. 271, in *Urb. e app.*, 2005, 1285, con nota di CASSANO.

⁸² Sottolinea RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 1997, 151: «viviamo in un mondo in cui proprio le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno contribuito a rendere sempre più labile il confine tra sfera pubblica e sfera privata».

⁸³ Sul tema del trattamento dei dati personali si veda da ultimo Cass., 5 maggio 2020, n. 8459, in *Dejure*, in base alla quale «La legge conformativa del diritto alla riservatezza ne definisce i limiti attribuendo prevalenza, rispetto allo *'ius arandi'* dell'interessato, al trattamento dei dati personali qualora l'effettuato per ragioni di giustizia, per tali intendendosi i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie».

amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza».

Il responsabile, invece, è il soggetto preposto dal titolare al trattamento dei dati personali.

Per il trattamento dei dati sensibili è inoltre prevista l'autorizzazione preventiva del Garante dei dati personali, il quale contempererà nel caso concreto l'esigenza di trattamento dei dati con la tutela del diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti. Qualora il trattamento dei dati avvenga in violazione delle norme contenute nel codice, l'interessato, ossia la persona fisica cui si riferiscono i dati personali trattati in modo non conforme, potrà adire il Garante dei dati personali o l'autorità giudiziaria, che possono riconoscere, in caso di danno derivato dal trattamento, il risarcimento sia del danno patrimoniale (ed in tal caso il danneggiato beneficia dell'inversione dell'onere probatorio poiché l'attività di trattamento viene considerata attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.), sia del danno non patrimoniale.

L'art. 7 del codice attribuisce all'interessato numerosi diritti quali, ad esempio, quello di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano nonché di domandare al responsabile del trattamento l'origine, la modalità e la finalità del trattamento dei propri dati personali.

Particolarmente importante, infine, è il riconoscimento all'interessato del diritto di opporsi, in tutto o in parte al trattamento dei propri dati personali.

Con l'entrata in vigore della suddetta normativa si è colmata la lacuna legislativa che contraddistingueva il nostro ordinamento positivo in materia di trattamento dei dati personali e si è colta, altresì, l'occasione per fornire un espresso riconoscimento legislativo ai diritti alla riservatezza e all'identità personale, per i quali è stata predisposta un'apposita disciplina volta ad assicurarne, accanto ad una tutela di tipo successivo (tramite la previsione di nuove ipotesi di danni patrimoniali e non patrimoniali) una protezione di tipo dinamico e procedimentale. In tal modo si è inteso contemperare l'esigenza di circolazione delle informazioni, presupposto necessario e indefettibile di una democrazia diffusa, indispensabile per favorire la partecipazione dei soggetti alla realtà che li circonda, valorizzandone al contempo la personalità, con la contrapposta esigenza di erigere degli argini al potere di ingerenza (o di conoscenza) da parte di terzi sulle informazioni riguardanti la sfera strettamente personale dell'individuo, garantendo il rispetto di due fondamentali attributi della personalità: riservatezza e identità⁸⁴.

La Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata in materia di uso ed abuso, da parte di soggetti contrattualmente forti, dei dati personali dei clienti, stabilendo che *«la clausola con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie operazioni al rilascio del consenso al trattamento dei dati sensibili, peraltro non pertinenti, contrasta con i principi informativi della legge sulla privacy, la quale ha natura di norma imperativa, contenendo tale normativa precetti che non possono essere derogati dall'autonomia privata in quanto posti a tutela di interessi generali, di valori morali e sociali pregnanti dell'ordinamento, finalizzati ai rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la dignità, la riservatezza, l'identità personale e la protezione dei dati*

⁸⁴ Cfr. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, 82.

*personalis*⁸⁵. Da ciò deriva la nullità, perché contraria a norme imperative *ex art.* 1418 c.c., della clausola con cui la banca ha subordinato il dar corso alle operazioni richieste dal cliente al consenso al trattamento dei dati sensibili e la conseguente responsabilità dell'istituto di credito per inadempimento contrattuale.

