

I e II settimana di diritto civile



TRACCE

I Traccia: Il candidato, dopo aver illustrato l'istituto giurisprudenziale dell'abuso del diritto, ne esamini le concrete applicazioni nell'ambito dei diritti di credito con particolare riguardo ai rimedi azionabili dalla parte danneggiata

II Traccia : il diritto al nome e la sua rettifica. Profili pubblicistici e privatistici.

I Compitino (o tema): Gli atti di disposizione del proprio corpo. Il principio di autodeterminazione al trattamento sanitario. Il diritto di morire.

II Compitino (o tema) : Il divieto di accanimento terapeutico. Il testamento biologico. La legge 22.12.2017 n. 219

III Compitino (o tema): Il diritto alla riservatezza della persona fisica e di quella giuridica

IV Compitino (o tema): le società di fatto e le società apparenti.

ANCORA TRACCE:

A) La tutela giurisdizionale del diritto alla riservatezza con particolare riguardo alla protezione personale dei dati.

B) L'azione societaria di responsabilità nei confronti degli amministratori.

1. Diritto privato e diritto pubblico. 2. Le Fonti del diritto civile comunitario e interno (p.6) 3. I Regolamenti comunitari (p.8) . 4. L'applicazione e interpretazione della legge (p.15) . 5. Persona fisica e persona giuridica (p.18). 6. L'incapace e i suoi strumenti di protezione. L'amministratore di sostegno (p. 23) 7. I diritti della personalità e i diritti umani (p.26) . 8. Il diritto alla vita e alla salute (p.32) . 9. Il testamento biologico (p.37). 10. Il diritto all'identità personale (p.41) . 11. il diritto all'immagine (p. 59) 12. Il diritto alla riservatezza e L'identità digitale (p.62) . 13. Privacy e minori (p.73) . 14. Privacy ed internet (p.74) . 15. Diritti soggettivi e interessi legittimi (p.78) . 16. Gli enti (p. 86.) 17. Le associazioni non riconosciute e non (p. 90). 18. L'impresa p. (101). 19. Il contratto sociale e Società (p.103) 20. Società di fatto e società apparente (p.118). 19. Società di capitali (p.124).

Distinzione fra diritto privato e diritto pubblico

Il criterio degli interessi

Secondo la concezione tradizionale, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico si basava sugli interessi che venivano realizzati attraverso le norme. Quindi si hanno interessi particolari e individuali che si realizzano nelle norme di diritto privato, e interessi generali o pubblici che si realizzano nelle norme di diritto pubblico. Questo è il cosiddetto criterio degli interessi.

Il Criterio dei soggetti

Secondo il criterio dei soggetti, il diritto privato tenderebbe a disciplinare i rapporti tra soggetti privati posti in posizione di reciproca uguaglianza, mentre il diritto pubblico tenderebbe a disciplinare i rapporti tra un soggetto privato e uno pubblico posto in posizione di supremazia, o tra più soggetti pubblici.

Attualmente il diritto pubblico riguarda le attività poste in essere dallo Stato e dagli altri enti pubblici nell'esercizio delle tre funzioni fondamentali: legislativa, esecutiva e giudiziaria. Il diritto privato invece si caratterizza per: la natura delle materie che è tenuto a regolare, per la natura degli strumenti tecnici utilizzati e per i principi che stanno a fondamento di tali materie, e che governano tali strumenti. Il diritto privato viene classificato in tre partizioni: diritto civile, commerciale e del lavoro.

Il diritto civile contiene i principi generali della disciplina privatistica; il diritto commerciale regola le diverse forme e di funzionamento dell'impresa; il diritto del lavoro disciplina il rapporto di lavoro subordinato e le organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Le fonti del diritto civile

Storia

Le fonti del diritto sono quei procedimenti che danno vita alle norme giuridiche, ma anche i documenti entro i quali vengono trascritti gli enunciati normativi e che perciò consentono a tutti di prenderne conoscenza.

Il processo di codificazione risale al XIX secolo segnando la nascita del diritto romano.

Un valore fondamentale è quello dell'individuo che viene concepito come persona libera, formalmente uguale, e chiuso. Viene concepito come persona libera in quanto non più soggetto ad asservimento personale come prima succedeva con la schiavitù; formalmente uguale in quanto parificata giuridicamente in forza del principio per cui "La legge è uguale per tutti" e "Tutti sono uguali davanti alla legge"; e chiuso, in quanto le difficoltà tra i privati devono essere risolte esclusivamente tramite criteri legali.

Il primo grande codice è quello voluto in Francia da Napoleone nel 1804, che fece da modello per le successive codificazioni. Esso riafferma la supremazia della legge dello Stato nei rapporti di diritto privato, e le idee di uguaglianza e libertà ricevute dalla Rivoluzione. Il diritto di proprietà viene visto come diritto sacro e inviolabile della persona, mentre il contratto viene concepito come l'elemento della parità formale tra i soggetti.

Dopo l'unificazione italiana avvenuta nel 1861, venne emanato il nuovo codice civile unitario nel 1865, che si rifece molto al modello francese per quanto riguarda la tutela dei diritti soggettivi e il diritto di proprietà. Nel 1882 venne emanato il codice di commercio con lo scopo di regolare il rapporto tra i commercianti. Nel 1927 venne emanata la Carta del lavoro che rappresentò il manifesto dell'ideologia giuridica del fascismo. Nel 1942 venne emanato il codice civile.

La famiglia era considerata il nucleo fondamentale della società nazionale, e in particolare la famiglia legittima, cioè quella fondata sul matrimonio, rappresentava la base dell'ordine morale. Le unioni di fatto sono considerate illegittime. La famiglia viene tutelata come organismo economico il cui simbolo è la proprietà e la cui continuità è garantita dalle successioni. Il diritto successorio si caratterizza per la prevalenza costante degli interessi della famiglia legittima, mentre la proprietà è inserita nel sistema economico a garanzia dello sfruttamento dei beni produttivi. Il 1° gennaio del 1948 entra in vigore la Costituzione Repubblicana. I tradizionali diritti di libertà vengono affiancati da diritti di solidarietà sociale. Un tipico esempio di diritto sociale è quello previsto dall'art. 36 Cost. che sancisce il diritto a una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa. In tema di rapporti etico-sociali, l'art. 29 Cost. tutela la famiglia legittima e l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, mentre l'art. 30 Cost. tutela la parità dei figli anche se nati

fuori dal matrimonio. In tema di rapporti economici, l'iniziativa privata viene tutelata dall'art. 41 comma 2, mentre all'art. 41 comma 3 si riserva allo Stato il potere dell'organizzazione e del controllo di attività pubbliche e private. L'art. 42 sancisce il diritto di proprietà. Nel 1957 l'Italia sottoscrivendo il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), si è impegnata non soltanto a rispettare le norme del trattato ma anche i regolamenti emanati dal Consiglio della CEE, oggi UE. Tali regolamenti prevalgono sulla legge ordinaria nazionale. La Corte di Giustizia dell'UE giudica sulle controversie dell'applicazione di tali regolamenti. Il Consiglio dell'UE emana direttive, cioè prescrizioni per ogni singolo Stato affinché si regolarizzino in materia di mercato comune. Tali direttive rappresentano un modello cui tutti gli Stati devono regolarizzare il proprio diritto interno entro un certo termine.

Il sistema delle fonti attuale è il seguente:

-Costituzione e leggi costituzionali

-Norme comunitarie

-Leggi statali

-Leggi regionali

-Regolamenti

-Usi o consuetudini

Generalmente, per fonti del diritto si intendono tutti gli atti o fatti capaci di innovare un ordinamento giuridico. L'espressione fonti del diritto è una espressione metaforica quanto mai risalente: l'immagine naturalistica della sorgente da cui sgorgerebbe il diritto oggettivo si ritroverebbe, infatti, già nell'ambito del diritto romano. A prescindere dalla presenza (o meno) di questa espressione, la problematica delle fonti del diritto è presente nella compilazione giustiniana, sia nelle Istituzioni che nel Digesto. Le fonti del diritto, da oggetto di studio dei cultori del diritto civile (basti pensare che la loro disciplina era ed è tuttora contenuta in gran parte dei codici civili europei, ivi compreso lo stesso codice civile italiano del 1942) o anche dei filosofi del diritto, sono divenute ormai un tema «classico» del diritto costituzionale. Le ragioni di questo cambiamento vanno cercate, da un lato, nell'affermazione del positivismo giuridico tedesco, in virtù del quale si è pensato alla legge come la manifestazione suprema della volontà statale e, dall'altro, nelle teorie di H. Kelsen, che identificano la Costituzione nelle «norme sulla normazione». Tuttavia, occorre dire che, rispetto alle trattazioni ottocentesche – imperniate sulla primazia della legge statale e sulla sua superiorità nei confronti di tutte le altre fonti del diritto (in primis della consuetudine: Consuetudine. Diritto costituzionale), nonché sulla distinzione tra legislazione e giurisdizione – il tema delle fonti del diritto appare oggi alquanto più articolato.

Uno dei fattori che più hanno contribuito a questa complicazione è stato senza dubbio l'avvento delle costituzioni rigide e del sindacato di costituzionalità delle leggi (Corte costituzionale). In primo luogo, ciò ha comportato la perdita di centralità della legge, che ancora oggi continua ad essere chiamata fonte primaria, ma che da parte di alcuni studiosi è ritenuta di contenuto non più libero, ma vincolato dai principi costituzionali. È certo, comunque, che la Costituzione italiana ha superato l'idea ottocentesca dell'esclusività della legge statale, istituendo, in molte materie, una serie di fonti primarie a competenza riservata, sulle quali la legge non può più intervenire: basti pensare, ad esempio, ai regolamenti parlamentari (artt. 64 e 72 Cost.) o alle materie che il «nuovo» art. 117, co. 2, 3 e 4, Cost. attribuisce alla potestà legislativa regionale. In secondo luogo, come ha rilevato Paladin, il regime delle fonti del diritto condiziona la giurisprudenza costituzionale, ma ne è, a sua volta, condizionato.

Un ulteriore fattore di complicazione del sistema delle fonti del diritto è rappresentato dal ruolo sempre più incisivo che vengono ad assumere, nell'ambito dell'ordinamento italiano, le quelle dell'U.E. (Fonti del diritto dell'U.E.) e, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E. Di conseguenza, risulta oggi più problematica l'esclusione della giurisprudenza dall'ambito delle fonti del diritto, con la motivazione che essa, a differenza di quel che accade negli ordinamenti di common law, non apparterrebbe al momento «creativo» del diritto, ma soltanto a quello «applicativo».

Le odierne trattazioni italiane delle fonti del diritto sono debitrice della fondamentale riflessione di V. Crisafulli. Una prima questione riguarda la distinzione tra **le fonti di produzione** (gli atti e i fatti giuridici abilitati a creare diritto oggettivo) e **le fonti di cognizione** (gli atti scritti, provenienti da pubbliche autorità, tesi a rendere conoscibile il diritto vigente, come nel caso della Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana): è opinione comune che queste ultime non siano vere e proprie fonti del diritto. Una seconda rilevante distinzione è quella tra **fonti atto e fonti fatto**: mentre le prime sono atti volontari imputati a soggetti determinati e costituenti esplicazione di un potere loro conferito (tali sono, per esempio, le leggi statali o le leggi regionali o i regolamenti del singolo Ministro o dell'intero Governo ecc.), le seconde, pur potendo consistere in comportamenti umani, sono prese in considerazione dall'ordinamento giuridico senza alcun riferimento a circostanze soggettive e volontaristiche (tipica fonte-fatto è, infatti, la consuetudine: Consuetudine. Diritto costituzionale). Lo stesso Crisafulli aggiungeva, però, che la linea di confine tra le due categorie è meramente convenzionale. Collegato a quest'ultimo profilo è un ulteriore problema teorico circa l'esclusività del sistema legale delle fonti del diritto, ovvero se sia ammissibile o meno l'esistenza di fonti extra ordinem (e cioè di fonti non previste dallo stesso ordinamento giuridico). Le opinioni sul punto sono varie: alcuni studiosi – è il caso di C. Mortati o di Romano – hanno teorizzato, in particolare, che la necessità è un'autonoma fonte del diritto; altri, sulla base di una posizione normativista, l'hanno decisamente negato, sottolineando che il nostro sistema costituzionale delle fonti del diritto è un sistema «chiuso»; altri ancora – è il caso, ad esempio, dello stesso Crisafulli – pur contestando sul piano dogmatico l'ammissibilità di fonti extra ordinem e, in

particolare, della necessità, l'ammettevano, però, sul piano teoretico; altri – è il caso, ancora, di Paladin – sottolineavano, infine, che la problematica delle fonti extra ordinem attiene non alla fisiologia di un ordinamento giuridico, ma, piuttosto, alla sua patologia.

2. Fonti comunitarie

L'ordinamento giuridico italiano e' costituito da un insieme molto ampio di fonti normative : basti considerare che si stima in circa 200.000 il numero totale dei provvedimenti legislativi vigenti nel nostro Stato , emanati da ben 20 diverse fonti di produzione (come ad . es. Parlamento , Governo , Regioni , Province autonome , ma anche ex provvedimenti emanati dal Re tuttora vigenti , ecc).Tale situazione determina numerosi problemi relativi ai rapporti che intercorrono tra le diverse fonti del diritto . Come e' noto , l'architettura complessiva del sistema delle fonti e l'indicazione dei rapporti che intercorrono tra di esse e' affidata ai primi articoli delle disposizioni della legge in generale , che pero' sono state emanate insieme al codice civile nel 1942 . L' art. 1 delle disposizioni generali indica come fonti del diritto solo le leggi , i regolamenti e gli usi . Pero' , poiche' il codice civile e' stato emanato prima della costituzione italiana (entrata in vigore nel 1948), il sistema delle fonti appena delineato e' incompleto , in quanto deve essere integrato con la costituzione .

La " legge delle leggi " , infatti , oltre ad essere essa stessa la fonte piu' importante del nostro ordinamento , contiene alcune norme che introducono altre fonti : in particolare **l'art. 117 definisce i casi in cui le regioni possono emanare leggi e gli articoli 10 e 11 ammettono la presenza di fonti esterne nel nostro ordinamento . Le fonti esterne sono costituite sia dai trattati internazionali , sia dalle norme emanate , in attuazione dei trattati di Roma e successive modificazioni , dall'Unione Europea .**

Ne consegue che in nostro ordinamento e' costituito sia da fonti interne (ossia prodotte da organi pubblici dello Stato , come ad esempio Parlamento e governo e , in casi limitati , derivanti da usi o consuetudini) , sia da fonti esterne , ossia prodotte o a seguito di accordi tra Stati (come nel caso di Trattati internazionali) o emanate dall'Unione Europea. Poiche' i regolamenti comunitari sono atti di natura legislativa emanati dell' Unione Europea , e' opportuno sintetizzare brevemente quali sono e come vengono emanati gli atti normativi dall'UE: successivamente cercheremo di analizzare la collocazione dei regolamenti nel nostro sistema delle fonti .

Organi comunitari titolari di poteri in materia normativa

Gli atti normativi dell'UE si caratterizzano per il fatto di non essere il risultato di accordi intervenuti tra Stati (come nel caso dei Trattati) , ma di essere l'esito di attivita' di organi della comunita' europea . In altre parole , la caratteristica fondamentale di queste norme e' quella di provenire non da attivita' di natura

convenzionale , ma da attivita' di natura istituzionale . Ricordiamo brevemente come avviene la produzione di queste norme .Gli organi principali della comunita', sotto il profilo della produzione normativa, sono **il Consiglio , la Commissione e il Parlamento** ; accanto ad essi ha pero' assunto un ruolo di crescente importanza la **corte di giustizia**, poiche' alcuni suoi interventi e interpretazioni le hanno di fatto conferito una funzione che non puo' essere limitata alla semplice attuazione e interpretazione del diritto comunitario, ma, come osserva Lipari (Diritto privato europeo, CEDAM , 1997) partecipa anche alla " creazione " di questo diritto .

Tra questi organi e' il consiglio (formato dai rappresentanti degli Stati membri) il centro formale della produzione legislativa comunitaria .

L'azione del consiglio , che, come e' noto, e' l'organo dotato di maggiori poteri all'interno della UE (a norma dell'art. 145 Trattato istitutivo) si esprime , sotto il profilo normativo , attraverso l' emanazione di regolamenti e direttive .Questi atti sono deliberati , a seconda dell' argomento di cui trattano ,a maggioranza qualificata o , in alcuni casi , all' unanimita' .

Se il consiglio e' il centro di produzione formale della normativa comunitaria , la commissione costituisce invece il " motore " che avvia l' attivita' normativa .Piu' precisamente, la commissione ,in materia legislativa , formula le proposte di atti (sia di sua iniziativa , sia su sollecitazione del parlamento o del consiglio stesso) che poi il consiglio potra' approvare . La proposta del progetto di regolamento o di direttiva e' solitamente preceduta da un'ampia consultazione tra gli organi comunitari ed e' inoltre accompagnata da un rapporto, nel quale sono contenute valutazioni (di natura politica, economica e normativa) che sono alla base della proposta stessa . La grande rilevanza attribuita , nel processo di formazione delle norme europea , a commissione e consiglio rende evidente la limitazione di compiti assegnati , in questo ambito , al parlamento europeo .Questo organo, infatti, esercita prevalentemente un'attivita' di controllo . Il ruolo del **parlamento europeo** e' oggi pero' al centro di un importante dibattito istituzionale finalizzato ad attribuirgli poteri piu' consistenti .I piu' recenti trattati , ed in particolare quello di Maastricht e quello di Amsterdam hanno cercato di attribuire un ruolo di maggiore spicco al parlamento anche nei procedimenti di formazione della normativa comunitaria .In concreto e' stato previsto che la formazione di un numero molto ampio di provvedimenti legislativi sia contrassegnato da una partecipazione attiva da parte del parlamento. Tale partecipazione e' oggi realizzata attraverso quattro procedure differenti : la consultazione , la concertazione , la cooperazione e la codecisione . La funzione pratica di queste procedure (che , per ragioni di spazio non e' possibile descrivere) e' quella di assegnare una maggiore importanza al parlamento, prevedendo vari gradi di difficolta' per commissione e consiglio , nel caso in cui decidano di discostarsi delle indicazioni del parlamento .In particolare , con la procedura di codecisione (che riguarda materie molto importanti , fra cui la tutela dei consumatori) il parlamento diviene titolare di un vero e proprio potere di veto sui provvedimenti che il consiglio intenda emanare in maniera difforme

rispetto alle indicazioni del Parlamento . I regolamenti e gli altri atti normativi del Unione Europea sono infine , sottoposti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia , la quale e' titolare di un generale potere di interpretazione del diritto comunitario finalizzato ad assicurare l'osservanza e la uniformita' applicativa di tale diritto nei diversi stati aderenti all'UE .Lo svolgimento pratico di questo ruolo ha pero' finito per attribuire alla corte di giustizia un funzione di grande importanza, soprattutto a tutela dei diritti, con la conseguenza che l'attivita' della corte e' essa stessa elemento costitutivo del diritto comunitario .

I regolamenti comunitari tra le fonti del diritto comunitario

Le fonti normative emanate dall ' UE sono indicate dall'art. 189 del Trattato CE , che così dispone :" **Per l'assolvimento dei loro compiti il consiglio e la commissione stabiliscono regolamenti e direttive, prendono decisioni e formulano raccomandazioni e pareri** ". Tra queste fonti , quella di gran lunga piu' importante e' costituita dai regolamenti comunitari (da non confondere con i regolamenti , indicati nell'art. 1 delle preleggi , fonte secondaria del diritto italiano , subordinata alle leggi) .

Infatti la collocazione nell'art. 189 che indica proprio come prima fonte i regolamenti e la lettura del secondo comma dello stesso articolo , che dispone " il regolamento ha portata generale .Esso e' obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri " evidenziano l'importanza di questa fonte del diritto .

t. 249 Trattato CE sancisce la tipologia degli atti a mezzo dei quali le istituzioni comunitarie esercitano le competenze loro attribuite:

Atti vincolanti:

- Regolamenti
- Decisioni
- Direttive

Atti non vincolanti

- Raccomandazioni
- Pareri

Tali atti sono posti in essere dal Consiglio e dalla Commissione, ovvero dal Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio.I tipi di atti previsti dall'art. 249 non esauriscono, peraltro, il panorama degli atti comunitari di diritto derivato, sia perché è lo stesso Trattato a contemplare l'adozione di atti diversamente qualificati (in relazione a specifici settori), sia perché la prassi delle istituzioni è andata elaborando un orizzonte ampiamente articolato dove trovano spazio atti, talvolta

anche vincolanti, non previsti dal Trattato ovvero atti il cui nomen iuris non ne riflette la sostanza risultante dall'art. 249. Essi vengono indicati come "atti atipici".