L'esigenza di tutela della persona si impone con particolare forza e urgenza quando il rischio di lesione del diritto alla riservatezza può inverarsi attraverso gli strumenti dell'odierna tecnologia informatica e, in particolare, attraverso internet.

La Corte di Giustizia⁸⁶, pronunciandosi sul tema, ha affermato che la direttiva 95/46/CE deve essere interpretata nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita.

Al contempo, la direttiva 95/46/CE deve essere interpretata nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali della persona, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico soggetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi⁸⁷.

Il nuovo regolamento europeo

Occorre evidenziare che la materia è stata recentemente oggetto di una profonda revisione a livello europeo, con l'emanazione e l'entrata in vigore del regolamento generale sulla protezione dei dati (in inglese *General Data Protection Regulation*), ufficialmente regolamento (UE) n. 2016/679, meglio noto con la sigla GDPR. Si tratta del regolamento dell'Unione europea in materia di trattamento dei dati personali e *privacy*, adottato il 27 aprile 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea il 4 maggio 2016, ed entrato in vigore il 25 maggio dello stesso anno,

⁸⁵ Cass. civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26778.

⁸⁶ Corte Giust. UE, Gran. Sez., 13 maggio 2014, in C-131/12.

⁸⁷ Corte Giust. UE, Gran. Sez., 13 maggio 2014, in C-131/12.

operativo a partire dal 25 maggio 2018.

Con questo regolamento, la Commissione europea si è posta l'obiettivo di rafforzare la protezione dei dati personali di cittadini e dei residenti dell'Unione Europea, sia all'interno che all'esterno dei confini dell'Unione stessa, così restituendo ai cittadini il controllo dei propri dati personali, semplificando il contesto normativo che riguarda gli affari internazionali, unificando e rendendo omogenea la normativa privacy dentro l'UE.

Dalla sua entrata in vigore, il GDPR ha sostituito i contenuti della direttiva sulla protezione dei dati (Direttiva 95/46/CE); in Italia, il legislatore nazionale è intervenuto novellando il codice *privacy* (d. lgs. n. 196/2003)⁸⁸. Il decreto legislativo di adeguamento della normativa nazionale alle nuove disposizioni comunitarie è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 4 settembre 2018 ed è entrato in vigore in vigore il 19 settembre 2018. Trattandosi di un regolamento dell'Unione Europea, la normativa interna di adeguamento si limita a stabilire che, fino al 19 maggio 2019 (per un periodo di 8 mesi), l'Autorità *privacy* italiana, nell'irrogazione di una eventuale sanzione, avrebbe tenuto conto «della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie», con ciò lasciando intendere un atteggiamento più indulgente nella quantificazione delle sanzioni e non un differimento dei termini di entrata in vigore del Regolamento.

Il GDPR nasce per garantire certezza giuridica, armonizzazione e maggiore semplicità delle norme riguardanti il trasferimento di dati personali dall'UE verso altre parti del mondo.

Il dato personale, come definito dal GDPR, è «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

Il regolamento si applica al trattamento «interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi».

Riguarda, quindi, un amplissimo ventaglio di aziende o enti pubbliche e private che trattano dati personali «nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione», ma anche a quelle aziende che, pur stabilite fuori dalla UE offrono beni o servizi in Europa o monitorano il comportamento delle persone nell'UE.

Il GDPR introduce regole più chiare su *informativa e consenso* e definisce i limiti al trattamento automatizzato dei dati personali; allo stesso modo stabilisce criteri rigorosi per il trasferimento dei dati fuori dalla UE e norme rigorose per i casi di violazione dei dati (*data breach*).

⁸⁸ Vedi d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

Senza pretesa di esaustività, le principali novità introdotte dal GDPR possono essere così sintetizzate:

- applicazione delle medesime regole in tutti i Paesi appartenenti all'UE e dello spazio economico europeo ed estensione extra UE per quei trattamenti svolti da titolari non stabiliti nel territorio dell'Unione ma che offrano servizi tramite internet a persone che si trovano in Europa;
- sanzioni uniformi e nel massimo corrispondenti al 4% del fatturato annuo mondiale del trasgressore o fino a 20 milioni di euro;
- obbligatorietà della nomina del Responsabile della protezione dei dati (DPO), che assolve ad una funzione di vigilanza e può essere anche esterno all'organizzazione. Il DPO è un supervisore indipendente, incaricato di assicurare una gestione corretta dei dati personali nelle imprese e negli enti e individuato in funzione delle qualità professionali e della conoscenza specialistica della normativa e della prassi in materia di protezione dati. La sua nomina è obbligatoria nel caso in cui «*il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali*»;
- centralità del consenso ed introduzione di condizioni di legittimità del trattamento. Tra i principali elementi di novità introdotti dal Regolamento, il principio di *accountability* in base al quale il titolare del trattamento dati deve non solo rispettare una serie di principi (articoli 5, 6 e 7 reg.), ma anche essere in grado di dimostrarlo; In virtù del principio di *accountability*, il titolare del trattamento deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al GDPR;
- ampliamento della categoria dei dati particolari;
- obbligo di notifica al Garante della comunicazione e agli interessati delle violazioni di dati personali (*data breach*);
- obbligo di effettuare una valutazione d'impatto *privacy* e di adeguare i trattamenti ai principi di *privacy by design* e *privacy by default*;
- responsabilità solidale tra titolare del trattamento e responsabile del trattamento, salvo patto contrario e fissazione in un contratto dei compiti nonché dei responsabili del trattamento;
- obblighi di tenuta del registro dei trattamenti, di effettuare la formazione ai dipendenti, di svolgere *audit* periodici, nonché, di adottare misure di sicurezza proporzionate ai rischi.

Come può rilevarsi ad un primo esame della materia in oggetto, la nuova disciplina è indubbiamente informata alla centralità della tutela dei diritti fondamentali, ma anche a principi di responsabilizzazione e proporzionalità delle misure rispetto al rischio esistente. Il titolare del trattamento dovrà individuare i rischi e le misure tecnico-organizzative atte a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio del trattamento e comunicare eventuali violazioni dei dati personali al Garante.

9. Il diritto alla sessualità.

La Corte Costituzionale inquadra il diritto alla sessualità tra i diritti inviolabili della persona (art. 2), come *modus vivendi* essenziale per l'espressione e lo sviluppo della

persona⁸⁹.

La perdita o la riduzione della sessualità costituisce anche danno biologico consequenziale alla lesione⁹⁰. Ma la giurisprudenza non nega che la perdita o la compromissione anche soltanto psichica della sessualità (come avviene nei casi di stupro e di pedofilia) costituisca di per sé un danno⁹¹, la cui rilevanza deve essere apprezzata e globalmente valutata, in via equitativa⁹².

10. Il diritto al decoro e all'onore. L'ingiuria quale illecito civile.

Secondo Antolisei⁹³, il concetto di "onore" indica l'insieme dei valori morali propri di ciascun individuo. Il significato di "decoro", invece, è riferito all'insieme di condizioni e qualità che concorrono a costituire il valore sociale della persona.

Il diritto all'onore ed al decoro, inteso come rispetto della dignità personale dell'individuo, tradizionalmente non trovava un espresso riconoscimento in sede civilistica.

L'esistenza di un siffatto diritto, dunque, è stata a lungo individuata nell'ormai abrogato art. 594 c.p., che puniva con la reclusione chiunque avesse offeso l'onore o il decoro di una persona.

L'esistenza di una siffatta norma penale consentiva, inoltre, di agire, anche in sede civile, per il risarcimento sia degli eventuali danni patrimoniali *ex art.* 2043 c.c., sia di quelli non patrimoniali *ex art.* 2059 c.c., trattandosi di danni derivanti dalla commissione di un reato.