Gli atti vincolanti: il regolamento

Tra gli atti vincolanti, viene anzitutto in rilievo il Regolamento, con il quale si tende a dettare una disciplina uniforme di una determinata materia (rappresenta, con una certa approssimazione, l'equivalente della legge). La natura tipicamente normativa del regolamento trova fondamento nei caratteri precipui che lo qualificano e ne segnano la diversità rispetto agli altri atti comunitari.

I regolamenti, secondo la norma appena riportata, si caratterizzano per i seguenti aspetti:

- hanno portata generale, ossia i destinatari del regolamento sono soggetti individuati in modo astratto e generico (ad es. i cittadini dell'Unione europea);
- sono obbligatori in tutti i loro elementi, ossia il contenuto del regolamento è obbligatorio per i destinatari, nella sua interezza;
- sono direttamente applicabili, ossia l'entrata in vigore del regolamento e la sua applicazione nei confronti dei destinatari non necessita di alcun atto di ricezione interna da parte degli Stati membri.

Il regolamento deve essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea: entrano in vigore alla data stabilita o a partire dal ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

La mancata pubblicazione non influisce sulla validità dell'atto, ma impedisce la produzione di effetti obbligatori fino alla pubblicazione.

In altre parole, attraverso l'emanazione dei regolamenti, l'UE produce norme con le quali sono attribuiti, ai cittadini o agli Stati dell'UE, diritti ed obblighi senza necessità che gli Stati emettano alcun atto di recepimento, poiché i regolamenti hanno immediata applicazione.

Il primato del diritto comunitario sulle altre fonti interne tra Corte di giustizia e Corte costituzionale

Un aspetto di particolare importanza che riguarda i regolamenti comunitari è costituito dalla loro esatta collocazione nel sistema delle fonti italiane. In Italia, infatti (come peraltro in molti Stati europei) non esiste una specifica norma che offra una collocazione sistematica, tra le nostre fonti del diritto, dei regolamenti comunitari. Gli studiosi del diritto e la giurisprudenza hanno tuttavia ritenuto che tale collocazione possa essere determinata attraverso una lettura dell'art. 11 della Costituzione, che prevede che l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri pace e giustizia tra le nazioni ...".

Tuttavia la lettura di tale norma non è stata univoca, non solo da parte della dottrina, ma anche da parte della Corte costituzionale, la quale ha interpretato i rapporti tra diritto interno e regolamenti comunitari passando da posizioni di forte ritrosia alla nuova realtà comunitaria fino a giungere a successive posizioni marcatamente filo-europeiste. È opportuno sintetizzare brevemente l'evoluzione del pensiero della Corte (che ha tenuto in opportuna considerazione anche le indicazioni emergenti da molte sentenze della Corte di Giustizia europea), attraverso la tabella sottostante

Nei primi arresti della Corte costituzionale si è sostenuto che l'ordinamento comunitario e quello interno, dello stato, per quanto coordinati, sono distinti ed autonomi; in ragione della distinzione fra i due ordinamenti la prevalenza della normativa comunitaria va intesa nel senso che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale normativa, la quale è interamente attratta dal diritto comunitario.

L'orientamento più recente (avviato con la sentenza Granital del 1984 n. 170, e successivamente sviluppato in altre sentenze, come ad es. la 244/1994) è contraddistinto dall'affermazione che la norma comunitaria (ai sensi dell'art. 11 Cost.), dotata di immediata applicazione come nel caso del regolamento, impedisce l'emanazione di un ogni provvedimento successivo da parte del legislatore italiano, essendo la materia disciplinata dal regolamento comunitario, sottratta alla competenza del legislatore nazionale. Ciò produce, come conseguenza, che il provvedimento legislativo eventualmente emanato, deve essere disapplicato dal giudice nazionale.

L'evoluzione giurisprudenziale successiva della Corte costituzionale si è costantemente contraddistinta per una posizione filo-europeista. In sintesi, quindi, i regolamenti comunitari attualmente hanno una posizione equiparabile ad una legge nazionale, ma, in caso di confliggenza con la legge nazionale, prevalgono in quanto viene affermato il principio del primato del regolamento sulle leggi ordinarie interne. Nella sentenza 18 giugno 1994 n. 244 viene infatti sostenuto che una questione di legittimità costituzionale è addirittura irricevibile, nel caso in cui il giudice del rinvio non abbia previamente valutato la compatibilità della norma interna con quella comunitaria.

Osservazioni conclusive

Le considerazioni appena svolte in ordine all'evoluzione che di fatto ha contraddistinto la collocazione, nel sistema delle fonti, dei regolamenti comunitari, ci induce ad alcune riflessioni. Innanzitutto, non appare corretto, in materia di norme comunitarie, pensare che i rapporti tra le fonti siano contraddistinti da immutabile fissità. Infatti, si è di fatto verificato un vero e proprio "processo di mutazione" della loro collocazione, le cui linee evolutive si possono rintracciare nei differenti orientamenti espressi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia. Tale processo, che non appare ancora completamente concluso, dipende, oltre che da

ragioni di natura squisitamente giuridica, anche dai rapporti politici tra gli Stati comunitari e dalle vicende interne di ciascuno di essi. Sotto quest'ultimo profilo, il ruolo dei regolamenti nel sistema delle fonti potrebbe perciò essere ancora oggetto di una nuova collocazione, sulla base delle successive evoluzioni interpretative della Corte costituzionale o della Corte di giustizia **Gli atti vincolanti: la decisione**

La decisione è atto obbligatorio in tutti i suoi elementi (corrisponde, con una certa approssimazione, all'atto amministrativo). La decisione è un atto vincolante a portata individuale: ha destinatari specificamente designati ed è dunque priva della portata generale e astratta tipica dei regolamenti. È un atto che, al pari degli atti amministrativi dei sistemi giuridici nazionali, crea, modifica o estingue situazioni giuridiche soggettive in capo ai destinatari.

La decisione può essere provvista di efficacia diretta.

La decisione deve essere notificata ai destinatari e solo da tale momento produce i suoi effetti ed è ad essi opponibile.

La pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea è richiesta solo per le decisioni adottate secondo la procedura di codecisione. Nella prassi sono pubblicate le decisioni più rilevanti, sia pure nella parte II della Gazzetta, relativa agli atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità.

Gli atti vincolanti: la direttiva

La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. (art. 249, 3° comma). Costituisce, con una certa approssimazione, una sorta di legge-quadro.

La direttiva vincola lo Stato o gli Stati, che ne sono i soli destinatari, produce effetti obbligatori, si limita a fissare un risultato da raggiungere e lascia discrezionalità agli Stati quanto al modo e agli strumenti per raggiungerlo.

La direttiva può essere provvista di efficacia diretta. Gli Stati, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e la scadenza del termine per la sua attuazione, hanno un obbligo di standstill, che è poi il tradizionale obbligo di buona fede, nel senso che devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva (ai sensi dell'art. 10 Trattato CE).

Solo le direttive adottate secondo la procedura di codecisione e quelle indirizzate a tutti gli Stati membri devono essere pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Della direttiva il legislatore comunitario si è avvalso soprattutto come strumento di armonizzazione delle legislazioni nazionali, là dove il Trattato lo imponeva ovvero quale frutto di una scelta delle istituzioni a vantaggio di un atto

meno “invasivo” rispetto al regolamento e più rispettoso delle peculiarità delle singole esperienze giuridiche nazionali.

La direttiva è stata principalmente impiegata per la realizzazione del mercato interno e quindi degli obiettivi previsti dall’art. 14 del Trattato CE, nonostante la lettera dell’art. 95 consentisse il ricorso anche ad altri atti, limitandosi a prescrivere l’adozione di “misure” secondo la procedura di codecisione. Alla funzione di armonizzazione, la direttiva è poi andata associando quella di mutuo riconoscimento di realtà giuridiche nazionali diverse, ma (rese) compatibili. Questo nuovo approccio alla realizzazione degli obiettivi del mercato interno è pienamente conforme al principio di sussidiarietà codificato dal Trattato di Maastricht (art. 5 Trattato CE) del quale appunto la direttiva, tra gli atti vincolanti, costituisce strumento di attuazione.

Gli atti non vincolanti

L’art. 249 prefigura anche due tipi di atti non vincolanti:

- Raccomandazioni
- Pareri
- Il potere di adottare tali atti è riconosciuto, data la natura non vincolante degli stessi, a tutte le istituzioni comunitarie. Un ruolo privilegiato è tuttavia attribuito alla Commissione, che, conformemente all’art. 211, formula raccomandazioni o pareri nei settori definiti dal Trattato, sia quando questo espressamente lo preveda, sia quando la stessa istituzione lo ritenga necessario.

La Raccomandazione e il Parere

Le raccomandazioni e i pareri non sono facilmente distinguibili: In linea generale, mentre le raccomandazioni sono normalmente dirette agli Stati membri e contengono l’invito a conformarsi ad un certo comportamento, i pareri costituiscono l’atto con cui le stesse istituzioni o altri organi comunitari fanno conoscere il loro punto di vista su di una determinata materia. Attraverso i pareri, l’istituzione esercita una funzione di orientamento, consigliando il soggetto circa il contegno che questi dovrà tenere, senza che da ciò discenda per quest’ultimo l’obbligo di adeguarvisi. L’assenza di carattere vincolante non consente comunque di escludere qualsiasi effetto giuridico degli atti in esame: le raccomandazioni, in particolare, non possono essere considerate prive di effetto giuridico e, pertanto, i giudici nazionali devono tenerne conto ai fini dell’interpretazione di norme nazionali o di altri atti comunitari vincolanti. Si parla, inoltre, di effetto di liceità delle norme adottate per conformarsi ad essi. Degli atti non vincolanti il Trattato non impone la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Gli elementi comuni agli atti comunitari: la motivazione

Gli atti comunitari vincolanti devono essere naturalmente motivati, pena l’annullamento per violazione delle forme sostanziali (art. 230, 2° comma). Perché l’obbligo di motivazione, sancito dall’art. 253, sia adempiuto è necessario che l’atto

contenga la specificazione degli elementi di fatto e di diritto sui quali l'istituzione si è fondata. L'esigenza da soddisfare è, da un lato, quella di far conoscere agli Stati membri e ai singoli il modo in cui l'istituzione ha applicato il Trattato e, dall'altro, quella di consentire alla Corte e al tribunale di esercitare un controllo giurisdizionale adeguato.

La motivazione deve essere comunicata all'interessato contestualmente all'atto che gli arreca pregiudizio e, pertanto, il difetto di motivazione non può essere sanato nell'ambito del processo di fronte al giudice comunitario.

L'atto deve far riferimento ad una o a più specifiche norme del Trattato ("visto l'art. . ."), cioè la base giuridica, la cui omissione integra un vizio sostanziale dell'atto, a meno che non sia possibile determinarla con sufficiente precisione in base ad altri elementi dello stesso atto. La scelta della base giuridica è operata con riferimento agli elementi oggettivi e qualificanti dell'atto quali lo scopo e l'oggetto dell'atto stesso.

Il richiamo ad una norma di diritto primario, della quale l'atto costituisce il momento di attuazione, assume rilievo in relazione a tre distinti profili:

- Il primo e fondamentale attiene alle competenze della Comunità, che sono ispirate al criterio dell'attribuzione specifica nel Trattato;
- Il secondo profilo attiene al riparto di competenze tra le diverse istituzioni comunitarie che rispondono anch'esse al principio di attribuzione;
- Il terzo rilevante profilo è quello procedimentale, nella misura in cui la scelta dell'una o dell'altra base giuridica implica una procedura diversa di formazione del consenso e/o un diverso coinvolgimento del Parlamento.

L'atto entra in vigore nella data dallo stesso specificata ovvero, in mancanza, il ventesimo giorno dalla sua pubblicazione. Quando la pubblicazione è successiva alla data prefigurata nell'atto, o quando il momento dell'effettiva diffusione della Gazzetta Ufficiale è diverso da quello formalmente indicato come data di pubblicazione, vale ad ogni effetto, in particolare sotto il profilo del termine per l'impugnazione di rito, il momento della effettiva diffusione. La norma comunitaria non può trovare applicazione ai rapporti giuridici definiti anteriormente alla sua entrata in vigore: non può avere, in altre parole, effetto retroattivo.

L'efficacia retroattiva della norma comunitaria è ipotizzabile solo in via d'eccezione, ove ciò sia imposto dall'obiettivo da realizzare e comunque sia adeguatamente salvaguardato il legittimo affidamento degli interessati.

Altri atti

In linea generale sono da qualificare come atti atipici tutti gli atti che, sebbene emanati dalle istituzioni comunitarie, non rientrano fra quelli tipici elencati dall'art. 249 del Trattato CE. A ben vedere, oltre agli atti prefigurati all'art. 249 Trattato CE e alle corrispondenti disposizioni CECA, gli stessi trattati prevedono taluni atti diversi,

concernenti ipotesi specifiche e per lo più funzionali all'attività istituzionale. In particolare, vanno ricordati:

- i regolamenti interni delle istituzioni;
- i programmi generali;
- la constatazione dell'avvenuta approvazione del bilancio da parte del Presidente del Parlamento europeo;
- taluni atti preparatori, quali in particolare le proposte della Commissione e la posizione comune di cui agli artt. 251 e 252;
- le misure adottate dal Consiglio, previste dal titolo IV del Trattato, in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre pratiche connesse con la libera circolazione delle persone.

Atti atipici o sui generis: la decisione sui generis

Il quadro degli atti comunitari, quale definito dai trattati, si è inoltre arricchito di non poche figure di atti del tutto atipici o sui generis, a volte persino vincolanti, altre volte privi di una specifica denominazione. Tali atti costituiscono il frutto di una prassi delle istituzioni che si è andata progressivamente consolidando. Tra questi, vanno segnalati i seguenti atti:

La decisione sui generis. Si tratta di un atto vincolante normalmente adottato dal Consiglio e che, a differenza delle decisioni ex art. 249, non è indirizzato né a Stati membri, né a persone fisiche o giuridiche, ma ha una valenza generale; in particolare, si tratta di decisioni con le quali il Consiglio autorizza la Commissione a negoziare accordi o con le quali ne approva la conclusione.

- **Gli accordi interistituzionali, tra Consiglio, Commissione e Parlamento:** ad esempio quelli collegati alla disciplina di bilancio e sul miglioramento della relativa procedura;
- **Le risoluzioni del Consiglio**, che, sebbene sprovviste di efficacia vincolante, rivestono notevole importanza in quanto esplicitano il punto di vista dell'istituzione su questioni concernenti determinati settori di intervento comunitario, spesso anticipando una successiva attività normativa in senso proprio.
- **Le comunicazioni della Commissione**, strumenti utilizzati con frequenza ed aventi forme e contenuti diversi, tanto da dar luogo a tentativi di classificazione: informative, decisorie, interpretative.

Gli atti del II pilastro

Gli atti che le istituzioni possono emanare nell'ambito del II e III pilastro hanno denominazioni e caratteristiche diverse da quelli di cui all'art. 249 Trattato CE. In particolare, le maggiori differenze si riscontrano con riferimento a quelli adottati per

dare attuazione alla politica estera e di sicurezza comune (II pilastro). In tale settore possono essere emanati:

- Strategie comuni
- Azioni comuni
- Posizioni comuni
- Accordi internazionali

Gli atti del III pilastro

Gli atti del III pilastro si presentano piuttosto variegati, atteso che alcuni di essi (posizioni comuni e convenzioni) possono essere accomunati agli atti della PESC, mentre altri (decisioni quadro e decisioni) assumono caratteri più simili agli atti comunitari di cui all'art. 249 Trattato CE, ma se ne discostano, tra l'altro, perché sono sempre sprovvisti di efficacia diretta. L'art. 34, n. 2, Trattato UE non stabilisce un ordine di priorità tra i diversi atti elencati in tale disposizione, sicché, non si può escludere che il Consiglio possa scegliere tra diversi atti per disciplinare la stessa materia, fatti salvi i limiti imposti dalla natura dello strumento scelto.

Le posizioni comuni sono atti di mera cooperazione intergovernativa attraverso i quali viene definito "l'orientamento dell'Unione in merito ad una questione specifica";

Gli atti del III pilastro (2)

Le convenzioni sono pure atti di stampo internazionalistico, adottati sempre dal Consiglio, ed entrano in vigore solo dopo la ratifica di almeno la metà degli Stati membri, salvo disposizioni diverse contenute nelle convenzioni stesse;

Le decisioni quadro e le decisioni si avvicinano di più agli atti comunitari di cui all'art. 249 Trattato CE. Le prime si ispirano alle direttive comunitarie; tali atti sono adottati all'unanimità ed utilizzati per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le seconde possono essere adottate per qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del titolo VI. Si tratta di atti vincolanti per gli Stati membri, ma che non sono finalizzati al ravvicinamento delle disposizioni nazionali.

4.L'APPLICAZIONE E INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

l'interpretazione della legge

Interpretare un testo normativo non vuol dire solo conoscere quanto il testo in sé già esprimerebbe, bensì decidere che cosa si ritiene che il testo effettivamente possa significare e, conseguentemente, come vadano risolti i conflitti che insorgono nelle

sua applicazione. L'attività di interpretazione non può mai esaurirsi nel solo esame dei dati testuali.

In primo luogo, infatti, non tutti i vocaboli contenuti nelle leggi possono essere definiti nelle leggi stesse: pertanto il significato che viene loro attribuito in ciascun contesto va ricavato da elementi extra-testuali. In secondo luogo le leggi, nel disciplinare rapporti sociali, si riferiscono, in generale a classi di rapporti: spetterà all'interprete, di fronte a rapporti concreti, decidere se considerarli inclusi nella disciplina della singola norma, oppure no, ed a tal fine l'interprete dovrà impiegare particolari tecniche di "estensione" o di "integrazione" delle disposizioni della legge, attingendo a criteri di decisione extra-legislativi. In terzo luogo le formulazioni delle leggi sono spesso in conflitto tra loro: conflitti che si superano ricorrendo a criteri di gerarchia tra le fonti, a criteri cronologici, a criteri di specialità. In quarto luogo, di fronte a ciascun caso singolo difficilmente si può applicare un'unica norma, ma occorre utilizzare un'ampia combinazione di disposizioni, ritagliate e ricomposte per adattarle al caso: operazione complessa che si avvale di nozioni sistematiche a carattere dottrinario ed extra-testuali.

L'attribuzione da parte dell'interprete a un documento legislativo viene detta interpretazione "dichiarativa". Quando invece il processo interpretativo attribuisce ad una disposizione un significato diverso da quello che apparirebbe, a prima vista, esserle "proprio", si parla di interpretazione "correttiva". Dal punto di vista dei soggetti che svolgono l'attività interpretativa si distingue tra interpretazione giudiziale, dottrinale e autentica.

L'attività interpretativa assume valore vincolante solo quando è compiuta dai giudici dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale (c.d. interpretazione giudiziale).

L'interpretazione dottrinale è costituita dagli apporti di studio dei cultori delle materie giuridiche, i quali si preoccupano di raccogliere il materiale utile alla interpretazione delle varie disposizioni, di illustrarne i possibili significati, di sottolineare le conseguenze delle varie soluzioni interpretative.

Non costituisce, infine, vera attività interpretativa la c.d. interpretazione autentica, ossia quella che proviene dallo stesso legislatore, che emana apposite norme per chiarire il significato di norme preesistenti. Questa ha efficacia retroattiva: infatti essa chiarisce anche per il passato il valore da attribuire alla legge precedente, troncando i dubbi che erano sorti sulla sua interpretazione.

Le regole dell'interpretazione

Il c.c. impone di valutare non solo il significato proprio delle parole (c.d. interpretazione letterale), ma anche l'intenzione del legislatore.

Altri criteri cui l'interprete e il giudice si rivolge, sono:

- a) **il criterio logico**, attraverso l'argumentum a contrario (volto ad escludere dalla norma quanto non vi appare espressamente compreso), l'argumentum a simili (volto ad estendere la norma per comprendervi anche fenomeni simili a quelli risultanti dal contenuto letterale della disposizione), l'argumentum a fortiori (volto ad estendere la norma in modo da includervi fenomeni che a maggior ragione meritano il trattamento riservato a quello risultante dal contenuto letterale della disposizione), l'argumentum ad absurdum (volto ad escludere quella interpretazione che dia luogo ad una norma assurda);
- b) **il criterio storico**: nessuna disposizione spunta all'improvviso in un ordinamento;
- c) **il criterio sistematico**: per determinare il significato di una disposizione è indispensabile collocarla nel quadro complessivo delle norme in cui va inserita, onde evitare contraddizioni e ripetizioni;
- d) **il criterio sociologico**: la conoscenza degli aspetti economico-sociali dei rapporti regolati è spesso illuminante per pervenire ad una interpretazione congruente con la realtà disciplinata e su cui quelle regole sono destinate a svolgere una influenza;
- e) **il criterio equitativo**: volto ad evitare interpretazioni che contrastino col senso di giustizia della comunità.