Il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, tuttavia, ha disposto l'abrogazione integrale dell'art. 594 c.p. e contestualmente ha introdotto nel nostro ordinamento la nuova tipologia delle sanzioni pecuniarie civili. Si tratta di una categoria di illeciti inedita per la quale, in caso di comportamenti dolosi, è previsto che, oltre alle restituzioni ed al risarcimento del danno secondo le leggi civili, consegua anche il pagamento di una somma di denaro a favore della cassa ammende denominata "sanzione pecuniaria civile".

Per quanto qui interessa, il successivo art. 4 statuisce che «*soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila [...] chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa*». Con tale innovativa previsione la tutela del decoro e dell'onore transita quindi integralmente in sede civilistica, essendo previsto che le sanzioni pecuniarie civili siano applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno ossia, per quanto concerne l'offesa all'onore ed al decoro, il giudice ordinario civile.

11. I diritti della personalità delle persone giuridiche e degli enti di fatto.

Si è a lungo discusso sulla configurabilità di un danno da lesione dei diritti della personalità di soggetti diversi dalle persone fisiche. La questione si è posta sia per le persone giuridiche, sia per gli enti che, pur privi di personalità, costituiscono

⁸⁹ C. Cost., 18 dicembre 1987, n. 561.

⁹⁰ Sulla questione si rinvia alla parte dedicata alla responsabilità aquiliana e, segnatamente, al danno non patrimoniale.

⁹¹ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572; Cass., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546.

⁹² Cass. 11 giugno 2009, n. 13547; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2311.

⁹³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, I, Milano, 2003, 200.

centro di imputazione di rapporti giuridici.

Inizialmente e per lungo tempo è prevalsa la tesi negativa, in quanto si escludeva la possibilità di attribuire a soggetti diversi dalle persone fisiche diritti dal contenuto non patrimoniale e afferenti ad aspetti connaturati alla persona fisica (diritto al nome, alla riservatezza, all'identità, all'immagine, alla reputazione, etc.). Tuttavia, a partire dagli anni '90 ha avuto avvio una significativa evoluzione del pensiero giurisprudenziale che ha determinato un'apertura verso il riconoscimento del diritto degli enti al risarcimento del danno derivante dalla lesione di valori non patrimoniali. Alla base di tale apertura risiede la distinzione tra danno non patrimoniale e danno morale da reato (inteso come *pecunia doloris*) e l'assunto per cui il primo comprende anche effetti lesivi che, prescindendo dall'aspetto psicologico, sono riferibili anche agli enti giuridici⁹⁴.

Per tali enti, il danno non patrimoniale consiste non già nella c.d. *pecunia doloris*, ma nell'obiettiva offesa di posizioni quali l'onore, la reputazione, l'immagine commerciale, di per sé suscettibili di apprezzamento indipendentemente da una loro valutazione patrimoniale⁹⁵.

Poiché anche nei confronti delle persone giuridiche e, in genere, degli enti collettivi è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione; fra tali diritti rientra anche il nome (*rectius* denominazione)⁹⁶ e l'immagine della persona giuridica o dell'ente. Allorché si verifichi la lesione di tale immagine, è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi e se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito - come danno c.d. conseguenza - dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente che si esprime con la sua immagine, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprano il ruolo di organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all'ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto⁹⁷.

Anche il pregiudizio all'immagine della pubblica amministrazione, nelle pronunce

⁹⁴ Cfr. Cass., 10 luglio 1991, n. 7642, in *Giust. cin.*, 1991, I, 1955; Cass., 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, 561; Cass., 5 novembre 1998, n. 11103, in *Danno e resp.*, 1999, 1127; Cass., Sez. un., 4 aprile 2000, n. 98, in *Foro it.*, 2000, 2790; Cass., 3 marzo 2000, n. 2367, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Trib. Roma, 10 febbraio 1999, in *Foro it.*, 2000, 319; Trib. Milano, 29 maggio 2004, n. 6873, in *Giur. It.*, 2004, 2333.

⁹⁵ Cass., 5 novembre 1998, n. 11103, *cit.*, 1127. In una successiva sentenza del 2000 (n. 2367, *cit.*), la Suprema Corte ha chiarito che il pregiudizio arrecato all'ente deve essere qualificato come danno non patrimoniale e non quale danno morale, in quanto gli effetti lesivi prescindono dalla personalità psicologica del danneggiato.