L'analogia

Il giudice quando non riesce a risolvere il caso su cui deve pronunciarsi deve procedere applicando "per analogia" le disposizioni che regolino casi simili, e qualora il caso rimanga ancora dubbio, applicando "i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Ricorrere ad un ragionamento per analogia significa applicare ad un caso non regolato (in quanto per esso non si è trovata nessuna norma che lo contempli) una norma non scritta ricopiata da una norma scritta, la quale, però, risulta dettata per regolare un caso diverso, sebbene simile a quello da decidere. Individuare tra due fattispecie diverse, una regolata ed un'altra non regolata, un rapporto di somiglianza, significa che di due entità può dirsi che sono simili se hanno qualche elemento in comune. Deve trattarsi proprio dell'elemento che giustifica la disciplina accordata al caso: l'identità di quell'elemento ci fa concludere che pur il caso non regolato merita identica disciplina.

L'analogia si fonda su una identità di ratio: ove tra due fattispecie sussista una somiglianza data da identità di alcuni elementi e la ratio della norma che disciplina uno dei due casi va rintracciata proprio in esigenze legate all'elemento che risulta comune ad entrambe le fattispecie, anche al secondo caso, per il quale ricorre una identica ratio (giustificazione), potrà applicarsi la norma dettata per la prima fattispecie. Il ricorso all'analogia è sottoposto, nel nostro ordinamento a limiti: essa

non è consentita né per le leggi penali, né per quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi.

Il divieto si giustifica in relazione alle norme penali, per il principio di stretta legalità che caratterizza le norme incriminatrici: nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto. Il divieto dell'analogia nell'applicazione delle leggi penali non vale, peraltro, per l'interpretazione estensiva, con la quale ci si limita ad adeguare la portata letterale della norma alla effettiva volontà legislativa.

5. PERSONA FISICA E LA PERSONA GIURIDICA

I soggetti titolari di situazioni giuridiche soggettive sono le persone fisiche e le persone giuridiche. La persona fisica è l'uomo quale destinatario delle regole di condotta approntate dall'ordinamento giuridico, negli aspetti della sua esistenza regolati dal diritto.

La persona fisica è dotata di personalità.

Ogni persona ha uno status, cioè una sua specifica posizione rispetto ad altri (come cittadino, come madre, come figlio legittimo, etc.).

La persona giuridica è un'entità organizzata che si distingue dalle persone fisiche che la compongono, unite da un interesse comune, ed è dotata di una propria volontà.

Il codice civile dedica alla persona fisica già l'art.1 del Titolo I il quale afferma che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita.

Deve intendersi per capacità giuridica l'attitudine del soggetto nato ad essere titolare di diritti e doveri. Essa si acquista alla nascita e si perde al momento della morte. L'art.22 della Cost. afferma che nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome. La legge riconosce dei diritti a favore anche del solo concepito ma questi sono subordinati all'evento della nascita. Il nascituro ha dei suoi diritti sia se concepito sia se ancora non concepito ma in tal caso è necessario che sia figlio di una persona vivente, nel momento in cui si apre la successione. L'art.720 c.c. afferma che i genitori, congiuntamente o quello che di essi esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. ¹ ardo alla capacità di succedere va precisato che sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.

Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni alla morte della persona della cui successione si tratta.

Nel caso in cui tra i chiamati alla successione vi è un concepito, la divisione non può aver luogo prima della nascita dello stesso (art.715 c.c.).

La donazione può essere fatta, recita l'art.784 c.c., anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benchè non ancora concepiti.

Dunque, possono anche ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benchè non ancora concepiti (art.462 c.c.).

L'art.643 stabilisce a chi spetta l'amministrazione sull'eredità nel caso di disposizioni condizionali qualora sia chiamato a succedere un non concepito, figlio di una determinata persona vivente, a cui spetterà in ogni caso la rappresentanza del nascituri.

La capacità di agire

L'art. 2 del c.c. stabilisce che il soggetto acquista con la maggiore età la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa. La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno d'età. Per il compimento degli atti giuridici in senso stretto è necessaria una generica capacità d'intendere e di volere.

Con la morte la persona perde la capacità di agire.

Gli strumenti di protezione dell'incapace

L'ordinamento ha predisposto degli strumenti a tutela dei soggetti che non si trovano in condizione di provvedere pienamente ai loro interessi a causa (naturale o volontaria) di un precario o del tutto compromesso stato di salute, fisico o psichico, definitivo o transeunte.

Essi sono:

- la minore età;
- l'interdizione;
- l'inabilitazione;
- l'incapacità naturale;
- l'amministrazione di sostegno.

L'incapacità legale è:

- assoluta riguardo ai minori ed agli interdetti (tranne rarissime eccezioni);
- relativa quella degli inabilitati, di coloro che beneficiano dell'operato degli amministratori di sostegno, dei minori emancipati.

- La minore età quale causa di limitazione della capacità di agire
- Il limite della maggiore età, necessario per poter validamente porre in essere degli atti giuridici, è stabilito quale strumento di protezione per il minore, ritenendo che solo con il compimento dei diciotto anni egli abbia quella necessaria esperienza e maturità per porre in essere degli atti che non siano pregiudizievoli per lui.

L'art.1425 c.c., al primo comma, statuisce che il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrarre. Secondo l'art.1442 c.c. l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni da quando il minore ha raggiunto la maggiore età.

Il minore può, invece, compiere tutti gli atti quotidiani necessari per un sereno adempimento dei bisogni di ogni giorno (acquisto cose di modico valore, etc.). I genitori, come già visto, congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni.

Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con cui si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore (art.320 c.c.).

Per gli atti di straordinaria amministrazione i genitori devono agire congiuntamente e con l'autorizzazione del giudice tutelare. L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare, che può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza (art.320 c.c., V c.).

In mancanza di genitori che possono esercitare la patria potestà ai sensi dell'art.343 c.c. si apre la tutela; presso ogni tribunale il giudice tutelare soprintende alle tutele e alle curatele.

Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni (artt. 343 e ss. c.c.).

L'incapacità relativa del minore emancipato

Con il matrimonio contratto prima dei diciotto anni il minore acquista una limitata capacità di agire.

L'art.84 c.c. statuisce che i minori di età non possono contrarre matrimonio. Ma il Tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psicofisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore,

può, con decreto emesso in camera di consiglio, ammettere per gravi motivi il matrimonio di chi abbia compiuto sedici anni.

L'art.397 c.c. stabilisce che il minore emancipato può esercitare un'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore, se è autorizzato dal Tribunale previo parere del giudice tutelare e sentito il curatore. In tal caso egli può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa.

Raggiri usati dal minore. Il cd.minore capace

Malitia supplet aetatem: il contratto non è annullabile se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto (art.1426 c.c.). Negli ultimi anni si va affievolendo la responsabilità del genitore che non sempre è in grado di controllare il minore che agisce: si è così creata a livello giurisprudenziale la figura del cd. minore capace.

La salute quale causa di limitazione della capacità d'agire. L'interdizione giudiziale

Il maggiore di età e il minore emancipato che si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare loro adeguata protezione (art.414 c.c.). I presupposti per aversi interdizione sono:

- una infermità di mente;
- la abitudine della infermità;
- l'inetitudine dell'infermo a provvedere ai propri interessi.

Il giudice tutelare, appena avuta notizia del fatto da cui deriva l'apertura della tutela, procede alla nomina del tutore e del protutore (art.346 c.c.), secondo le disposizioni contenute nel codice civile, ed in ogni caso la scelta deve cadere su persona idonea all'ufficio, di ineccepibile condotta. Il decreto di nomina del tutore e la sentenza di interdizione devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro e comunicato entro dieci giorni all'ufficiale di stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita (art.423 c.c.). Gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione possono essere annullati, su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa. Sono ugualmente annullabili gli atti compiuti dall'interdetto dopo la nomina del tutore provvisorio, qualora alla nomina segua la sentenza di interdizione. Nella sentenza che pronuncia la interdizione o in successivi provvedimenti, può stabilirsi che alcuni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento o l'assistenza del tutore (ma, si ribadisce, l'interdetto versa di norma in uno stato di incapacità assoluta).

L'inabilitazione

Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono essere inabilitati anche coloro che per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici; nonchè il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia che non hanno ricevuto un'educazione sufficiente -a meno che non siano del tutto incapaci di provvedere ai loro interessi- (art.415 c.c.). Essi non potranno compiere da soli gli atti patrimoniali eccedenti l'ordinaria amministrazione, ma la loro volontà dovrà essere integrata, sostenuta, con quella di un curatore che di regola interviene solo per alcuni atti e solo di natura patrimoniale. Nella sentenza che pronunzia l'inabilitazione o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che alcuni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore. Possono essere annullati, su istanza dell'inabilitato o dei suoi eredi o aventi causa, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione fatti dall'inabilitato, senza l'osservanza delle prescritte formalità, dopo la sentenza di inabilitazione o dopo la nomina del curatore provvisorio, qualora alla nomina sia seguita l'inabilitazione (art.427 c.c.)

L'istanza di interdizione o di inabilitazione

L'interdizione e l'inabilitazione possono essere richieste dai soggetti interessati ad essere destinatari della norma, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti, entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal curatore o dal tutore ovvero dal pubblico ministero. Anche il minore non emancipato può essere interdetto o inabilitato nell'anno del compimento della maggiore età, con effetti a partire da tale data, per evitare che egli rimanga senza protezione.

Poteri dell'autorità giudiziaria

Il giudice durante il procedimento potrà decidere anche per una dichiarazione diversa da quella richiesta inizialmente, in base all'accertamento delle condizioni che risconterà a seguito dell'istruttoria necessaria. E' necessario, inoltre, procedere all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitato (eventualmente con l'assistenza di un consulente tecnico) ed ogni altro mezzo istruttorio utile ai fini del giudizio, come ascoltare i parenti prossimi dell'incapace.

L'interdizione e l'inabilitazione producono i loro effetti dal giorno della pubblicazione della sentenza, tranne il caso in cui venga chiesto nel diciassettesimo anno.

Revoca dell'interdizione e dell'inabilitazione

Se cessa la causa che ha provocato l'interdizione o l'inabilitazione, queste possono essere revocate su istanza del coniuge, dei parenti entro il quarto grado, o degli affini entro il secondo grado, del tutore dell'interdetto, del curatore dell'inabilitato o su istanza del pubblico ministero (art.429 c.c.); potrebbe anche richiedersi nel corso del

giudizio per la revoca dell'interdizione e dell'inabilitazione che, dopo questa, il soggetto venga assistito dall'amministratore di sostegno oppure che si revoca l'interdizione ma si dichiara l'inabilitazione.

L'incapacità naturale

L'incapacità di intendere e di volere, anche detta incapacità naturale, si ha quando un soggetto si trova in quel concreto momento in una situazione di non potere intendere o volere (ad esempio in uno stato di ubriachezza, o un infermo mentale di cui non sia stata dichiarata l'infermità, etc.). L'art.428 c.c. recita, infatti, che gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati, su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere e di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente (che potrebbe non essersi accorta dello stato di incapacità della controparte e aver fatto affidamento nella valida conclusione del contratto). L'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.

L'interdizione legale

Non è un istituto di protezione dell'incapace, ma una pena accessoria per chi è condannato all'ergastolo (decade anche dalla potestà dei genitori), o comunque per chi è condannato alla reclusione per un periodo non inferiore a cinque anni (anche in questo caso c'è la sospensione dell'esercizio della potestà dei genitori, salvo che il giudice disponga altrimenti). L'incapacità del condannato in stato di interdizione legale può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse; è una annullabilità assoluta.

6- L'amministrazione di sostegno

Negli ultimi anni il legislatore ha modificato parzialmente il suo atteggiamento nei confronti degli incapaci, cercando di privilegiare maggiormente le loro possibilità di autodeterminazione, seppur molto limitate. Da questo nuovo orientamento è nato l'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto nel nostro c.c. agli artt. 404-413, che è un rimedio meno intenso e limitativo della interdizione e dell'inabilitazione. Colui che si trova nella impossibilità, anche se parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi per effetto di una infermità o di una menomazione fisica o psichica, può essere assistito da un amministratore di sostegno nominato dal giudice tutelare.

Il beneficiario conserva la capacità d'agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva e l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno e può compiere in ogni caso gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Il ricorso per l'istituzione dell'amministratore di sostegno può essere

proposto dallo stesso soggetto che ne beneficerà o dagli stessi soggetti che, ai sensi dell'art.417, possono chiedere l'interdizione o l'inabilitazione; nonché i responsabili dei servizi sociali e sanitari impegnati nella cura e assistenza diretta della persona per cui ritengono opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno.

Il giudice tutelare entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno, con decreto motivato immediatamente esecutivo, provvede alla nomina dell'amministratore di sostegno. Nel procedimento di nomina interviene il pubblico ministero. Se il soggetto beneficiario è un interdetto o un inabilitato il decreto sarà esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione.

Il giudice nel decreto di nomina deve indicare le generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno, della durata, dell'oggetto, dei poteri, dei limiti e delle spese relativi all'incarico e l'indicazione degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno e della periodicità con cui questo può riferire.

La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario; può essere designato dallo stesso interessato, con atto pubblico o scrittura privata autenticata (in previsione della propria eventuale futura incapacità). Altrimenti il giudice tutelare preferirà il coniuge che non sia legalmente separato, la persona stabilmente convivente, uno dei genitori o dei fratelli, etc. In caso di gravi motivi, il giudice può chiamare all'incarico anche altra persona idonea. L'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario, deve informarlo circa gli atti da compiere (in caso di contrasto o di negligenza si ricorrerà al giudice tutelare).

Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno o personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge, possono essere annullati entro cinque anni.

Se il pubblico ministero o gli altri soggetti coinvolti ritengono che vi siano i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno, dato il suo carattere di temporaneità, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare, che se lo ritiene provvede alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno ed, in alcuni casi, eventualmente, d'ufficio, a quella di dichiarazione di inabilitazione o interdizione.

Dimora, domicilio, residenza

La sede della persona fisica si distingue in dimora, domicilio, residenza (art.43 e ss. c.c.). La dimora, di importanza residuale, non presente nel c.c., indica il luogo dove si trova attualmente la persona, momentaneamente, anche se per un periodo di una certa durata.

Il domicilio indica il luogo dove la persona ha stabilito la sede dei suoi affari e dei suoi interessi (può essere generale, speciale, volontario, legale). La residenza è il luogo dove la persona ha la dimora abituale.

Scomparsa, assenza, morte presunta

La scomparsa di una persona si ha quando questa non sia più comparsa al suo ultimo domicilio o alla sua ultima residenza, senza lasciare notizie. In tal caso, ai sensi dell'art.48 c.c., su istanza degli interessati o dei presunti successori legittimi o del pubblico ministero, il tribunale del luogo può nominare un curatore che rappresenti la persona e dà gli altri provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio dello scomparso.

Dichiarazione di assenza

Trascorsi due anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia i presunti successori legittimi e gli interessati, possono domandare al tribunale competente che sia dichiarata l'assenza. In tal caso coloro che sarebbero eredi testamentari o legittimi possono domandare l'immissione nel possesso temporaneo dei beni e i legatari e donatari possono essere ammessi nell'esercizio temporaneo di questi diritti, dando cauzione. Se l'assente ritorna o se ne prova l'esistenza, i possessori temporanei devono restituire i beni.

Dichiarazione di morte presunta

Se sono trascorsi dieci anni dal giorno in cui risale l'ultima notizia dell'assente, il tribunale competente può dichiarare presunta la morte dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia. Coloro che ottennero l'immissione temporanea dei beni dell'assente o i loro successori possono disporre liberamente dei beni.

Il coniuge può contrarre nuovo matrimonio.

Se la persona di cui è stata dichiarata la morte presunta ritorna recupera i beni nello stato in cui si trovano; il nuovo matrimonio eventualmente contratto dal coniuge è nullo, ma ne sono salvi gli effetti civili.

La morte della persona. La commorienza

Con la morte si ha la fine della persona e l'estinzione di quasi tutti i suoi diritti. Stabilire il momento esatto della morte, della fine dell'esistenza, può in certi casi essere molto importante.

L'art.452 c.c. statuisce che se vi è mancanza, distruzione o smarrimento di registri, la prova della morte (o della nascita) può essere data con ogni mezzo. Si ha commorienza se, a seguito di un accadimento negativo, ad esempio un incidente, più persone sono decedute; queste vengono considerate morte tutte nello stesso momento.

7. I DIRITTI DELLA PERSONALITA' – DIRITTI UMANI

I diritti civili sono i diritti umani di prima generazione, quelli che storicamente si sono affermati per primi e che sanciscono le libertà individuali, le cosiddette “libertà di”. Gli esseri umani, secondo l’Organizzazione delle Nazioni Unite (O.N.U), hanno due tipi di bisogni basilari: i bisogni fisici (cibo, acqua, vestiti, salute, riparo...) e i bisogni psicologici (dignità, rispetto, creatività, espressione di sé, lavoro, amicizia, partecipazione, apprendimento, amore, svago, autonomia). Questi sono detti bisogni fondamentali poiché, mancando, vanno a danneggiare profondamente la vita di una persona. Proprio da tali bisogni indispensabili si sono sviluppati storicamente i diritti che ne sanciscono il riconoscimento ufficiale e universale. I diritti umani, infatti, sono l’elemento essenziale che consente ad ogni individuo di vivere degnamente in quanto persona. Solo attraverso il rispetto di essi si possono ottenere la libertà, la giustizia, la pace, permettendo all’individuo e alla comunità di svilupparsi integralmente. I diritti umani sono naturali perché sono comuni a tutti gli individui sin dalla nascita e non devono essere acquistati né ricevuti o ceduti come concessione o eredità. Essi, inoltre, sono universali perché identici per tutti gli individui, senza distinzione di sesso, etnia, cultura, religione, opinione politica, origine nazionale e sociale. Tutte le persone nascono libere ed uguali in dignità e diritti. I diritti umani sono indivisibili in quanto sono da intendersi come non separabili; infatti la libertà, la sicurezza e la giustizia sono garantite solo se vengono tutelati tutti i diritti (civili, economici, sociali, culturali). La violazione di uno solo di essi costituisce una minaccia nei confronti di tutti gli altri. Infine, sono inalienabili: nessuno può sottrarre i diritti umani ad un’altra persona perché gli individui li conservano per tutta la vita anche nel caso in cui le leggi positive degli stati dovessero eliminarli o limitarli.

I diritti umani sono oggi garantiti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, proclamata il 10 dicembre del 1948 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Essa riguarda tutte le persone del mondo, senza alcuna distinzione e sancisce l’esistenza di diritti di cui ogni essere umano deve poter godere per la sola ragione di essere in vita. La lungimiranza politica e l’universalità della Dichiarazione sono figlie della seconda guerra mondiale e delle sue tragedie: la morte di 55 milioni di persone (metà dei quali civili), le persecuzioni politiche, il genocidio degli ebrei e degli zingari e l’inizio dell’era nucleare. Si afferma pertanto la convinzione che non può esserci un futuro di pace senza il rispetto dei diritti umani. Proprio per prevenire ulteriori drammatici conflitti si decide di scrivere un documento che indichi in modo chiaro e semplice quali sono i diritti inalienabili degli individui. Nasce così la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo che, con i suoi 30 articoli, costituisce la base comune per una convivenza libera e pacifica.

Le generazioni dei diritti umani e i diritti civili

I diritti umani possono essere divisi in gruppi, detti generazioni, ognuna della quali è caratterizzata da uno specifico percorso storico.

I diritti di prima generazione sono quelli civili e politici; essi sono sanciti oggi dalle Dichiarazioni delle Nazioni Unite e dalle costituzioni di molte democrazie. **I diritti civili stabiliscono le libertà individuali di cui deve godere ogni singola persona (uomo, donna, bambino): diritto alla vita, alla libertà di pensiero e d'espressione, alla cittadinanza, a non essere tenuto in schiavitù, a non essere sottoposto a nessuna forma di tortura, alla sicurezza personale, a ricevere un giusto processo davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, a cercare asilo in altri paesi, a formare liberamente una famiglia (libertà di matrimonio), alla proprietà, alla libertà di coscienza, a riunirsi pacificamente, a partecipare al governo del proprio Paese, sia direttamente sia attraverso rappresentanti liberamente scelti.**

Essi sanciscono le cosiddette “libertà di” e sono anche detti diritti negativi perché limitano e regolano l'intervento dello stato e del potere politico nella sfera della libertà personale. I diritti civili sono i primi diritti umani che si affermano nella storia e sono figli soprattutto delle grandi rivoluzioni liberali dell'età moderna.

I diritti di seconda generazione sono quelli economici, sociali e culturali. Essi sono sanciti a livello internazionale dall'Onu e stabiliscono che ogni persona ha diritto: **alla sicurezza sociale, al lavoro a un'eguale retribuzione per un eguale lavoro, a fondare sindacati o ad aderirvi, al riposo, a un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere, alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità e vecchiaia, all'istruzione, alla protezione della maternità e dell'infanzia.**

Essi sono detti positivi perché la loro realizzazione concreta implica l'intervento delle istituzioni pubbliche. Essi sono la seconda tipologia di diritti umani ad affermarsi nella storia e sono figli del movimento soprattutto del movimento socialista internazionale e delle lotte operaie e sindacali del XIX e XX secolo.

I diritti di terza generazione sono quelli di solidarietà e affermano il diritto all'autodeterminazione dei popoli, alla pace, allo sviluppo, alla salute, a vivere in un ambiente non inquinato. Tali generazioni di diritti umani hanno trovato nel XX secolo sono stati proclamati e sanciti con forza dalle Nazioni Unite nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. In essa ai diritti civili, ai diritti di libertà personale, sono dedicati gli articoli 3, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 20. Essa però non è legalmente vincolante per gli stati. Per tale ragione, nel 1966, sono stati stipulati i Patti internazionali sui diritti civili e politici e su quelli economici, sociali e culturali che obbligano almeno formalmente gli stati a rispettare i principi e le indicazioni contenuti nella Dichiarazione. Nonostante ciò, i governi di molti paesi continuano a violare i diritti umani senza incorrere nelle sanzioni previste dalle Nazioni Unite.

Storia dei diritti civili

Il lento affermarsi dei diritti civili e politici costituisce la prima tappa nel complessivo cammino dei diritti umani. Essi sono nati come rivendicazione di spazi di libertà individuale nei confronti del potere, in modo particolare nei confronti della concezione patrimoniale dello Stato assoluto (Stato e sudditi come proprietà privata dello sovrano). Uno dei primi passaggi storici fondamentali è la stesura della Magna Charta Libertatum, emanata nel 1215 dal re d'Inghilterra Giovanni Senza Terra. La carta sancisce una serie di diritti quali: non essere condannati senza motivo, essere giudicati da un tribunale legittimo e la tutela della proprietà privata. Tali diritti però non spettano a tutti i sudditi della corona ma, in quanto frutto delle pressioni degli aristocratici e del clero nei confronti del re, sono garantiti solo ad essi e non al popolo. La storia dei diritti civili è strettamente legata all'età moderna e alle grandi rivoluzioni liberali. Sempre in Inghilterra, nel 1679, con l'emanazione dell'Habeas corpus Act, viene compiuto un altro passo decisivo nel cammino dei diritti civili. Esso stabilisce che nessun suddito possa essere arrestato e quindi privato della sua libertà personale, in modo arbitrario, cioè senza prove concrete sulla sua colpevolezza. Sulla scia di questo documento, nel 1689, dopo la seconda rivoluzione inglese, viene approvato il Bill of rights in cui si affermano, in particolare, la libertà di religione, di parola e di stampa. Si tratta di due atti ufficiali che stabiliscono diritti civili validi per tutti i sudditi della corona inglese, senza distinzione di censo e di genere. Invece, per quanto riguarda l'accesso alla vita politica, rimangono escluse le donne e le classi sociali meno abbienti. Siamo di fronte ad un passo decisivo verso il diritto di cittadinanza. Nel corso del XVIII secolo, si affermano nel nord America e in Francia movimenti intellettuali e politici che sfociano in rivoluzioni e che conducono all'approvazione di due importanti documenti per la storia dei diritti umani, in particolari dei diritti civili e politici: la Dichiarazione di indipendenza delle colonie americane e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino in Francia. In America il conflitto di interessi con l'Inghilterra porta i rappresentanti delle tredici colonie a sottoscrivere, il 4 luglio 1776, la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti. Ad essa è collegata una dichiarazione dei diritti dell'uomo, nella quale sono proclamati il diritto alla vita, alla libertà e alla ricerca della felicità; il governo deriva i propri poteri dal consenso del popolo e quest'ultimo ha il diritto di destituirlo quando esso non garantisca "la sicurezza e felicità" dei cittadini. Nel 1789 la Rivoluzione francese determina il crollo dell'ancien regime e della monarchia assoluta di Luigi XVI. Il 26 agosto viene approvata la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e cittadino le cui basi teoriche derivano dalla filosofia illuminista europea. Nella Dichiarazione si riscontrano, infatti, la separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), i diritti naturali dell'individuo (libertà personale, libertà di espressione e di culto, libertà di stampa, diritto di proprietà), l'uguaglianza di fronte alla legge e la definizione della legge come espressione della volontà generale. Le due rivoluzioni di fine '700 rappresentano un punto di non ritorno decisivo nella storia dei diritti civili. Nel corso dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento, le lotte del movimento operaio e sindacale e di quello femminista determinano, in un primo momento soprattutto in Europa e in America, la lenta conquista di nuovi diritti civili e politici tra cui spicca il suffragio universale

(diritto di voto maschile e femminile). Da questo ciclo di lotte nascono anche i cosiddetti diritti umani di seconda generazione: il diritto al lavoro, ad un salario dignitoso, all'istruzione e alla sanità. Ai diritti civili e politici tipici dell'età moderna iniziano così ad affiancarsi i diritti economici, sociali e culturali. La seconda metà XX secolo, in seguito alla fine dell'età dei totalitarismi e all'affermarsi della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, è contrassegnata, nonostante le molte contraddizioni, da nuove e importanti lotte per la promozione e difesa dei diritti civili e politici: dalla battaglia degli afroamericani contro le discriminazioni razziali presenti negli Usa alla lotta contro l'apartheid in Sudafrica, dalla campagna mondiale contro la pena di morte alle rivendicazioni di libertà e di autodeterminazione generazionale e di genere.

La tutela istituzionale dei diritti civili

L'Organizzazione delle Nazioni Unite è il soggetto istituzionale internazionale nato anche con l'obiettivo di promuovere e difendere i diritti umani nel mondo. A tale scopo nel 1946 l'Onu ha fondato la Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, sostituita dal marzo 2006 dalla Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite. Il mandato politico di tale organismo è quello di controllare il rispetto e le violazioni dei diritti umani in tutti gli stati membri delle Nazioni Unite, informando l'opinione pubblica mondiale sulla situazione della tutela dei diritti umani nel mondo. Il Consiglio, a differenza della Commissione, qualora ravvisasse violazioni dei diritti umani in un paese può aprire le cosiddette "procedure speciali": viene inviato un gruppo di esperti delle Nazioni Unite che si reca di persona nelle area interessate per verificare il rispetto dei diritti umani e le eventuali violazioni, per poi riferirne al Consiglio. L'apertura di una "procedura speciale" può avvenire su richiesta ufficiale di uno stato membro o anche su segnalazione di un'organizzazione per il rispetto dei diritti umani; il Consiglio (composto da 47 membri) decide poi a maggioranza se aprire o meno tale procedura. Dopo la stesura e la firma dei Patti internazionali del 1966 sui diritti civili e politici, l'ONU si è inoltre impegnato nella difesa delle libertà individuali emanando diversi trattati per la tutela di specifici diritti civili (minoranze, minori, donne...)

Ad esempio, dopo la prima parziale Dichiarazione dei diritti delle persone disabili del 1975, il 13 dicembre 2006, al termine di quattro anni di negoziati, gli Stati membri dell'ONU hanno concluso un accordo sul testo della Convenzione sui diritti dei disabili nel mondo. Il documento presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite al fine di proteggere i diritti dei circa 650 milioni di persone con disabilità colma una grossa lacuna presente all'interno del diritto internazionale: tutti i governi che hanno ratificato il trattato sono tenuti a trattare le persone con disabilità come soggetti di legge aventi diritti ben definiti. Tale Convenzione, composta da 50 articoli, prende in esame i diritti delle persone con disabilità considerando i loro diritti civili e politici, l'accessibilità e la possibilità di partecipazione, il diritto ad educazione, salute, lavoro e protezione sociale. Introducendo un cambiamento di atteggiamento nella società la convenzione diventa mezzo indispensabile per permettere ai disabili di

raggiungere la piena eguaglianza, fornendo loro una protezione da discriminazioni e violazioni dei diritti umani. L'Italia ha ratificato tale Convenzione il 24 febbraio 2009. Tra le Agenzie delle Nazioni Unite impegnate nella tutela dei diritti civili va segnalato il ruolo dell'UNHCR, l'Alto Commissariato per i rifugiati politici. Esso ha sede a Ginevra ed è stato istituito nel dicembre del 1950 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite per soccorrere i profughi in Europa all'indomani della seconda guerra mondiale. Nel corso dei decenni seguenti, con l'aumentare del numero dei rifugiati in tutto il mondo, il suo mandato è stato rinnovato ed ampliato. Nei suoi primi 50 anni di attività l'UNHCR ha soccorso più di 50 milioni di persone ricevendo anche per due volte il Premio Nobel per la Pace, nel 1954 e nel 1981. Nel 2005 le persone che rientravano sotto la competenza dell'Alto Commissariato per i Rifugiati erano circa 19,2 milioni. Nel lungo e difficile cammino di unità politica del vecchio continente, l'impegno dell'Unione europea a favore dei diritti dei suoi cittadini trova la sua massima espressione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stipulato a Nizza nel dicembre del 2000. Per la prima volta si trovano riuniti in un unico documento tutti i diritti di cittadinanza europea, prima dispersi in vari strumenti legislativi, quali le legislazioni nazionali e le convenzioni internazionali del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite.

La Carta di Nizza, composta da 54 articoli, dedica ai diritti civili le prime due sezioni: Dignità e Libertà.

I sezione: dignità umana, diritto alla vita, diritto all'integrità della persona, proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, proibizione della schiavitù e del lavoro forzato);

II sezione: diritto alla libertà e alla sicurezza, rispetto della vita privata e della vita familiare, protezione dei dati di carattere personale, diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, libertà di pensiero, di coscienza e di religione, libertà di espressione e d'informazione, libertà di riunione e di associazione, libertà delle arti e delle scienze, diritto all'istruzione, libertà professionale e diritto di lavorare, libertà d'impresa, diritto di proprietà, diritto di asilo, protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione). Se sull'abolizione della pena di morte, come condizione necessaria per entrare a far parte dell'Unione, gli stati europei sono riusciti a trovare un accordo, ben più complessa e contraddittoria rimane la situazione della tutela di altri diritti civili come ad esempio il diritto di asilo politico per i rifugiati, i diritti dei carcerati o i diritti dei gay e delle lesbiche.

La Costituzione italiana

La Costituzione della Repubblica italiana si fonda sul "principio personalista" che garantisce a tutti i cittadini la tutela dei diritti inviolabili della persona e sul "principio di eguaglianza" il quale stabilisce l'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini. Tali principi sono il cuore dei diritti civili. La Repubblica italiana si impegna ufficialmente a riconoscere e a difendere quei diritti fondamentali dell'uomo sanciti dalla

Dichiarazione Universale del 1948. Il secondo articolo della Costituzione, ad esempio, afferma con forza che al centro dell'ordinamento giuridico italiano vi è la persona umana, portatrice di diritti individuali e sociali inviolabili. Questo articolo tutela i diritti civili della persona le principali libertà della persona (vita, pensiero, espressione, religione). Il cittadino non è più un individuo isolato ma è collocato in una dimensione di importanti relazioni sociali, all'interno di quali può sviluppare e arricchire la propria personalità. Le formazioni sociali ricoprono, infatti, un ruolo centrale nella crescita dell'individuo.

Il terzo articolo è considerato quello centrale di tutta la carta poiché esso influisce sull'intero corpo della Costituzione. Nella prima parte esso stabilisce con forza il principio di uguaglianza tra i cittadini di fronte alla legge. In primo luogo i costituenti, usciti dalla tragica esperienza della dittatura fascista e dalle persecuzioni durante la seconda guerra mondiale, hanno voluto eliminare ogni distinzione tra uomini: quelle di sesso, tra uomini e donne, e quelle di 'razza', tra etnie differenti. Inoltre, hanno voluto rimuovere ogni distinzione di carattere religioso, di opinione politica, e di condizione individuale e sociale. Ciò significa che di fronte alla legge dello Stato italiano tutti i cittadini hanno gli stessi diritti e doveri. In modo specifico nella costituzione italiana i diritti civili e le libertà fondamentali sono elencati negli articoli compresi sotto il Titolo I. Rapporti civili, art. dal 13 al 28 e sono **i classici diritti alla libertà personale (art. 13 e 16), di domicilio (art. 14), di comunicazione (art. 15), di riunione e associazione (art. 17 e 18), di libertà religiosa (art. 19 e 20) e di libertà di espressione (art. 21).**

La società civile

A partire dal Novecento sempre più la società civile e l'opinione pubblica ad essa connessa è diventata un soggetto centrale nella promozione e nella difesa delle libertà individuali; dalle lotte contro la segregazione razziale a quelle contro le discriminazioni sessuali. Oggi più che mai le organizzazioni non governative espressione della società civile possono ricoprire un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti civili.

Una delle principali violazioni dei diritti civili nel mondo è la tortura. Per combattere tale pratica sono attive parecchie organizzazioni non governative. L'Associazione umanitaria "Medici contro la Tortura" è una onlus nata dentro Amnesty International che raduna un gruppo di medici, psicologi, fisioterapisti, avvocati, operatori sociali che si prende cura delle vittime di tortura che hanno trovato rifugio in Italia. Il gruppo di volontari si è riunito nel 1999 per prestare assistenza medica, psicologica e sociale alle vittime della tortura provenienti da ogni parte del mondo. Inoltre 'Medici contro la Tortura' si occupa di documentare e denunciare il fatto che, in molti paesi, anche se solo ufficialmente tutte le nazioni si sono dichiarate avverse a tale pratica, la tortura sia ancora molto diffusa. Sensibilizzando l'opinione pubblica, le forze sociali e quelle

politiche circa la questione della tortura, cercano di attivare modalità di accoglienza, assistenza, cura ed inserimento per le vittime.

Il diritto civile della libertà di matrimonio subisce ancora oggi forti restrizioni e negazioni in molte aree del pianeta. Secondo le stime dell'International Center for Research on Women oggi nel mondo vi sono circa 60 milioni di bambine spose. I paesi in cui è maggiormente diffusa la pratica di dare in moglie bambine a uomini adulti e ad anziani sono il Niger, il Bangladesh, il Ciad, il Mali e l'India. Nonostante in tali stati la legge fissi il limite d'età per il matrimonio a 18 anni, le autorità politiche fanno poco o nulla per farla rispettare; i matrimoni con la bambine sono infatti celebrati alla luce del sole e nessuno degli adulti maschi è arrestato o almeno denunciato. Tali pratiche non sono legate ad una religione specifica; trovano posto tra la cultura tradizionale cristiana, mussulmana, animista e induista. Il lavoro delle Nazioni Unite procede tra mille lentezza a causa degli ostacoli politici.

Fortunatamente, però, si cominciano a scorgere segnali di fermento sia nell'opinione pubblica mondiale sia nelle società civili locali come testimonia la rivolta nell'autunno del 2008 in India, nel poverissimo distretto aricolo di Purulia, di alcune bambine che si sono rifiutate di sposarsi con gli uomini che le avevano acquistate. Tale ribellione ha messo in moto un importante movimento di coscienza tra le giovani donne indiane tanto da costringere il governo regionale del Bengala e quello nazionale di Nuova Dehli ad impegnarsi ufficialmente ad affrontare la drammatica questione. Infine, va ricordato che **tra i diritti civili maggiormente violati nel mondo vanno annoverati le discriminazioni di natura sessuale**. In molti paesi del mondo infatti vivere la propria identità lesbica, gay, bisessuale o transessuale viene visto come un non diritto. Secondo informazioni raccolte da Amnesty sono quattro i paesi che prevedono la pena di morte per omosessualità: Arabia Saudita, Sudan, Mauritania e Iran

8. Diritto alla vita e all'integrità fisica:

Il diritto alla vita ha, tra i diritti della personalità, una posizione preminente. La Costituzione protegge il diritto alla vita non solo sotto il profilo della sopravvivenza ma anche sotto il profilo della garanzia di una determinata condizione della vita umana (vengono, sotto questo profilo, in rilievo l'art. 4 della Cost. con il riconoscimento e la tutela del diritto al lavoro, l'art. 36 Cost. che fonda il diritto ad una retribuzione adeguata e proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato, nonché l'art. 38 Cost. relativo al riconoscimento di mezzi adeguati alle esigenze di vita).

Il diritto alla vita può essere compresso per ragioni di interesse pubblico come la difesa della Patria di cui all'art. 52 Cost. o per la necessità di salvaguardare un interesse preponderante: si pensi alle azioni lesive poste in essere per legittima difesa o in stato di necessità.

Il diritto alla vita deve essere mantenuto distinto dal diritto all'integrità fisica, che poi è un aspetto del più generale diritto alla salute. Mentre, infatti, il diritto alla vita è assolutamente indisponibile (con la conseguenza che il consenso del titolare del diritto non ha effetto scriminante), il diritto all'integrità fisica può formare oggetto di atti di disposizione purchè siano rispettati i vincoli di cui all'art. 5 del c.c. e, cioè, che gli atti di disposizione stessi non cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica e che non siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Il consenso a disporre, entro i limiti di cui all'art. 5 c.c., del proprio corpo può essere sempre revocato e gli atti di disposizione del corpo sono da considerare meri atti giuridici. Affinchè il consenso alla disposizione del corpo possieda efficacia scriminante sotto il profilo penale, è necessario che siano rispettati i limiti di cui all'art. 5 del c.c.

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono dunque gli atti con i quali un soggetto può acconsentire alla diminuzione, di regola temporanea, di parti del proprio corpo come, ad esempio, nel caso di trasfusioni di sangue ovvero non transitoria come, ad esempio, nel caso di donazioni o trapianti di organi o di mutamento di sesso. Rimangono al contrario vietati, di regola, gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

Le regole che disciplinano e limitano gli atti di disposizione del proprio corpo si applicano a ipotesi di una certa importanza, come nel caso di donazione o trasfusione di sangue, ma non concernono ipotesi ordinarie (come il taglio delle unghie o dei capelli). Possono invece riguardare ipotesi ancora più gravi e serie, come quelle delle donazioni o trapianti di organi o del mutamento di sesso, in cui la diminuzione o la modificazione del proprio corpo posseggono un carattere meno transitorio o addirittura permanente. In questi ultimi casi, per la loro gravità e serietà, la legge prevede ulteriori, specifici limiti e garanzie a tutela del soggetto che intenda disporre del proprio corpo sia in vita che per il caso di decesso.

Gli atti di disposizione del proprio corpo possono essere di regola esercitati da qualsiasi soggetto che possieda la capacità d'agire unitamente alla capacità d'intendere e volere. Il consenso del soggetto che autorizza atti di disposizione del proprio corpo non può mai essere presunto, ma deve essere reale, personale e consapevole, ed inoltre è sempre revocabile fino al momento dell'effettiva diminuzione della propria integrità fisica.

Un soggetto non può, di regola, prestare il proprio consenso nei confronti di quegli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, cioè di parti del proprio corpo, o che siano contrari alla legge,

all'ordine pubblico o al buon costume. La diminuzione permanente dell'integrità fisica può essere intesa:

- in senso anatomico-quantitativo, come una menomazione o alterazione permanente che incide su parti del corpo o comunque sull'integrità fisica più complessivamente intesa, comportando un indebolimento strutturale e stabile;
- in senso qualitativo, come una menomazione o alterazione permanente che incide in modo stabile sulla qualità della vita di relazione del soggetto.

Un soggetto può autorizzare una diminuzione non transitoria della propria integrità fisica soltanto in casi limitati, esplicitamente previsti e regolati da norme speciali, come in caso di donazioni o trapianti di organi (sia tra vivi che in caso di decesso) o di mutamento del sesso, che comportano menomazioni, alterazioni o modificazioni del proprio corpo di carattere permanente o che incidono in modo stabile sulla propria vita di relazione.