⁹⁶ Da ultimo Cass., 16 giugno 2020, n. 11635, in *Dejure*, ha ribadito che anche l'associazione non riconosciuta, in quanto centro di imputazione di situazioni giuridiche, beneficia della tutela della propria denominazione (la quale rientra nella tutela riconosciuta dall'art. 7 c.c.), potendo così chiedere la cessazione di eventuali condotte di usurpazione, la connessa reintegrazione patrimoniale ed il risarcimento del danno ex art. 2059 c.c.

⁹⁷ Cass., 4 giugno 2007, n. 12929, in *Resp. cin. pren.*, 2008, 117, con nota di IURILLI.

del giudice di contabilità⁹⁸ e del giudice di legittimità⁹⁹, si configura quale danno risarcibile, sotto forma, il più delle volte, di danno¹⁰⁰ scaturito da un reato commesso da un dipendente o da comportamenti che non costituiscono reato, ma che comunque risultano lesivi di quei valori primari inerenti alla persona, riconosciuti e tutelati dall'art. 2 Cost.

In ipotesi di danno all'immagine della PA, alcune pronunce del giudice contabile hanno tuttavia precisato che il danno «si configura soltanto se sia data prova dell'effettiva erogazione di una spesa per il ripristino dei beni immateriali lesi»¹⁰¹ e che «in materia di responsabilità amministrativa, la quantificazione equitativa del danno all'immagine si rapporta alla spesa necessaria al ripristino del bene giuridico lesa (...) e consiste nel sostanziale recupero dell'immagine»¹⁰².

Intimamente legata all'immagine è la reputazione economica¹⁰³ dell'ente, la cui lesione costituisce anch'essa fonte di danno non patrimoniale risarcibile. Tale lesione si concretizza sia in presenza di un rapporto di concorrenza, quale atto di concorrenza sleale ai sensi degli artt. 2598 e ss. c.c., sia in assenza di un siffatto rapporto qualificato e si sostanzia in tal caso in un illecito civile¹⁰⁴.

La reputazione economica è identificabile nella pubblica stima di cui gode il soggetto in campo economico¹⁰⁵ e, pertanto, è logico che venga protetta, quale sua speciale manifestazione, attraverso la tutela ordinaria dell'onore, anche al di là della concorrenza.

Conseguentemente, chiunque, pur non essendo concorrente del soggetto offeso, ponga in essere condotte lesive della reputazione economica altrui tramite atti

Il danno
alla
reputazio-
ne
economic
a

⁹⁸ Cfr. Corte conti, Sez. I centr. app. 25 marzo 2002, n. 96; id., 3 ottobre 2003, n. 340/A; id., 10 febbraio 2004, n. 49, in *CED Cass.*, 2004; id., 11 giugno 2004, n. 220. La soluzione interpretativa proposta dalla Corte dei Conti si discosta da quella formulata dalle sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 della Cassazione, avallate, come già detto, dalla Corte Costituzionale. Infatti, mentre i giudici di legittimità avevano inquadrato il c.d. danno esistenziale nell'ambito del danno non patrimoniale risarcibile in base all'art. 2059 c.c., i giudici contabili, pur qualificando il danno all'immagine della P.A. come danno esistenziale (non patrimoniale), ne hanno ammesso la risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ma, al di là della qualifica formale, resta il fatto che la stessa Corte dei Conti ha ritenuto che il danno all'immagine della P.A. sia un danno non patrimoniale; pertanto, in base al nuovo sistema bipolare del danno da illecito aquiliano delineato dalle predette pronunce nn. 8827 e 8828 del 2003 della Cassazione e dalla sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale, esso è risarcibile mediante l'art. 2059 c.c.

⁹⁹ Cass., Sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668, ined.; Cass., 25 ottobre 1999, n. 744, in *Giur. It.*, 2000, 1053.