Nel caso in cui sia necessario procedere a un intervento medico che diminuisca o possa diminuire l'integrità personale di un soggetto, il medico deve necessariamente munirsi del consenso del paziente, salvo che si versi in stato di necessità (ad esempio, in pericolo di vita) e non consti un esplicito dissenso del paziente. In tal senso, il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte. Tuttavia, è necessario che il dissenso sia esplicito ed informato, cioè chiaramente documentabile e manifestato dopo che il paziente sia stato informato della gravità della propria situazione e dei rischi derivanti dal rifiuto delle cure.

La donazione di organi o tessuti tra viventi è regolata da norme speciali che specificano la disciplina generale degli atti di disposizione del proprio corpo. In particolare, la donazione di organi da vivente è regolata dalla legge n. 458 del 26 giugno 1967, che consente la donazione di rene tra viventi. Con la legge n. 483 del 16 dicembre 1999, è stata estesa la possibilità di donare parte di fegato. Con la legge 19 settembre 2012 n. 167, è stata estesa la possibilità per la donazione parziale di polmone, pancreas e intestino.

Il donatore deve possedere la capacità di agire, che si acquisisce con la maggiore età, unitamente alla capacità di intendere e di volere, e deve manifestare in modo espresso la propria volontà di donare organi o tessuti. Non tutti possono però donare: il donatore deve essere, di regola, un parente stretto, come un fratello, sorella, madre o padre. In casi particolari è possibile che il donatore sia il coniuge, purché legato con il donatario da un rapporto stabile e continuativo da almeno tre anni. La legge italiana stabilisce, inoltre, i casi e i modi in cui la donazione tra viventi è autorizzata anche al di fuori della donazione dedicata tra familiari: ciò può avvenire nei casi di donazione

cross over (trapianto incrociato tra coppie compatibili anonime e non legate da vincolo di familiarità o di coniugio) o di donazione samaritana (tra sconosciuti che donano per puro spirito di solidarietà).

In generale, il donatore di organi o di tessuti deve essere adeguatamente informato di tutti gli aspetti relativi alla donazione, prima di poterla effettuare. Le informazioni devono essere fornite da personale sanitario appositamente formato, capace di comunicarle in modo chiaro e adeguato, rispondendo alle domande del donatore. Tali informazioni concernono lo scopo e la natura del prelievo, le conseguenze ed i rischi, gli esami effettuati, la possibilità di successo del trapianto, la registrazione e la protezione dei dati dei donatori, l'obbligo di riservatezza medica e lo scopo terapeutico.

I donatori hanno inoltre il diritto di essere informati dei risultati degli esami e deve essere definita la modalità per la comunicazione di eventuali risultati positivi dei test effettuati per escludere malattie infettive trasmissibili. Deve essere infine documentata la volontà di donare manifestata dal donatore, con particolare riferimento allo scopo per cui tessuti o cellule saranno utilizzati ovvero al caso in cui verranno eliminati in mancanza del loro utilizzo.

Per quanto attiene alla protezione della privacy e alla tutela dei dati personali, devono essere adottate tutte le misure necessarie per assicurare che tutti i dati raccolti, comprese le informazioni genetiche e quelle alle quali abbiano accesso terzi, siano resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili.

L'effettiva donazione di organi o tessuti è subordinata all'accertamento della idoneità generale del donatore basata sulla valutazione della storia medica, dello stato clinico, dell'esame fisico e dei risultati dei test effettuati sul donatore. Devono inoltre essere valutate le motivazioni del donatore, il suo grado di consapevolezza e la formazione di un consenso libero ed informato, nonché la sua sussistenza al momento del prelievo, dal momento che il consenso già prestato può essere ritirato in qualsiasi momento antecedente all'effettivo prelievo.

La legge stabilisce che il candidato al trapianto e il potenziale donatore hanno diritto ad assentarsi dal lavoro con permessi retribuiti dal proprio datore di lavoro per l'effettuazione degli accertamenti e/o ricoveri certificati come necessari sia nella fase di pre-prelievo, sia del trapianto, sia nei casi di eventuali complicanze post-operatorie anche a distanza di tempo dal trapianto. Per poter usufruire dei permessi è necessario che gli accertamenti e/o ricoveri siano prescritti dal centro trapianti o dai servizi ad esso collegati ed eseguiti presso le strutture del Sistema sanitario nazionale o da esso accreditate. Tale norma equipara inoltre i donatori di organi, rene o fegato, ai donatori

di sangue regolamentati dalla legge 584/1967, che stabilisce che il lavoratore dipendente che dona sangue gratuitamente ha diritto ad un permesso retribuito.

La donazione di organi o tessuti in caso di decesso è regolata da norme speciali che specificano la disciplina generale degli atti di disposizione del proprio corpo. La legge stabilisce che il cittadino maggiorenne può decidere, nel corso della propria vita, se donare o meno i suoi organi in caso di morte:

- in caso di assenso espresso del soggetto alla donazione dei propri organi, questi possono essere prelevati a scopo di trapianto, qualora sussistano determinati presupposti clinici che consistono

- (a) nell'accertamento della morte del soggetto (si può parlare di morte clinicamente accertata con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo) e

- (b) nell'accertamento dei caratteri immunogenetici del donatore;

- in caso di dissenso documentato del soggetto alla donazione dei propri organi, tale soggetto non può essere preso in considerazione come donatore in caso di morte;

Allo stato attuale, nel caso in cui il soggetto non si sia espresso né in senso affermativo né in senso negativo circa la volontà di donare i propri organi, al momento della possibile donazione sono chiamati a decidere i parenti più prossimi (il coniuge, il convivente more uxorio, i figli maggiorenni, i genitori). Allorché entreranno in vigore i regolamenti di attuazione della normativa definitiva, il soggetto che non si è espresso in vita né a favore né contro la donazione di organi sarà considerato donatore (in omaggio alla regola del "silenzio-assenso");

In caso di soggetti minorenni, decidono i genitori o i legali rappresentanti. Per esprimere il proprio consenso e diventare un potenziale donatore di organi non è necessario sottoporsi ad alcun accertamento medico preventivo. E' però necessario, nel regime giuridico attuale, esprimere esplicitamente il consenso con una delle seguenti modalità

- tramite dichiarazione di volontà riportata nel tesserino blu inviato dal Ministero della Sanità nel maggio 2000 da portare sempre con sé;

- tramite registrazione della propria volontà effettuata presso gli appositi sportelli delle Aziende Sanitarie Locali e dei Comuni;

- tramite dichiarazione di volontà alla donazione di organi e tessuti scritta in carta libera che riporti nome, cognome, data e luogo di nascita, data e firma;

- tramite tessera o atto olografo dell'A.I.D.O. (Associazione Italiana Donatori di Organi).

Gli accertamenti medici che sono necessari per la donazione di organi sono eseguiti solo in caso di morte. Infatti, la presenza di gravi patologie (come in caso di malattie infettive, renali, diabete o tumori) possono compromettere o escludere l'idoneità alla donazione. Gli accertamenti medici utili a riscontrare tale idoneità sono dunque disposti soltanto in seguito al decesso del potenziale donatore.

La legge stabilisce inoltre in modo tassativo che le donazioni di organi di donatori viventi e deceduti sono volontarie e non remunerate. Il reperimento di organi non può mai essere effettuato a fini di lucro. Allo scopo, è vietata ogni forma di intermediazione riguardante la richiesta o la messa a disposizione di organi che abbia fini di lucro o miri al conseguimento di un analogo vantaggio. E' parimenti vietata ogni forma di pubblicità che abbia le medesime finalità.

Gli organi che si possono prelevare e trapiantare sono i reni, il fegato, il cuore, il pancreas, i polmoni e l'intestino, mentre per ciò che attiene ai tessuti sono le cornee, il tessuto osseo, le cartilagini, i tendini, la cute, le valvole cardiache ed i vasi sanguigni.

Con riferimento al diritto all'integrità fisica, si discute se gli atti di disposizione vietati siano solo quelli nei confronti dei terzi o anche gli atti volontari di disposizione del proprio corpo che non abbiano come destinatari terzi soggetti (si pensi allo sciopero della fame, all'autosperimentazione scientifica alla sterilizzazione volontaria). In ogni caso gli atti di disposizione del corpo non devono causare diminuzioni permanenti dell'integrità fisica salvo che siano rivolti alla tutela della salute (anche psichica) dell'individuo e non debbono essere contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

Con riferimento all'eccedenza del limite del buon costume vanno menzionate le problematiche relative all'ingegneria genetica ed alla medicina riproduttiva. Al riguardo, la L. n. 40 del 19 febbraio 2004 vieta il ricorso a tecniche di inseminazione di tipo eterologo e, in caso di violazione di tale divieto, impedisce alla madre di mantenere l'anonimato ed al coniuge o al convivente che, anche per fatti concludenti abbia prestato il consenso, di disconoscere la paternità.

9. Il testamento biologico

La legge n. 219 del 22 dicembre 2017 sul c.d. "biotestamento" (detto anche "testamento biologico") disciplina il consenso libero ed informato e le DAT - disposizioni anticipate di trattamento, e cioè le libere manifestazioni di volontà espresse dal paziente o comunque dalla persona in ordine alle proprie decisioni in materia di informazione sul proprio stato di salute, sugli accertamenti diagnostici e

sui trattamenti sanitari. Non prevede, invece, la disciplina di nessuna forma né di suicidio assistito, né di eutanasia. La legge è in vigore dal 31 gennaio 2018.

Il consenso libero e informato è una manifestazione di volontà con la quale ogni persona capace di agire fa valere il diritto a che un trattamento sanitario possa essere cominciato e o continuato solo con il proprio consenso, espresso o rifiutato eventualmente anche tramite un familiare o persona di fiducia appositamente incaricata dal paziente. Il consenso libero ed informato prevede che ogni persona maggiore di età e capace di intendere e di volere abbia il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile da parte del medico riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Il paziente può, pertanto, esprimere la propria volontà di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico. Ha, altresì, il diritto di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni inerenti le proprie condizioni di salute e le cure e se lo ritiene opportuno può indicare i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece.

Può, infine, revocare in ogni momento il consenso prestato, con le stesse forme con le quali lo ha espresso, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento.

Anche la persona minore di età o incapace ha il diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo comprensibile rispetto alle sue capacità di apprendimento affinché sia messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà a riguardo, volontà di cui si deve tenere conto, ma in tali ipotesi il consenso informato al trattamento è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore. Nel caso della persona interdetta, questa deve essere sentita, ma il consenso viene espresso o rifiutato dal tutore. Nel caso della persona inabilitata, il consenso è espresso dalla persona stessa, ma qualora a suo beneficio, per l'assistenza in ambito sanitario, sia stato nominato un amministratore di sostegno, il consenso è espresso o rifiutato anche o solo da quest'ultimo, tenendo comunque conto della volontà del beneficiario. Il consenso informato è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentono di comunicare. In qualunque forma espresso, come anche la sua revoca, o qualsiasi altra successiva manifestazione di volontà espressa dal paziente, vengono inserite nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico. Ai fini della legge sul consenso informato sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e

l'idratazione artificiale, poiché somministrazioni di nutrienti su prescrizione medica, che dunque possono essere rifiutati o interrotti in base alla volontà del paziente.

Il medico, se il paziente rinuncia o rifiuta i trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, deve:

- prospettare al paziente, e se questi, acconsente ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le le possibili alternative;
- sostenere il paziente anche con l'aiuto di uno psicologo;
- rispettare la volontà del paziente;
- non acconsentire alla richiesta di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali
- assicurare le cure necessarie nelle situazioni di emergenza o di urgenza, nel rispetto della volontà del paziente se recepitibile;
- alleviare le sofferenze garantendo sempre una appropriata terapia del dolore;
- in caso di malato in fase terminale, astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

Il medico può:

- in caso di malato in fase terminale o per quei malati sui quali non hanno effetto altre terapie antidolorifiche, fare ricorso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

In previsione di una possibile sopraggiunta incapacità di autodeterminarsi e comunque di comunicare, allorché una persona voglia essere certa che in futuro siano note le proprie preferenze circa l'assistenza sanitaria a cui acconsentire oppure no, la legge prevede che possa esprimere le proprie convinzioni tramite la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento, le cd. DAT.

Le DAT rappresentano l'espressione della volontà attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di una sua futura incapacità a comunicare e comunque di autodeterminarsi, formula per iscritto e anticipatamente le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e ai singoli trattamenti sanitari. Tramite le DAT si può anche indicare una persona di fiducia, detta fiduciario, che ne faccia le veci e rappresenti il disponente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.

Il fiduciario deve essere persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo che è allegato alle DAT stesse. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT.

L'incarico può essere revocato in ogni momento con le stesse modalità della nomina e senza obbligo di motivazione. Il fiduciario deve rappresentare le decisioni prese dal disponente nel momento in cui questi non sia più in grado di esprimersi.

Può rinunciare alla nomina con atto scritto che è comunicato al disponente.

Può dare il suo consenso al medico perché disattenda le DAT, solo allorché appaiano assolutamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, che possano però offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. La legge prevede che nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o divenuto incapace, le DAT mantengano efficacia in merito alle volontà del disponente. Se necessario, il giudice tutelare nomina un amministratore di sostegno.

Le DAT possono essere scritte a mano, al computer o in caso di disabilità possono essere videoregistrate. Devono essere redatte davanti a un pubblico ufficiale, un notaio o in presenza di un medico del Servizio Sanitario Nazionale. Sono esenti da qualsiasi tipo di imposta, tributo o tassa e dall'obbligo di registrazione. Con le stesse forme possono essere rinnovate, modificate o revocate in ogni momento. Nelle regioni dotate di modalità telematiche per la gestione dei dati sanitari, possono essere inserite in una banca dati compresa l'indicazione del fiduciario.

Il medico è tenuto al rispetto delle DAT ed anche se non vi siano deve rispettare la volontà del malato. Può disattenderle in tutto o in parte, in accordo con il fiduciario, qualora siano state, nel tempo intercorrente tra la redazione delle DAT e la situazione attuale, scoperte nuove terapie che possano offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del malato, terapie di cui questi, al momento della predisposizione delle DAT, non era a conoscenza. Se vi è un conflitto tra il medico e il fiduciario la decisione è rimessa al giudice tutelare.

Il medico può far valere l'obiezione di coscienza e, dunque, rifiutarsi di fare ciò che il paziente abbia richiesto, ma in tale caso l'ospedale deve trovare un medico che al suo posto garantisca il rispetto della volontà del malato.

10. IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE

di Edoardo C. Raffiotta *

Il diritto all'identità personale si trova al centro di un crocevia sul quale convergono gli interessi di diversi settori della riflessione scientifica odierna (sociologia, antropologia, filosofia, psicologia, informatica, scienza delle Comunicazioni, genetica, medicina, biologia). Il tema comune, infatti, è quello di comprendere il modo in cui l'individuo considera e costruisce se stesso come membro di determinati gruppi sociali: nazione, classe sociale, livello culturale, etnia, genere, professione, e così via. Se si vuole, nell'ambito giuridico – anche se in modo restrittivo ed improprio – si potrebbe definire l'identità come “l'immagine” che la società ha dell'individuo, la proiezione sociale della sua personalità. Eppure come potrebbe eccepire Luigi Pirandello – parafrasando il suo celebre *Uno nessuno, centomila* – l'immagine di una persona è il modo con cui essa è vista dagli altri, ma non vi saranno mai due soggetti che vedono la persona allo stesso modo (così pure A. FALZEA, 1985, p. 89).

Anche a tali considerazioni è dovuta, probabilmente, la difficoltà – negli scorsi decenni – di circoscrivere nell'ordinamento italiano l'oggetto del diritto all'identità personale e conseguentemente dare un fondamento giuridico alla sua tutela.

All'interno dell'ordinamento giuridico trovano garanzia esplicita gli elementi principali di individuazione della persona, quali il nome e l'immagine.

L'identificazione della persona, infatti, presuppone sempre la sua individuazione.

Il nome è un istituto giuridico composto dal prenome e dal cognome e risponde alla duplice esigenza, da un canto di consentire all'individuo di distinguersi dagli altri soggetti, soddisfacendo l'interesse privato dell'identità personale, dall'altro di assicurare allo stesso ordinamento l'interesse pubblico di distinguere tra loro i consociati (DE CUPIS, 1949, p. 18).

Come noto, il nome trova disciplina e tutela negli articoli 6 - 9 del codice civile, nonché all'art. 22 della Costituzione. Se il codice civile all'art. 6 in positivo dispone che ogni persona ha diritto al nome, la Costituzione repubblicana all'art. 22 assicura in negativo che “nessuno può essere privato, per motivi politici, del nome”.

L'immagine è invece un mezzo identificativo innato, essa descrive l'insieme delle sue fattezze in misura e maniera tale da poterla riconoscere. Ciò che circola è la sua riproduzione e, pertanto, ad essa è assicurata la tutela del legislatore all'art. 10 c.c., la quale norma dispone che l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, possa disporre che cessi l'abusivo utilizzo nonché il risarcimento dei danni, qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o

pubblicata fuori dei casi consentiti dalla legge, ovvero sia derivato pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa (DOGLIOTTI, 1979, p. 547).

Ovviamente, salvo approfondire nel prosieguo, il nome e l'immagine non sono i soli elementi di individuazione della persona, infatti anche altri dati della (o connessi alla) persona potrebbero consentire l'identificazione, soprattutto a seguito dell'evoluzione tecnologica. Basti pensare alla voce, alle impronte digitali, ai dati c.d. biometrici, alla firma digitale, allo user name o ai c.d. dati di riconoscimento informatici, ai numeri di matricola e ai codici attribuiti dalle pubbliche amministrazioni (codice fiscale, codice sanitario ecc.). Anche essi permettono il raggiungimento dell'obiettivo e cioè l'individuazione inequivoca della persona (RESTA, 2007, pp. 511 ss.).

Tuttavia, ancora oggi, il nome e l'immagine rappresentano i principali strumenti di identificazione, non solo perché quelli tradizionali e più diffusi, ma anche perché i più evidenti, ovvero i più facili da far circolare. Mentre i dati biometrici richiedono procedure complesse al fine di memorizzarli e farli circolare, i codici e i numeri di matricola restano per lo più segreti; al contrario il nome e

l'immagine sono esposti, spesso di facile reperimento e quindi circolazione. Si pensi, ad esempio, alla facilità con cui un nome ed un'immagine circolano

attraverso internet. Basta inserire un nome all'interno di un motore di ricerca per rinvenire l'immagine o una serie di informazioni, inerenti ad una persona, relative a professione, attività, interessi e altro ancora, spesso, senza che (tra l'altro) il titolare abbia preventivamente ed espressamente autorizzato la diffusione di tali informazioni.

Anche sulla base di tali considerazioni, soprattutto nell'attuale contesto, l'identità personale non si limita all'esigenza di identificazione della persona; conseguentemente la sua tutela non può essere circoscritta al nome, all'immagine e agli altri mezzi di individuazione (cfr. MODUGNO, 1995, p. 14).

In questa sede, quindi, non verrà trattato il tema dello sfruttamento abusivo del nome e dell'immagine – su cui insiste una copiosa giurisprudenza (cfr. ALPA, 1996, pp. 321 ss.) (VEDI OLTRE) – il quale è un argomento legato appunto alla tutela dei segni di identificazione e pertanto di interesse della dottrina civilistica. Piuttosto, l'attenzione deve essere focalizzata sulla situazione giuridica dell'identità personale, come elemento caratterizzante della persona e quindi strettamente connesso alle garanzie costituzionali della tutela dei diritti fondamentali. È necessario considerare, infatti, che ad un nome nonché all'immagine collegata (di uno scienziato, di uno sportivo, di un personaggio pubblico o di un cittadino qualsiasi) corrispondono una serie di attività, idee ed esperienze, che esprimono convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano e, al tempo stesso, qualificano l'individuo. Vi è, quindi, l'esigenza di dare un'interpretazione maggiormente estensiva della fattispecie del

diritto all'identità personale e non confonderla con la più limitata – seppur connessa – disciplina del diritto al nome o di quello all'immagine, che attengono all'identificazione. L'identità personale descrive il complesso della personalità che differenzia un individuo da tutti gli altri. Pertanto, elementi costitutivi sono tutti quegli elementi che consentono di individuare e distinguere una persona all'interno della collettività (BAVETTA, 1970, 956).

2. Nascita ed evoluzione del diritto all'identità personale: enucleazione dottrinale ed evoluzione giurisprudenziale

Determinante e prezioso è stato il contributo della dottrina nell'enucleazione ed evoluzione del diritto all'identità personale. Risale al 1905 l'opera di Nicola Stolfi dedicata a "I segni di distinzione personali", oggetto della quale ovviamente non era il diritto all'identità personale, bensì i segni di distinzione quali cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari, simboli araldici. Si iniziava a profilare il concetto di identità della persona, nel senso di identificabilità nonché unicità dell'individuo. È, però, con Adriano De Cupis ed il suo studio su "Il diritto all'identità personale" (1949) che inizia a prendere forma l'esigenza di tutela, non solo dei singoli segni distintivi della persona, bensì anche di un più ampio diritto con una sua fattispecie autonoma direttamente connessa alla tutela della persona.

L'ingresso del diritto all'identità personale all'interno dell'ordinamento giuridico e la specificazione della sua fattispecie, però, sono dovuti all'opera dei giudici di merito e legittimità, nonché della Corte costituzionale che hanno stimolato un effettivo riconoscimento normativo da parte del legislatore, riconoscimento che è arrivato solo dopo più di venti anni dalla sua concreta tutela giurisprudenziale attraverso la legge 31 dicembre 1996 n. 675, la quale, a dir il vero, si è limitata – all'interno della più generale disciplina sul trattamento dei dati personali – a menzionare il diritto all'identità personale, ma non a definirne l'oggetto.

Al di là delle menzionate riflessioni teoriche, l'esigenza di identificazione del diritto all'identità personale nasce nella giurisprudenza al fine di rinvenire una tutela a situazioni di fatto, che pur interessando l'identità personale non consentivano direttamente attraverso la menzionata normativa del codice civile (artt. 6 - 10) o della legge 8 febbraio 1948 n. 47 in materia di stampa – in particolare art. 8 inerente alla rettifica di informazioni false o non corrette – di assicurare un'effettiva tutela del singolo.

Proprio con l'evoluzione delle tecniche di diffusione delle immagini e del nome – attraverso la stampa o le affissioni pubblicitarie, nonché in seguito la radiotelevisione – è emersa, con sempre maggiore importanza, l'esigenza di dare copertura ad interessi che l'ordinaria normativa non riusciva a tutelare.

La prima pronuncia che ha riconosciuto espressamente il diritto all'identità personale è quella della Pretura di Roma del 6 maggio 1974 (in *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 514). Tale decisione è intervenuta a seguito del ricorso di un uomo ed una donna i quali lamentavano che, senza saperlo, una loro immagine era stata utilizzata in un manifesto di propaganda del Comitato nazionale per il referendum sul divorzio, al fine di sostenere il voto a favore del referendum. I ricorrenti rilevavano come la foto che riproduceva la loro immagine era stata prodotta in un contesto e per finalità del tutto estranee (un concorso fotografico) da quelle politiche del Comitato referendario. Ai sensi dell'art. 10 del c.c. il giudice ordinario riconosceva la tutela per l'utilizzo abusivo dell'immagine rilevando che costituisce violazione del diritto all'immagine l'affissione di un manifesto per la propaganda a favore dell'abrogazione della legge sul divorzio, nel quale sia ritratta l'immagine di persone che avevano prestato il consenso alla pubblicazione della loro immagine molti anni addietro e per una utilizzazione con finalità diverse da quella perseguita con la pubblicazione e affissione del manifesto (c.n.).

Il Pretore romano, però, non si è limitato a garantire semplicemente l'immagine dei ricorrenti utilizzata abusivamente, ma si è spinto oltre, assicurando tutela anche agli interessi dei ricorrenti lesi dall'accostamento delle finalità politiche del manifesto alle opinioni dei soggetti raffigurati, i quali avevano eccepito espressamente di avere opinioni in favore del divorzio e pertanto opposte a quelle sostenute dal messaggio del manifesto di propaganda. A tutela di tali interessi il giudice rilevava che costituisce violazione del diritto all'identità personale, inteso quale diritto a non vedere travisare la propria personalità individuale, l'affissione di un manifesto per la propaganda a favore dell'abrogazione della legge sul divorzio, nel quale sia ritratta l'immagine di persone che, pur essendo fautori dell'istituto del divorzio, vengano fatti apparire quali esponenti abrogazionisti. Nell'ipotesi di travisamento della personalità individuale può, con provvedimento d'urgenza, ordinarsi la pubblicazione su organi di stampa, di un comunicato tendente a ristabilire la verità (c.n.).

Il giudice ordinario non si è preoccupato molto di argomentare nel merito il fondamento giuridico dell'identità personale, piuttosto ha avuto premura di garantire in concreto interessi che seppur non espressamente disciplinati dal legislatore, potevano essere ritenuti meritevoli di tutela, analogamente a quei beni giuridici che identificano la persona come il nome, l'immagine, l'onore e la reputazione (PINO, 2003, p. 67).

I due estratti riportati, infatti, sembrano mettere in luce la volontà del Pretore di distinguere la tutela del semplice diritto all'immagine da quella all'identità personale. Nelle motivazioni del provvedimento, centrale è il ruolo che assume la "verità sulla persona". La necessità di tutelare ipotesi – come quelle oggetto del provvedimento

menzionato – in cui l'immagine di una persona venga collegata (anche solo indirettamente) a “idee” che non gli appartengono, che non ha mai sostenuto o difeso.

La ricordata pronuncia sembra acquistare maggiore rilevanza se contestualizzata all'interno dell'orientamento giurisprudenziale in materia, sino a quel momento affermatosi, e che potrebbe essere riassunto con la sentenza della Corte di cassazione, 13 luglio 1971, n. 2242, nella quale – in un caso analogo a quello deciso dalla Pretura di Roma nel 1974 – veniva ricordato che nel nostro sistema nessuna norma, o complesso di norme, prevede, neppure implicitamente, una situazione di diritto soggettivo che abbia come contenuto il potere di pretendere sempre ed in ogni caso il rispetto della verità storica.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, la tutela di quella che è stata definita la “verità storica” di una persona avrebbe trovato garanzia come diritto soggettivo non tout court, bensì solo indirettamente qualora avesse leso valori giuridicamente rilevanti o nel caso in cui vi fosse stata una previsione legislativa espressa.

Per tale motivo la giurisprudenza della Pretura di Roma non venne recepita in breve tempo. In tal senso significativi sembrano i due identici ricorsi decisi in modo opposto – in sede d'urgenza – nello stesso anno da due giudici differenti.

Sempre all'interno della propaganda per il referendum sul divorzio, il Partito comunista ricorreva contro frasi estrapolate da parte del Comitato per il referendum sul divorzio relative ad alcuni discorsi di Palmiro Togliatti, suscettibili di far credere all'elettorato che il menzionato Partito fosse contrario al divorzio. A tale istanza, la Pretura di Roma, con decisione del 7 maggio 1974 (in *Il Foro italiano*, 1974, c. 3227), riconosceva tutela all'istante, dichiarando illecita la riproduzione di frasi volutamente incomplete e con intento illecito, che miravano a ledere l'identità, questa volta, non di una persona, bensì comunque di un soggetto giuridico quale appunto un Partito.

Al contrario la Pretura di Pontedera per la stessa istanza, con decisione 10 maggio 1974 (in *Il Foro italiano*, 1975, c. 491), in linea con la richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione del 1971, non riteneva che la condotta del Comitato referendario dovesse essere suscettibile di tutela, perché non lesiva di alcun diritto soggettivo. Nelle argomentazioni di tale giudice, infatti, veniva enfatizzato che i diritti soggettivi sono tipici, e, pertanto, nel caso di specie mancava la previsione di un diritto soggettivo di un partito politico a che non venisse manipolato il pensiero di un proprio leader. Anzi la censurata condotta avrebbe trovato tutela all'interno dell'art. 21 Cost. come esercizio del diritto di manifestazione del pensiero.

Tuttavia, con le richiamate pronunce emesse dalla Pretura di Roma nel 1974, si è inaugurato sicuramente un filone giurisprudenziale che negli anni successivi verrà

sempre più consolidato, enucleando, prima, e specificando, successivamente, oggetto e disciplina del diritto all'identità personale (PINO, 2003, pp. 69 ss.).

Di particolare interesse – soprattutto per il contributo dato nella definizione del fondamento normativo del diritto all'identità personale – sono le sentenze che in tutti i gradi di giudizio hanno deciso il cosiddetto “caso Veronesi”.

Un noto oncologo professor Umberto Veronesi, aveva rilasciato un'intervista nella quale spiegava – per mezzo di dati statistici e con precise indicazioni eziologiche – il rapporto fra il fumo e alcuni tipi di tumore maligno e proponeva di contrastare il fenomeno con azione educativa rivolta soprattutto ai giovani, anche attraverso il divieto di pubblicità delle sigarette. All'interno di tale intervista la giornalista chiedeva se fosse vero che esistessero delle sigarette innocue. Il professore spiegava che effettivamente alcune tipologie di sigarette (cosiddette *less harmful cigarettes*) erano meno nocive delle altre, ma concludeva dicendo “tutto certamente sarebbe più semplice se la gente si convincesse a non fumare”. Nonostante il tenore scientifico dell'intervista del professor Veronesi ed il chiaro intento di inviare un messaggio sulla pericolosità del fumo, una società produttrice di tabacco (Austria Tabakwerke) pubblicava sulla stampa periodica un inserto di pubblicità per promuovere la vendita di una determinata marca di “sigarette leggere” nel quale era inserita la seguente proposizione “secondo il prof. Umberto Veronesi – direttore dell'Istituto dei tumori di Milano – questo tipo di sigarette riducono quasi della metà il rischio del cancro”. La pubblicità mirava a dare risalto alla parte dell'intervista summenzionata in cui il professor Veronesi osservava che le “sigarette leggere” erano meno nocive delle altre, ometteva, però, di chiarire che al di fuori di ogni dubbio il professore aveva ribadito la pericolosità anche di tali sigarette e più in generale esortava a non fumare. A seguito di tale pubblicità, sia Veronesi, sia l'Istituto dei tumori di Milano, ricorrevano al Tribunale di Milano al fine di chiedere la tutela, non solo dell'immagine e del nome del professore, ma anche del suo diritto alla c.d. identità personale. Tutela che, seppur in forza di argomentazioni giuridiche differenti, veniva riconosciuta in tutti i gradi di giudizio. Invero, in primo (Tribunale di Milano sentenza 19 giugno 1980) ed in secondo grado (Corte d'appello di Milano sentenza 2 novembre 1982) la tutela del diritto all'identità personale veniva riconosciuta attraverso un'interpretazione estensiva del diritto al nome ex artt. 6 e 7 cc. Il Tribunale di Milano infatti rilevava che Secondo un primo significato di immediata percezione interpretativa è fatto lesivo per l'uso indebito del nome altrui l'uso posto in essere da chi non ha diritto a quel nome per confondersi con chi ne ha diritto con il risultato di imputare a quest'ultimo comportamenti o affermazioni che non lo riguardano: circostanza questa pregiudizievole per ciò solo che inquina – per così dire – i dati oggettivi sulla base dei quali si forma la rappresentazione esterna della personalità di un soggetto.

Ma questo significato non è certamente il solo che si trae dalla norma circa la definizione del fatto lesivo, ben potendo accadere che il nome altrui sia usato non per identificare persona diversa dal titolare ma per coinvolgere il titolare del nome in situazioni che falsano la rappresentazione esterna della sua persona. (...)

Sembra superfluo a questo riguardo disquisire sulla distinzione fra tutela dei diritti della personalità e tutela del diritto al nome, dato che – comunque – la salvaguardia dell'identità personale, rispetto alla quale il nome come segno di identificazione svolge una funzione strumentale, attiene pur sempre alla personalità come insieme di elementi che concorrono a formare l'immagine che una persona offre di sé alla collettività.

Di conseguenza la pubblicità volta ad attribuire un'idea che contrastava con quella da sempre sostenuta dal professor Veronesi ha costituito un fatto lesivo, in tale pronuncia (confermata anche nelle motivazioni in appello). Si è riconosciuto così il diritto all'identità personale come la garanzia affinché il nome di una persona fisica sia considerato come il “simbolo dell'intera personalità dell'individuo morale, intellettuale e sociale”. L'uso del nome altrui doveva considerarsi illecito quando fosse tale da incidere negativamente sulla personalità del soggetto identificato.

Tra le numerose pronunce emesse dal 1974 in poi, le menzionate decisioni di primo e secondo grado, però, servono, soprattutto, al fine di introdurre la sentenza della Corte di Cassazione 22 giugno 1985, n. 3769, che concludendo il “caso Veronesi”, ha dato uno dei principali contributi nella definizione del diritto all'identità personale.

Tale pronuncia, infatti, confermando le conclusioni a cui erano giunti i giudici di merito, ribadendo la lesione del diritto all'identità personale del Veronesi, muta l'orientamento sino ad allora vigente della Corte di cassazione (in particolare si ricorda la citata Cassazione 13 luglio 1971, n. 2242), che, come notato, tutelava il diritto all'identità personale solo nel caso coincidesse con la tutela di una fattispecie espressamente prevista dalla legge.

La novità della decisione della Cassazione è stata quella di specificare un fondamento giuridico preciso all'identità personale, distaccando la tutela di tale diritto dalla fattispecie del diritto al nome ed all'immagine, configurando, piuttosto, un oggetto autonomo di diritto della personalità direttamente garantito dalla Costituzione. Del resto, secondo la Corte, impropri erano anche gli accostamenti del diritto all'identità personale alla fattispecie del diritto alla riservatezza (come Cassazione 27 maggio 1975, n. 2129), perché, mentre il primo assicura la fedele rappresentazione alla propria proiezione sociale, il secondo, invece, la non rappresentazione all'esterno delle proprie vicende personali non aventi per i terzi un interesse socialmente apprezzabile.

La Cassazione si è discostata dall'orientamento del passato per cui il diritto all'identità personale doveva essere tutelato solo in quanto rientrante nella fattispecie di altri diritti come il nome, l'immagine, la riservatezza. Infatti, in ipotesi come quella del "caso Veronesi", leso non è stato il nome o l'immagine o l'onore dell'individuo, bensì l'interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale. Questo diritto all'identità personale non può trovare fondamento nelle forme degli art. 7 e 10 c.c. in quanto in sede interpretativa non si può alterare il contenuto normativo dell'art. 7 e dell'art. 10 oltre i limiti consentiti dallo strumento dell'interpretazione estensiva e non si possono attribuire alle due norme una portata innovativa incompatibile con la loro struttura. Infatti, i segni distintivi identificano il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale e l'immagine evoca le mere sembianze fisiche della persona; l'identità rappresenta, invece, una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni.

Di conseguenza, secondo la Corte, la disciplina inerente alla sua tutela avrebbe potuto dedursi per analogia dalle norme che tutelano beni collegati all'identità come il diritto al nome (art. 7 c.c.), consentendo al soggetto, che subisce una lesione pregiudiziale alla sua identità personale la possibilità di chiedere in sede giudiziale la cessazione del fatto lesivo ed il risarcimento del danno, nonché ottenere dal giudice l'ordine di pubblicazione della sentenza.

La Corte, inoltre, ha individuato il fondamento normativo del diritto all'identità personale direttamente nell'art. 2 della Costituzione. Infatti, osservava che il fondamento giuridico positivo della tutela che si avverte l'esigenza di assicurare all'interesse dell'intangibilità dell'identità personale debba individuarsi, conformemente ad un indirizzo di dottrina che va sempre più diffondendosi, nell'art. 2 Cost., il quale dispone che «la repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità ».

Il diritto all'identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e

solidificandosi. Si tratta di un interesse essenziale, fondamentale e qualificante della persona e la finalità dell'art. 2 Cost. è proprio quella di tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi di essere essenziali.

La Cassazione ha fatto sua la tesi di quella dottrina che aveva inteso l'art. 2 della Costituzione come una fattispecie "aperta", che non si limitava soltanto a riepilogare i diritti fondamentali espressamente menzionati nel testo costituzionale, bensì essa costituiva una clausola aperta e generale di tutela del libero ed integrale svolgimento della persona umana, idonea di conseguenza ad includere ed assicurare tutela a nuovi interessi emergenti ed essenziali della persona (BARBERA, 1975, 50 ss.).

3. Il fondamento costituzionale del diritto all'identità personale e la conferma della Corte costituzionale

La "dignità costituzionale" del diritto all'identità personale rilevata dalla giurisprudenza ordinaria e in particolare dalla Corte di cassazione nel "Caso Veronesi" era già stata sostenuta anche in dottrina (PIZZORUSSO, 1981, p. 29). A tale lettura, però, sin da subito, si erano opposti alcuni autori, non solo perché in dissenso con la tesi sulla fattispecie "aperta" dell'art. 2 Cost. – attraverso la quale dare tutela a nuove istanze ed interessi che non fossero espressamente disciplinati in Costituzione (BARILE, 1984, p. 53) – bensì anche per il timore che attraverso tale utilizzo dell'art. 2 Cost. venissero lesi altri diritti fondamentali espressamente garantiti come il diritto di cronaca ai sensi dell'art. 21 Cost. (PACE, 1981, p. 36).

In particolare, secondo quest'ultima dottrina, la tutela del diritto all'identità

personale si poteva individuare solo in negativo attraverso la stesso art. 21 Cost. Infatti, la Costituzione non sembra aver previsto un diritto alla "verità" tutelato in positivo; semmai, il divieto di affermare il falso o di pregiudicare l'altrui onore, che costituiscono limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, ma non sono situazioni giuridiche soggettive autonome (PACE, 1981, p. 38, nello stesso senso, più di recente, PACE, 2003, pp. 112 e 113).

Del resto, per diversi anni, a favore della fattispecie "chiusa" dell'art. 2 Cost. era stata anche la Corte costituzionale (sentenze nn. 11/1956, 29/1962, 1, 29 e 37/1969, 102 e 238/1975, 98/1979), che ha mutato il suo orientamento solo nel 1987 con la celebre sent. n. 561, con la quale proprio attraverso l'art. 2 Cost. ha trovato garanzia costituzionale il "diritto alla libertà sessuale".

A seguito del mutato orientamento della Corte costituzionale sull'art. 2 Cost., tra gli altri c.d. "nuovi diritti", è stato presto ricompreso anche il diritto all'identità personale (sentenza 3 Febbraio 1994, n. 13).

L'occasione si è presentata attraverso l'ordinanza con la quale il Tribunale di Firenze, in sede di volontaria giurisdizione, dubitava della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 2 della Costituzione, degli artt. 165 e sgg. dell'ordinamento dello stato civile (R.D. 9 luglio 1939, n. 1238). Tizio infatti si era opposto alla richiesta della Procura di rettificare – dopo quarant'anni – il suo atto di nascita, dichiarato in parte falso in sede penale, sostituendo il cognome del padre con quello della madre che lo aveva riconosciuto.

In particolare, si richiedeva alla Corte costituzionale che resolvesse il dubbio di costituzionalità della menzionata normativa nella parte in cui non prevedendo che a seguito della rettifica degli atti dello stato civile, per ragioni indipendenti dall'interessato, il soggetto stesso potesse mantenere il cognome fino a quel momento attribuito e che è entrato a far parte del proprio diritto costituzionalmente garantito all'identità personale.

La Corte ha accolto la questione rilevando che è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale.

Si tratta – come efficacemente è stato osservato – del diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo.

L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata.

Insomma, la Corte ha aderito alla giurisprudenza dei giudici di merito e della Corte di Cassazione che negli anni precedenti avevano enucleato e definito il diritto all'identità personale. Anzi, essa sembra aver colto l'occasione per farlo, per includere tale fattispecie all'interno della categoria dei “nuovi diritti” ex art. 2 Cost., nonostante il caso in oggetto (forse) potesse essere risolto molto più semplicemente con una diretta tutela del diritto al nome, più che del diritto all'identità personale utilizzato dalla giurisprudenza ordinaria per casi differenti (PACE, 1994, p. 103).

In linea con la sentenza n. 13 del 1994 veniva dichiarata – con la sentenza 23 luglio 1996, n. 297 – anche l'illegittimità dell'art. 262 del codice civile, nella parte in cui non prevedeva il diritto del figlio naturale, che avesse assunto il cognome del genitore che per primo lo avesse riconosciuto, di mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo fosse ormai da ritenersi segno distintivo della sua identità personale, per violazione del diritto fondamentale all'identità personale.

Dopo alcuni anni la Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2001, n. 120, utilizza nuovamente il parametro del diritto all'identità personale ai sensi dell'art. 2 Cost., al fine di dichiarare anche l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 299 codice civile, nella parte in cui prevedono che l'adottato che fosse figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori assumesse solo il cognome dell'adottante, perdendo, quello originariamente imposto dall'ufficiale di stato civile. In questo caso la Corte ha inteso il diritto all'identità personale come garanzia del diritto al nome in quanto principale segno distintivo dell'identità della persona.