¹⁰⁰ Ai fini della quantificazione del danno all'immagine della pubblica amministrazione e della sua risarcibilità occorre fare riferimento, sulla scorta dei criteri elaborati dalla giurisprudenza del giudice contabile, oltre che al parametro equitativo ex art. 1226 c.c., ad altri ragionevoli indicatori volti a prevenire giudizi arbitrari, quali la diffusività dell'episodio nella collettività, la gravità oggettiva del fatto (desunta dalle modalità di perpetrazione del fatto, dall'eventuale reiterazione dello stesso, dall'entità dell'arricchimento ossia dall'entità della tangente percepita), la qualifica dei soggetti agenti e il loro particolare ruolo nell'organizzazione amministrativa. Cfr. oggi l'art. 1, comma 1 *sexies*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

¹⁰¹ Corte dei Conti, 11 giugno 2004, n. 220.

¹⁰² Corte conti, reg. Marche, Sez. giur., 25 maggio 2004, n. 551, in *CED Cass.*, 2004.

¹⁰³ Per una più estesa trattazione dell'argomento cfr. SUPPA, *La tutela risarcitoria della reputazione economica*, in AA.VV. *La tutela dei diritti della persona*, vol. II, Torino, 2005, 531.

¹⁰⁴ Cfr. Pret. Roma, 7 aprile 1987, in *Dir. inf.*, 1987, 1025, con nota di GIULIANI, in cui si è ritenuta lesiva della reputazione economica di un noto creatore di moda l'offerta in vendita, senza il suo consenso, di suoi capi d'abbigliamento «firmati» sul catalogo di un'impresa di vendite per corrispondenza.

¹⁰⁵ La definizione è mutuata da DE CUPIS, *op. cit.*, 255.

ingiuriosi¹⁰⁶ o con la diffusione di notizie inesatte¹⁰⁷, o pronunciando giudizi finalizzati al discredito, qualora ne ricorrano i presupposti (ossia abbia tenuto una condotta qualificabile in termini di dolo o colpa da cui sia scaturito un danno ingiusto), sarà ritenuto responsabile per violazione della clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

L'atto denigratorio può colpire sia la reputazione personale dell'imprenditore, e in tal caso si parla di «discredito», sia i prodotti della sua impresa, e in tal caso si parla di «denigrazione». Nel primo caso, l'interesse tutelato è quello all'onore dell'imprenditore, tutelato dall'art. 2043 c.c.; nel secondo caso, è quello a che non vengano sviliti i prodotti della sua impresa, con conseguente diminuzione del volume di affari, interesse quest'ultimo tutelato *in primis* dalle norme sulla concorrenza sleale e in via residuale, nel caso in cui il danneggiante non abbia la qualità di imprenditore, dalla disciplina dell'illecito civile.

Un'ipotesi sintomatica di atti idonei a determinare la lesione della reputazione economica dell'imprenditore al di fuori di un rapporto di concorrenza è quella dei c.d. *Warentests*, ossia i servizi giornalistici che presuppongono o diffondono informazioni su verifiche delle caratteristiche qualitative di uno o più prodotti tra loro fungibili.

Riguardo a tali servizi, si pone il problema del contenimento dell'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. da parte del giornalista con l'interesse dell'imprenditore, tutelabile *ex art.* 2043 c.c., a non subire un danno economico a causa della comunicazione di informazioni errate sul suo prodotto.

In generale, come si è detto, la giurisprudenza ritiene legittimo l'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero esercitato dal giornalista ove ricorrano i seguenti presupposti: verità del fatto riportato, rilevanza pubblicistica dello stesso (c.d. pertinenza) e utilizzo di una forma linguistica neutrale e oggettiva, ispirata alla correttezza espositiva ed a canoni di imparzialità (c.d. continenza).