In tali sentenze – come visto del resto già nella sent. 13 del 1994 – la Corte pur riconoscendo e garantendo il diritto all'identità personale come “nuovo diritto” ai sensi dell'art. 2 Cost., sembra aver definito una fattispecie in parte differente da quella tipicamente intesa quale diritto “ad essere se stessi”.

Tali considerazioni, sembrano trovar conferma nella sentenza 28 novembre 2002, n. 494, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 278 comma 1 e 251 comma 1, del codice civile, nella parte in cui escludevano il riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi, anche in forza del diritto all'identità personale.

Secondo la Corte, infatti, la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle “formazioni sociali”, tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani.

In tale pronuncia la Corte non ha definito l'identità personale come il diritto ad essere se stesso e al rispetto di quello che è il proprio patrimonio di idee, di esperienze e di convinzioni, proteggendone di conseguenza – come fatto nelle altre sentenze – il primo e più immediato segno distintivo, il nome, in quanto segno identificativo della personalità; bensì ha utilizzato l'identità personale per enucleare il diritto, la garanzia ad un “status filiationis”, che implica un diritto al nome identificativo non della personalità dell'individuo, ma dell'ascendenza familiare (TEGA 2002, p. 1080). Un'accezione quindi assai più ampia rispetto alla fattispecie utilizzata dai giudici ordinari e dalla stessa Corte costituzionale.

Sembra utile ribadire che, come visto, nonostante il Giudice delle leggi abbia utilizzato il diritto all'identità personale per tutelare interessi differenti

rispetto a quelli della giurisprudenza ordinaria, e, quindi, in alcuni casi abbia forse esteso (eccessivamente) la fattispecie; nonostante tali considerazioni, la giurisprudenza costituzionale ha contribuito fortemente nel definire il fondamento costituzionale e, pertanto, a chiarire la legittimità della sua disciplina così come enucleata dalla Corte di Cassazione e operante da tempo nella prassi applicativa.

4. Ricoscimento normativo e problemi di definizione dell'identità personale

Riprendendo il quesito iniziale sulla possibilità di individuare un diritto autonomo all'identità personale, o, al contrario, dare una tutela indiretta connessa alla tutela di beni giuridici all'identità solo collegati; pare oggi possibile propendere per l'autonomia dalla fattispecie e, quindi, per una sua tutela diretta nell'ordinamento fondata nell'art. 2 Cost., così come la riportata giurisprudenza ha sancito (più in generale Barbera, 2004, pp. 19 ss.).

È in questa prospettiva che si discorre comunemente, infatti, di un "diritto all'identità personale", e che a metà degli anni novanta ha trovato dignità normativa; espressamente impiegata, sia nell'art. 1 della legge 31 dicembre 1996, n. 675, sia nell'art. 2 del d.lgs. 30 luglio 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). Questi testi, però, menzionano, ma non definiscono la nozione di identità personale, la quale rimane pertanto una nozione di estrazione prettamente dottrinale e giurisprudenziale (RESTA, 2007, p. 511 ss.).

Certo "tracce" di fattispecie che hanno garantito interessi connessi a quelli tutelati dal diritto all'identità personale – così come enucleato dalla riportata giurisprudenza – come da subito rilevato, possono essere individuate nella disciplina di tutela del nome articoli 6 - 9 del codice civile, o nell'art. 10 cc. Che protegge l'immagine della persona da un utilizzo abusivo e improprio.

Tuttavia nessuna delle due discipline, tutela, l'insieme degli interessi protetti dal diritto all'identità personale, rappresentando – volendo sintetizzare – “una parte del tutto”.

Contigua alla fattispecie dell'identità personale è quella del diritto d'autore, tutelata dagli artt. 2577 e seguenti c.c. (e dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, in particolare art. 20), la quale normativa assicura il diritto esclusivo dell'autore di “pubblicare l'opera e di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge” assicurando, anche dopo la cessione, di poter rivendicare la paternità dell'opera, potendo opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa. Tuttavia, la fattispecie sulla tutela del diritto morale

d'autore non ingloba tutti gli interessi ricompresi in quello dell'identità personale, basti al riguardo pensare alla difficoltà di tutelare opinioni o attività che non possano essere qualificate come opere (cfr. ZENO ZENCOVICH, 1993, p. 17).

L'identità personale non può neppure essere confusa con la riservatezza, la quale attiene al complesso delle vicende private del soggetto sottratte alla piena disponibilità di terzi, se vogliamo, in parte, concerne interessi opposti rispetto all'identità che garantisce proprio il complesso delle attività pubbliche del soggetto che descrivono la sua personalità proprio all'esterno (CERRI, 1995, p. 5).

Nella contrapposizione tra pubblico e privato emerge la principale contrapposizione tra i due diritti, nella riservatezza, la segretezza delle informazioni, nell'identità personale, invece, la verità delle informazioni diffuse.

Non mancano, però, punti di convergenza laddove la raccolta di dati riservati, o meno, servano ad identificare il soggetto (cfr. ZENO ZENCOVICH, 1993, p. 17).

Infine, la fattispecie del diritto all'identità personale non va neppure ricompresa all'interno delle discipline che tutelano l'onore e della reputazione (art. 594 ss. e 185 del codice penale), perché la lesione dell'identità personale potrebbe ledere l'onore dell'individuo, ma non necessariamente. Una distorsione della verità sulla persona potrebbe non ledere l'onore o la reputazione dell'interessato, ma distorcere la sua verità, la sua immagine pubblica (anche per alcuni casi applicativi, SANDRELLI, 2008, p. 459 ss.).

Non consentono di individuare la fattispecie del diritto all'identità personale neppure le fonti del diritto internazionale, che, probabilmente, per prime hanno rappresentato da stimolo per la tutela normativa di interessi contenuti nell'identità della persona. Basti in questa sede ricordare la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948, in particolare l'art. 12 assicura che nessun individuo possa essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione", o l'art. 19 che tutela la libertà di opinione e di espressione dell'individuo, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione. Gli stessi principi, in materia di libertà di espressione connessi al divieto di ingerenza, si ritrovano anche nell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (ratificata con l. 848/1955), nonché da ultimo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, in particolare, all'art. 8 sancisce "ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano".

Sulla base delle esposte considerazioni, pertanto, è possibile affermare che la fattispecie, il fondamento e la disciplina del diritto all'identità personale restano

ancora oggi quelle enucleate nelle sentenze della Corte di Cassazione – tra cui inizialmente la riportata sentenza n. 3769/1985 – per la quale tale diritto tutela “l’interesse di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l’esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva”, in altre parole il diritto “a non vedersi all’esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell’ambiente sociale”. La fattispecie del diritto all’identità personale, pertanto, ha una sua autonomia, nonostante – come ha rilevato la stessa giurisprudenza – la sua disciplina e gli strumenti (anche processuali) necessari per assicurare la sua tutela vadano individuati in via analogica dalle richiamate disposizioni che tutelano interessi connessi. In particolare, come già rilevato, particolare importanza acquistano le disposizioni inerenti alla tutela al nome e degli altri segni distintivi della persona, perché la tutela di tali beni giuridici assicura la tutela dei principali strumenti di individuazione della persona (MODUGNO, 1995, p.14).

5. Alcuni corollari: identità sessuale, identità biologica

La definizione della situazione giuridica del diritto all’identità personale, non risolve i problemi applicativi legati all’oggetto della sua tutela: l’identità della persona, appunto, che è in ininterrotta evoluzione all’interno di una società, come quella moderna, in continuo sviluppo nell’era della ricerca scientifica e tecnologica (BAUMAN, 2006, p. 87).

Un corollario strettamente connesso all’identità personale – e riconosciuto nell’ordinamento, ma di cui in questa sede è possibile solo accennare – è il c.d. diritto all’identità sessuale (o di genere), o, altresì, il diritto a veder riconosciuta la propria caratterizzazione sessuale (STANZIONE, 1992, p. 876).

Tale diritto, inizialmente era stato negato dalla Corte costituzionale sentenza 1 agosto 1979, n. 98 (cfr. BARTOLE, 1979, pp. 1178 ss.), la quale aveva escluso l’illegittimità delle norme dell’ordinamento civile che non riconoscevano il diritto alla rettificazione dell’atto di nascita e alla attribuzione del sesso femminile “nell’ipotesi di modificazioni artificiali di un sesso che facciano perdere ad un individuo le caratteristiche peculiari maschili ed acquistare quelle femminili esterne, qualora le modificazioni stesse trovino corrispondenza in una originaria, indiscutibile, personalità psichica di natura femminile”.

Successivamente è intervenuta la legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), la quale ha consentito la rettificazione del sesso

di un individuo dando riconoscimento a tutti i fattori che concorrono a formare l'identità sessuale della persona, sia quelli psicologici, sia quelli fisici (STANZIONE, 1992, p. 881).

L'ordinamento, quindi, ha stabilito che il sesso della persona debba essere definito (ed eventualmente rettificato) nel caso mutino gli elementi di fatto fisici, in particolare, l'aspetto esterno degli organi genitali. L'identità sessuale, però, va determinata anche sulla base di una dichiarata psico-sessualità, anche, se in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso (VECCHI, 2001, p. 343).

Invero, l'art. 1 della legge n. 164 si limita a stabilire – come unico criterio – che “la rettificazione di attribuzione di sesso si fa a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali”, la Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 1985, n. 161, però, ha legittimato un'interpretazione della legge che consente la rettifica anche nei casi dei c.d. Transessuali, ovvero in presenza di persone con dichiarata psico-sessualità, pur in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso, nei quali siano intervenute operazioni demolitorie e ricostruttive per consentire al soggetto l'appartenenza al sesso opposto (CILIBERTI, 2001, p. 346).

In tal senso infatti il Giudice delle leggi chiariva: l'art. 1 della legge 164/82 non è in contrasto con le norme costituzionali, nella parte in cui consente la rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso non soltanto nel caso di evoluzione naturale di situazioni originariamente non ben definite, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti, ma anche nel caso in cui, sulla base di una dichiarata psico-sessualità in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso, si intervenga con operazioni demolitorie e ricostruttive per consentire al soggetto l'appartenenza al sesso opposto, in riferimento agli artt. 2 e 32 Cost. Non solo, la Corte ha anche riconosciuto il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità che trova fondamento nell'art. 2 Cost., rilevando un dovere degli altri membri della collettività a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale (DOGLIOTTI, 1987, p. 235). In dottrina vi è chi tende a distinguere il diritto all'identità personale da quello all'identità sessuale, reputando il riconoscimento della nuova appartenenza sessuale come una sorta di artificio giuridico (LA FARINA, 1983, p. 824). Probabilmente, i beni giuridici tutelati non sono esattamente i medesimi, ma non sembra possibile, però, ritenere che si tratti di un “accostamento improprio”, in forza della considerazione che, se il diritto all'identità personale è “il diritto a non vedersi attribuite opinioni mai attribuite o che falsano la propria immagine sociale, non si vede come non vi si possa far rientrare il diritto a modificare chirurgicamente il proprio sesso e a ottenere la conseguente rettifica degli atti dello stato civile” (così PINO, 2003, p. 196). Invero, in forza della lungimirante pronuncia della Corte costituzionale

del 1982, l'identità sessuale deve essere intesa come una parte (assai rilevante) della persona, della sua identità, della sua verità, anche al di là delle apparenze fisiche. Almeno questa sembra essere la conclusione a cui è necessario giungere a seguito della decisione ed in particolare al rilievo che assume l'elemento psicologico rispetto a quello fisico. Per quanto, almeno a prima vista, il trattamento medico-chirurgico non riesca ad attribuire alla persona la piena appartenenza al nuovo sesso, dato che non solo non è in condizione di mutare la determinazione genetica del sesso, ma non può nemmeno mettere il paziente in condizione di procreare con persone del suo sesso originario, l'individuo ha diritto al riconoscimento della sua sessualità, come elemento di svolgimento della sua personalità tutelato dall'art. 2 Cost (MODUGNO, 1995, p. 14 e - seppur attraverso una lettura "chiusa" della fattispecie dell'art. 2 Cost. - PACE p. 112).

Attenzione recentissimamente la Corte di cassazione ha ritenuto possibile la rettifica del genere anche NON in presenza di intervento chirurgico purchè, alla luce degli accertamenti effettuati nel giudizio, la nuova identità sessuale del soggetto sia divenuta certa e frutto di una scelta irreversibile (così testualmente: Cass. 20.7.2015 n. 15138: Deve precisarsi, tuttavia che il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta. Tali caratteristiche, unite alla dimensione tuttora numericamente limitata del transessualismo, inducono a ritenere del tutto coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione della L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3, che, valorizzando la formula normativa "quando risulti necessario" non imponga l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche).

Un accenno va fatto anche alla – seppur meno contigua, comunque collegata all'identità personale – c.d. identità biologica, perlomeno nella parte in cui essa consente di identificare e distinguere la persona dagli altri individui. Nonostante resti discussa la possibilità di identificare nell'ordinamento vigente un diritto all'identità biologica inteso come il diritto a conoscere le proprie origini in base ai propri dati genetici (per cui si rinvia a CARBONE, 2007, p. 499). Basti invece, in questa sede, ricordare i progressi fatti nel campo della biologia sullo studio del DNA (acido

desossiribonucleico) l'acido che contiene le informazioni genetiche della maggior parte degli organismi viventi. Tali informazioni, soprattutto in futuro, rappresenteranno sempre più strumenti indispensabili per l'identificazione dell'individuo, e a seguito dell'evoluzione di scienze come l'ingegneria genetica e la bioinformatica, mostreranno maggiormente nuove esigenze di tutela intimamente collegate alla garanzia dell'identità della persona (sul punto si rinvia a BROWN, 2000, p. 262).

6. I nuovi confini: l'identità digitale tra società virtuale e persona.

Strettamente connessa all'identità personale è, invece, la c.d. identità digitale, ovvero, volendo sintetizzare, l'identità informatica, l'identità impiegata nelle attività informatiche ed in particolare, ai nostri fini, nelle numerose applicazioni di internet (FINOCCHIARO, 2008, p. 185).

L'identità digitale è strettamente congiunta a quella personale, perché sovente la prima descrive e rappresenta la seconda. A partire anche da tale constatazione deriva la necessità di assicurare all'identità digitale le medesime tutele e garanzie riconosciute dall'ordinamento per l'identità personale, anzi probabilmente il nuovo contesto in cui l'identità della persona è esposta spinge ad individuare e meditare intorno a nuovi strumenti di tutela della stessa. A seguito dell'affermazione di internet, qualsiasi attività umana è "intrisa di dati"; "la rete" assicura una quantità apparentemente infinita di notizie in tutti i settori, ci permette di comunicare istantaneamente con gli altri, e consente di diffondere informazioni con un grado di efficienza e di velocità, che quasi sempre restano senza alcun controllo e possibilità di consenso da parte del titolare dell'informazione diffusa (SOLOVE, 2007 p. 11).

L'identità digitale mantiene la sua importanza e deve pertanto essere oggetto di tutela all'interno dell'ordinamento, perché strettamente connessa all'identità reale della persona. Le informazioni sono di norma protette da un sistema di autenticazione. L'autenticazione può essere effettuata tramite parola chiave (password), o attraverso strumenti informatici come tessere magnetiche, smart cards, ecc. Alcuni di tali strumenti di identificazione dell'individuo sono disciplinati dal Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), tra i quali la carta d'identità elettronica, la c.d. firma digitale, i certificati elettronici (FINOCCHIARO, 2008, pp. 135 ss.). Il legislatore, pertanto, ha subito riconosciuto l'importanza di regolamentare espressamente alcuni dei principali mezzi di identificazione della persona, al fine di garantirne l'identità. Tuttavia, il problema è quello di comprendere se si tratti solo – tendo presenti le considerazioni svolte inizialmente sulla distinzione tra identità e identificazione – di tutelare l'identificazione della persona, o, altresì, la sua identità personale che si svolge attraverso internet. La maggior parte delle informazioni e dei dati della persona, infatti, circolano "nella rete" senza che vi sia un

controllo o la possibilità di verificare il consenso del titolare dell'informazione, che spesso non è neppure consapevole della diffusione del dato (RESTA, 2007, p. 511).

Si ricordi l'esempio, inizialmente menzionato, sulla facilità con cui un nome ed un'immagine circolino attraverso internet. Basti inserire un nome in all'interno di un motore di ricerca per rinvenire l'immagine o una serie di informazioni, inerenti ad una persona, relative a professione, attività, interessi e altro ancora, spesso, senza che il titolare abbia preventivamente ed espressamente autorizzato la diffusione di tali informazioni.

Il tema ovviamente concerne, sia il c.d. diritto alla privacy, sia il diritto all'identità personale, perché non riguarda solo la riservatezza dell'informazione concernente la persona, bensì anche – qualora l'informazione venga diffusa – la sua corrispondenza al vero. Inoltre, nuove esigenze di tutela emergono dalla sempre maggiore diffusione dei cosiddetti social networks (Facebook, Second life e molti altri) che consentono attraverso internet di esporre la propria identità, mediante la pubblicazione di testi e di immagini, o come strumento per instaurare e intrattenere relazioni personali e sociali, che a volte rimangono puramente virtuali, ma altre volte sono l'occasione per incontrarsi nel mondo reale. Tali strumenti consentono, senza particolare difficoltà, da un lato, di inventarsi nuove identità o fingere di essere qualcun altro; dall'altro, di utilizzare informazioni e immagini relative ad altri per rappresentarle diversamente da come sono. L'interrogativo principale che resta al giurista è quello di capire se l'identità digitale possa godere nell'ordinamento di una tutela pari a quella enucleata in passato per l'identità personale in via autonoma, e il suo fondamento possa essere il medesimo riconosciuto ai sensi dell'art. 2 Cost.; anche con particolare riferimento alla tutela e l'utilizzo dell'anonimato e dello pseudonimo, quali strumenti per esercitare le libertà della persona attraverso "la rete" (per cui si rinvia a PERLINO, 2008, pp. 31 ss.).

Dal punto di vista della tutela penale la giustizia italiana si è occupata in più occasioni di vicende connesse alla lesione dei diritti di identità, riservatezza e dignità della persona attraverso internet, tutelando proprio l'identità digitale, al fine di garantire due principali interessi: o quello – il più frequente (si veda Cassazione penale, sez. III, 26 marzo 2004, n. 28680) – di salvaguardare la lesione indiretta dell'identità reale della persona, o l'interesse di tutelare la pubblica fede – Cassazione penale, sez. V, 8 novembre 2007, n. 46674 – "in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali" (cfr. FLICK, 2008, p. 526). Internet, però, sia in quanto strumento di comunicazione o di circolazione di informazioni, sia come "società virtuale", dovrà (esso stesso) perfezionare nuove forme di tutela dell'identità digitale – più che l'ordinamento giuridico, che per ragioni di fatto potrà limitarsi solo a stimolare e favorire tale tutela;

regole ed internet, infatti, paiono un ossimoro (in tal senso pare concludere SOLOVE, 2004, 223) – al fine di assicurare una protezione all'identità reale della persona che non può godere solo di una tutela (inevitabilmente) ex post da parte dell'autorità giudiziaria. o alla identità personale, Padova, 1981, pp.36 ss.;

11. LO SFRUTTAMENTO DELL'IMMAGINE ALTRUI

Il diritto all'immagine è regolamentato prevalentemente all'articolo 10 del codice civile nonché dagli articoli 96 e 97 legge 633 del 1941 (c.d. legge sul diritto d'autore). L'articolo 10 del codice civile disciplina l'abuso dell'immagine altrui, imponendo il risarcimento dei danni e la cessazione dell'abuso da parte di colui che espone o pubblica l'immagine, fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione sono consentite dalla legge o con pregiudizio al decoro e alla reputazione della persona stessa o dei congiunti. Come appare *ictu oculi*, il suddetto articolo anziché disciplinare e definire il concetto di immagine o di diritto all'immagine, si occupa esclusivamente dell'abuso che terzi soggetti possano fare dell'immagine altrui, demandando alla normativa specifica i casi e le circostanze in cui è ammesso l'utilizzo a fini espositivi o di pubblicazione dell'immagine altrui.

La legge sulla protezione del diritto di autore all'articolo 96 individua nel consenso dell'interessato, l'elemento che esime dalla responsabilità civile, il soggetto che espone, riproduce o mette in commercio l'immagine altrui.