Ma in caso di *Warentest*, la Suprema Corte¹⁰⁸ ha affermato la necessaria sussistenza anche di altri due requisiti: il ricorso da parte del giornalista alla scelta di un esperto all'altezza del compito affidatogli e tale da fornire assoluta garanzia di operare in base a criteri e metodi sicuramente attendibili e il successivo espletamento da parte del giornalista di ulteriori controlli, riscontri ed accertamenti volti a verificare l'attendibilità del risultato. Conseguentemente, l'esonero da responsabilità risarcitoria del giornalista sotto il profilo del suo convincimento, in buona fede, dell'esattezza della notizia riportata (c.d. verità putativa), postula il positivo accertamento di una prudenza di grado elevato, conforme alla immediatezza ed alla forza di penetrazione del mezzo informativo impiegato (televisione, radio, giornale, ecc.); prudenza che deve aver riguardo alla scelta dell'esperto ed al controllo dei risultati raggiunti da costui.

La giurisprudenza, inoltre, ha sottolineato che, ove il *Warentest* sia stato espletato

¹⁰⁶ Per un'ipotesi di licenziamento ingiurioso, ritenuto lesivo, oltreché dell'onore e del decoro, anche della reputazione economica si veda Cass., 1° aprile 1999, n. 3147, in *Riv. crit. dir. lan.*, 1999, 653.

¹⁰⁷ Come nel caso deciso da App. Milano, 11 dicembre 1973, in *Resp. civ. pren.*, 1979, 747, in cui un'agenzia di informazioni commerciali aveva pubblicato su un bollettino notizie inesatte sulla solvibilità di un imprenditore.

¹⁰⁸ Cass., 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Foro it.*, 1993, I, 3359, con nota di ROPPO, che aveva riconosciuto la responsabilità del giornalista, il quale aveva trasmesso un errato servizio volto alla diffusione di verifiche relative alle caratteristiche qualitative di prodotti destinati al pubblico dei consumatori, comportando un rilevante pregiudizio per l'impresa coinvolta a titolo di perdita d'acquisto.

PARTE III * I SOGGETTI DI DIRITTO

con serietà e scientificità del metodo seguito nell'analisi comparativa tra prodotti diversi con criteri di scrupolosa obiettività ed esattezza, l'eventuale erroneità dei risultati conseguiti non rileva ai fini della responsabilità del giornalista, salvo il caso in cui tale erroneità sia conosciuta o conoscibile dal giornalista di media preparazione professionale (in tal caso potrà configurarsi un danno patrimoniale da perdita di acquisto o una lesione della libertà negoziale del titolare del prodotto oggetto del test¹⁰⁹).

Ulteriori ipotesi di pregiudizio non patrimoniale configurabile in capo agli enti sono il danno ambientale e il danno da irragionevole durata del processo¹¹⁰.

Commentato [DPC-C1]
finale del manuale completo
- Codice Civile commentato
Granelli. Coordinatore Carlo
aggiornatore Luca Marcello

¹⁰⁹ Trib. Roma, 23 luglio 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 1963; Trib. Milano, 28 settembre 1972, in *Mass. Giur. It.*, 1972.

¹¹⁰ Il danno da irragionevole durata del processo, indennizzabile ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89, deve essere correlato al pregiudizio dei diritti all'esistenza, all'identità, al nome, all'immagine e alla reputazione dell'ente, in quanto trattasi di diritti compatibili con l'assenza di fisicità. Cfr. Cass., 2 agosto 2002, n. 11573, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3063; Cass., 2 agosto 2002, n. 11600, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Cass., 29 ottobre 2002, n. 15233, *ivi*, 2002; Cass., 3 aprile 2003, n. 5133, *ivi*, 2003; Cass., 16 luglio 2004, n. 13163, *ivi*, 2004; Cass., 21 luglio 2004, n. 13504, *ibidem*; Cass., 30 agosto 2005, n. 17500, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 19 settembre 2005, n. 18455, *ibidem*; Cass., 23 settembre 2005, n. 18683, *ibidem*; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21094, *ibidem*; Cass., 11 novembre 2005, n. 21857, *ibidem*; Cass., 29 marzo 2006, n. 7145, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass., 13 aprile 2006, n. 8712, *ibidem*.

CAPITOLO III - I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