Il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisce un negozio avente ad oggetto non il diritto stesso all'immagine, il quale resta personalissimo ed inalienabile, ma soltanto il suo esercizio. Laddove si faccia riferimento al consenso dell'interessato, il primo aspetto da affrontare, concerne la forma che deve rivestire la manifestazione di volontà. La normativa vigente non impone alcuna forma vincolata per la manifestazione del consenso, potendo essa manifestarsi in forma espressa od implicita. Il problema derivante da una manifestazione di consenso implicita, è certamente quello dell'individuazione dei limiti del consenso stesso, sia con riferimento ai limiti soggettivi (soggetto a favore del quale il consenso viene prestato) che a quelli oggettivi (efficacia limitata ai fini per i quali il consenso è stato prestato, modalità di divulgazione, estensione temporale). L'importanza della definizione dei limiti del consenso all'uso dell'immagine deriva dal fatto che essi, pur non condizionandone la validità, circoscrivono l'efficacia del consenso alla pubblicazione, la quale deve essere contenuta nei limiti di tempo, di luogo, per lo scopo e secondo le forme previste dall'atto del consenso, se questo è espresso, o determinabili attraverso l'interpretazione del comportamento della persona ritratta, se esso è tacito. L'abusiva e non autorizzata pubblicazione dell'immagine altrui determina un danno risarcibile di natura patrimoniale, comportando il *venir meno* per l'interessato della possibilità di offrire l'uso del proprio ritratto per pubblicità di prodotti o servizi analoghi e d'altra

parte, determina la difficoltà a commercializzare al meglio la propria immagine anche con riferimento a servizi o prodotti diversi. Ovviamente ai fini del risarcimento di tipo patrimoniale per diffusione abusiva dell'immagine altrui, riveste ruolo fondamentale la notorietà del soggetto. La persona deve, infatti, essere in grado di trarre vantaggi di tipo patrimoniale dall'utilizzo della propria immagine, comportando l'uso non autorizzato da parte di terzi, un danno qualificabile come lucro cessante (prezzo del consenso e prezzo dell'immagine).

Questo non significa affatto che la diffusione non autorizzata a fini commerciali, dell'immagine di persona non nota, possa ritenersi lecita, ma esclusivamente che la quantificazione della somma risarcibile è determinata dal "prezzo" dell'immagine del soggetto e quindi proporzionale al suo grado di notorietà. In caso di diffusione non autorizzata dell'immagine di persona non nota, il soggetto danneggiato avrà in ogni caso diritto di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere l'accertamento dell'illiceità del comportamento del terzo, domandare la cessazione della diffusione dell'immagine, il risarcimento del danno esistenziale (Tribunale di Forlì 09-10-2002) e del danno morale qualora l'illecito commesso integri anche gli estremi di un reato. In effetti, la Corte di Cassazione Sezione Civile, in sentenza n. 5790 del 10.11.1979 ha escluso espressamente la risarcibilità del danno morale in ipotesi di lesione del diritto all'immagine, qualora l'illecito commesso non integri gli estremi di un reato.

Si individua pertanto, nei casi di abuso nell'utilizzo dell'immagine altrui, una responsabilità di natura civilistica, di tipo extracontrattuale ex articolo 2043 del codice civile, per mancanza del consenso della persona autorizzata. Una responsabilità di tipo contrattuale potrebbe invece ipotizzarsi in tutte quelle ipotesi in cui, pur essendo presente il consenso del soggetto interessato, il terzo nell'utilizzo dell'immagine altrui oltrepassi le modalità, i limiti di tempo, di luogo e lo scopo, previsti dall'atto del consenso.

Vi sarà infine anche una responsabilità penale qualora l'utilizzo dell'immagine altrui, comporti per il soggetto interessato, una lesione della propria reputazione, penalmente rilevante. Il ragionamento circa la natura giuridica del danno risarcibile non è puramente teorico ed accademico, ma è estremamente rilevante per finalità pratiche, specie per ciò che concerne i termini di prescrizione dell'azione giudiziaria (5 anni per la responsabilità extracontrattuale e 10 anni per quella contrattuale) e per la quantificazione dei danni risarcibili.

Un'analisi approfondita della materia del diritto all'immagine, non può prescindere dalla considerazione dell'articolo 97 della legge 633/1941 il quale così recita: "Non occorre il consenso della persona ritratta, quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a

fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritrattata". La disposizione sopra citata introduce importanti deroghe al principio nella necessità del consenso alla diffusione della propria immagine, sancendo l'irrilevanza del consenso in ipotesi tassative quali, la notorietà della persona ritratta, le necessità di giustizia o di polizia (foto e riprese avvenute nel corso di processi), gli scopi scientifici, didattici o culturali e le cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. La riproduzione dell'immagine del soggetto famoso è lecita esclusivamente, quando la sua diffusione intenda soddisfare l'interesse pubblico all'informazione o alla conoscenza della sua immagine e non certo quando sia finalizzata all'esclusivo o prevalente scopo della commercializzazione della stessa. Solo la presenza di prioritarie esigenze di pubblica informazione, rende lecita la divulgazione dell'immagine del V.I.P. anche in mancanza del suo consenso e tale esigenza non sussiste certamente nel caso di pubblicazione dell'immagine in periodici che non perseguono fini di informazione, bensì sono diretti a soddisfare a fini di lucro, la morbosa curiosità dei lettori (Pretura di Milano 19-12-1989).

Il significato e la ratio della norma che consente la pubblicazione dell'immagine del V.I.P. a prescindere dal consenso, è stata nel corso degli anni ampiamente e astutamente travisata da coloro i quali, in una logica lucrativa senza limiti, hanno camuffato l'intento commerciale e pubblicitario dietro la parvenza di un ipotetico e velleitario diritto all'informazione in riferimento alla conoscenza dell'immagine del soggetto famoso. La giurisprudenza di legittimità e di merito è dovuta più volte intervenire nel corso degli anni, per fronteggiare questa crescente tendenza ad abusare dell'utilizzo dell'immagine altrui, attraverso subdoli ed astuti accorgimenti diretti ad eludere l'applicazione della normativa in vigore e soprattutto a mistificare la ratio dell'articolo 97 della legge sulla protezione del diritto di autore. Il criterio interpretativo che deve sovrintendere all'esame del comportamento del soggetto che utilizza l'immagine altrui, è quello della prevalenza dello scopo informativo rispetto a quello lucrativo. Solo in questo modo e smascherando ogni astuto accorgimento che viene utilizzato al fine di alterare il significato dell'articolo 97 della legge 633/1941 che si riuscirà in futuro ad evitare la sempre più crescente tendenza ad utilizzare a fini commerciali e pubblicitari, l'immagine del soggetto famoso, facendosi scudo con inesistenti esigenze di diritto all'informazione.

L'intervento giurisprudenziale più efficace è stato certamente quello indirizzato ad individuare le forme più subdole dirette ad eludere la necessità del consenso della persona della quale si utilizza l'immagine. Così ad esempio, è stata ritenuta illegittima l'utilizzazione nell'ambito di una campagna pubblicitaria, di oggetti usati da un

personaggio (Lucio Dalla) per caratterizzare la sua personalità (Pretura di Roma 18-04-1984).

Anche l'utilizzo, nell'ambito di una campagna pubblicitaria, dell'immagine di un sosia di un personaggio famoso, è stato ritenuto illecito, in quanto l'attrice famosa, subirebbe una lesione del proprio diritto all'immagine in conseguenza della pubblicazione di fotografie di suoi sosia, qualora queste siano realizzate con modalità tali, da ingenerare in un lettore di media avvedutezza, l'erroneo convincimento che la persona effigiata sia l'attrice in questione e non il sosia.

L'esposizione o la pubblicazione dell'immagine altrui è abusiva, non solo quando avvenga senza il consenso della persona o senza il concorso delle altre circostanze previste come idonee ad escludere la tutela del diritto alla riservatezza, ma anche quando, pur ricorrendo quel consenso o quelle circostanze, sia tale da arrecare pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro della persona medesima.

In conclusione, si può affermare che sulla base del diritto vigente esiste un valore economico del proprio nome e della propria immagine ed il danno causato dallo sfruttamento non autorizzato del nome da parte di terzi, è pari al prezzo che il soggetto interessato avrebbe ottenuto se avesse “venduto” ad altri il diritto ad utilizzare la propria immagine. Pertanto il discorso in esame rientra pienamente in una logica strettamente commerciale, nel presupposto che il prezzo della propria immagine è direttamente proporzionale al grado di notorietà. E come necessario corollario, questa logica ha determinato una politica di sfruttamento economico dell'immagine, non solo da parte dei soggetti titolari del relativo diritto, ma anche da parte di terze persone che al fine di utilizzare l'effigie altrui per motivi di lucro, ricorrono a subdoli artifici diretti ad eludere la norma che individua nel consenso dell'interessato l'elemento autorizzante la diffusione a fini commerciali dell'immagine.

12. DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Quella che con un termine ormai entrato nell'uso comune viene indicata come privacy è il diritto alla riservatezza delle informazioni personali e della propria vita privata, cioè uno strumento posto a salvaguardia e a tutela della sfera privata del singolo individuo, da intendere come la facoltà di impedire che le informazioni riguardanti tale sfera personale siano divulgate in assenza dell'autorizzazione dell'interessato, od anche il diritto alla non intromissione nella sfera privata da parte di terzi. Tale diritto assicura all'individuo il controllo su tutte le informazioni e i dati riguardanti la sua vita privata, fornendogli nel contempo gli strumenti per la tutela di queste informazioni.

L'istituto nasce come diritto “a essere lasciato solo” (to be let alone) negli Stati Uniti nel 1890, e viene elaborato nel nostro paese a partire dagli anni '60-'70 come generico

diritto alla libera determinazione nello svolgimento della propria personalità. Sempre più compresso nella società della comunicazione elettronica, nel tempo si è evoluto ed oggi si parla di privacy non più, e non solo, nel senso di protezione dei dati personali (quindi come diritto negativo volto a impedire la rilevazione di informazioni sul nostro conto), ma in una accezione più ampia anche quale diritto ad esprimere liberamente le proprie aspirazioni più profonde e realizzarle attingendo liberamente alla proprie potenzialità. In tal senso è intesa come privacy anche l'autodeterminazione e la sovranità su se stessi, il riconoscersi parte attiva, e non più passiva, in un rapporto con le istituzioni, nel rispetto reciproco delle libertà.

Legislazione

I primi riferimenti alla privacy si possono far risalire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che già stabiliva come non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla propria libertà individuale, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge in quanto misura necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Questo fondamentale concetto è stato poi riportato ed espanso in vari accordi internazionali, come ad esempio quello di Schengen, ed anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'art. 8 così recita: "1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

Tra le fonti comunitarie contenenti riferimenti alla privacy ricordiamo direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che dal 2018 sarà sostituita dal Regolamento generale europeo. Per quanto riguarda la legislazione italiana è inutile cercare norme sulla privacy nella carta Costituzionale, essendo nata in un'epoca nella quale il problema era poco sentito. Però nel tempo si sono ritrovati numerosi riferimenti tra le righe delle varie disposizioni, in particolare negli articoli 14, 15 e 21, rispettivamente riguardanti il domicilio, la libertà e segretezza della corrispondenza, e la libertà di manifestazione del pensiero. In realtà il primo e più importante riferimento è oggi visto nell'articolo 2 della Costituzione, in quanto si incorpora la privacy nei diritti inviolabili dell'uomo, come del resto ha sostenuto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 38 del 1973.

La prima elaborazione del diritto alla privacy la abbiamo a livello giurisprudenziale, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 4487 del 1956, a seguito di un ricorso degli eredi del tenore Enrico Caruso, con la quale si identificava tale diritto nella tutela delle 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. Una tale affermazione è divenuta fondamentale per il bilanciamento tra riservatezza e diritto di cronaca, in quanto la linea di demarcazione tra privacy e diritto all'informazione di terzi è oggi data dalla popolarità del soggetto, pur precisando che anche soggetti famosi conservano tale diritto, però limitatamente a fatti che non hanno niente a che vedere con i motivi della propria popolarità.

Di seguito il concetto di privacy si evolse a mezzo di ulteriori sentenze, come quella della Cassazione del 20 aprile 1963, n. 990, con la quale la Suprema Corte riconosceva fondata la pretesa dei familiari di Claretta Petacci a non raccontare in un libro vicende private in assenza di interesse pubblico. Se nelle predette sentenze la Cassazione formalmente non riconosceva l'esistenza di un diritto alla riservatezza, ma nella sostanza ammetteva il diritto ad una tutela in tale ambito, solo nel 1975 finalmente si riconobbe che nel nostro ordinamento il diritto alla privacy aveva una cittadinanza, con la sentenza n. 2129 del 27 maggio 1975, con la quale si tutelava il diritto alla riservatezza della moglie dello Scià di Persia. Inizialmente, quindi, la riservatezza era più che altro un diritto delle persone famose, infatti l'Italia arrivò come penultima in Europa ad approvare una legge di tutela della privacy di applicazione generale, trasfusa prima nella legge 675 del 1996 e poi nel Codice in materia di protezione dei dati personali (Codice della privacy) cioè il Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, dal quale si evince chiaramente che la privacy non è solo il diritto a non vedere trattati i propri dati senza consenso, ma anche l'adozione di cautele tecniche ed organizzative che tutti, compreso le persone giuridiche, devono rispettare per procedere in maniera corretta al trattamento dei dati altrui. Detta normativa, considerata la più completa a livello europeo, dedica la prima parte ai principi generali, dettando le definizioni essenziali per la comprensione della normativa, tra le quali quelle di dato personale e di trattamento.

Dati personali

Oggetto della normativa sulla privacy sono i dati personali, cioè "qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata od identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale". Il dato personale è quindi un bene giuridico di secondo livello, un contenitore vuoto all'interno del quale l'interprete inserisce uno specifico contenuto relativo al patrimonio informativo dell'interessato.

Costituiscono sempre dati personali quelli che riguardano la famiglia e altre situazioni personali, il lavoro, le attività economiche, commerciali, finanziarie ed assicurative, i beni, le proprietà e i possessi.

Il decreto Salva Italia del governo Monti ha modificato la normativa stabilendo che i dati delle persone giuridiche non sono dati personali, per cui possono essere liberamente trattati, a parte eventuali ipotesi di illecito civile o penale e a parte la regolamentazione relativa al telemarketing.

I dati personali si dividono in quattro categorie:

- dati sensibili: quelli idonei a rivelare "l'origine razziale o etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale" di una persona; i dati relativi alla salute e alla vita sessuale sono anche detti "supersensibili" in quanto sono gli unici per i quali non sussiste alcuna esenzione che ne consente l'uso in assenza di un consenso;
- dati semisensibili: categoria non ben definita, nella quale rientrano dati personali il cui trattamento può arrecare danni al titolare, come i dati relativi alle liste di sospettati di frode, i nominativi inseriti nelle centrali rischi, i dati relativi alla situazione finanziaria;
- dati comuni: sono tutte quelle informazioni, come nome, cognome, partita I.V.A., codice fiscale, indirizzo (compreso quello di posta elettronica), numeri di telefono, numero patente, che consentono di individuare una persona fisica o giuridica, sia essa anche un ente od associazione;
- dati giudiziari: sono quelle informazioni idonee a rivelare provvedimenti in materia di casellario giudiziale, anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reati o carichi pendenti.

Elemento essenziale è la identificabilità del soggetto interessato, direttamente od indirettamente, al fine di classificare un dato come personale. Per identificabilità indiretta si intende la possibilità di identificare il soggetto in relazione al contesto, ad esempio dalle caratteristiche fisiche inserendolo in una specifica categoria o classe, oppure attraverso una operazione di riunione di più frammenti di informazione. In tal modo anche informazioni che di per sé non sono sufficienti per l'identificazione possono essere dati personali, come l'indirizzo IP, oppure un cookie archiviato in un computer. Per i dati sensibili esistono doveri particolari in capo al titolare del trattamento, infatti occorre il consenso scritto al trattamento, nonché la notificazione al Garante. I casi di notifica al Garante sono stati ridotti notevolmente, ormai alle sole

ipotesi nelle quali il trattamento sia suscettibile di arrecare pregiudizio al titolare dei dati.

Trattamento

Il cardine della disciplina è dato dalla necessità del consenso per il trattamento dei dati personali, che deve essere libero e consapevole. Il trattamento deve essere inteso come una qualsiasi operazione, anche svolta senza mezzi elettronici, di raccolta, consultazione, elaborazione, conservazione, organizzazione, modificazione, raffronto, utilizzo, comunicazione, diffusione, cessione, cancellazione, distruzione dei dati, anche se non registrati in una banca dati.

Il trattamento deve rispondere al cosiddetto principio di necessità, cioè si deve minimizzare l'utilizzazione di dati personali ed identificativi, così da escludere il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi oppure modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità. La normativa, quindi, prevede una serie di adempimenti e di misure minime che colui il quale effettua un trattamento per fini non privati, deve necessariamente porre in essere, altrimenti l'inosservanza di queste norme determina un illecito, amministrativo o addirittura penale.

Ogni danno cagionato da un trattamento illecito dà luogo al risarcimento del danno, a meno che il responsabile non provi che l'evento dannoso non gli è imputabile.

Il codice (art. 5 comma 3) non si applica ai trattamenti effettuati da persone fisiche per fini esclusivamente personali (come potrebbe essere una rubrica telefonica di un privato), a meno che i dati non siano destinati ad una comunicazione sistematica od alla diffusione. Si tenga presente che per comunicazione si intende portare a conoscenza una o più persone diverse dall'interessato, mentre diffusione si ha quando i destinatari sono soggetti indeterminati. Il codice non si applica nemmeno ai trattamenti effettuati fuori dal territorio italiano, però sono soggetti alla normativa i trattamenti effettuati da chi si trova al di fuori del territorio italiano ma impiega strumenti situati nel territorio italiano, ed in particolare deve designare un rappresentante nel territorio italiano.

E' sufficiente l'autorizzazione del Garante, e quindi non occorre il consenso dell'interessato, se il trattamento è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, compresi partiti e movimenti politici, purché il trattamento avvenga per il perseguimento di scopi determinati nell'atto costitutivo. È sufficiente l'autorizzazione del Garante anche se il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo, oppure se è necessario per lo svolgimento di investigazioni difensive o per far valere un diritto in giudizio, o per adempiere a

specifici obblighi previsti dalla legge, da un regolamento e dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro. In molti di questi casi sono state emanate dal Garante delle autorizzazioni generali che specificano l'ambito del trattamento. In ogni caso i dati devono essere utilizzati in modo lecito e secondo correttezza, devono essere raccolti per scopi determinati e trattati in modo compatibili con tali scopi, devono essere aggiornati e mai eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono trattati, ed infine conservati per il periodo strettamente necessario per tali finalità. Il gestore di tali dati deve fornire agli interessati apposita informativa. Oltre ai casi soggetti ad autorizzazione generale, è altresì escluso l'obbligo di chiedere il consenso qualora i dati siano trattati in ottemperanza ad un accordo contrattuale o precontrattuale del quale è parte l'interessato, per obbligo di legge, e se i dati derivano da pubblici registri (fatte salve le limitazioni in materia di pubblicazioni degli atti, si pensi a quelli anagrafici), elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque.

Soggetti

Nell'ambito del trattamento dei dati si individuano quattro soggetti:

- titolare, la persona fisica, giuridica, ente, associazione o amministrazione, cui competono le decisioni in merito alle finalità e alle modalità del trattamento dei dati personali e agli strumenti utilizzati. È chi dà inizio al trattamento, e possono esserci anche più di un titolare. In particolare ha l'obbligo di notificazione all'autorità garante per la privacy (obbligo che sussiste nei soli casi in cui il trattamento sia in grado di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato), consentendo in tal modo un controllo sul trattamento, e l'obbligo di informativa all'interessato (l'informativa è sempre dovuta anche quando il consenso dell'interessato non è richiesto, o quando quest'ultimo sia tenuto a fornire necessariamente i propri dati in base ad un obbligo di legge); il titolare deve, inoltre, predisporre le misure di sicurezza per evitare una perdita o distruzione dei dati, ma anche per evitare il furto dei medesimi, nel caso l'interessato subisca un danno il titolare è responsabile civilmente; il titolare ha l'obbligo di seguire le fasi del trattamento, e non se ne può disinteressare delegandolo in toto;
- responsabile, la persona fisica, giuridica, ente, associazione o amministrazione preposta al trattamento dei dati dal titolare del trattamento, il quale titolare fissa anche i limiti dei suoi poteri. La nomina è facoltativa;
- incaricato, la persona fisica autorizzata dal titolare o dal responsabile a compiere materialmente il trattamento;
- interessato, la persona fisica cui si riferiscono i dati stessi. A seguito delle modifiche introdotte dal Decreto Legge 6/12/2011 n. 201 (decreto Salva Italia del governo Monti), imprese ed enti non possono più essere considerati interessati al

trattamento, per cui non potranno esercitare i diritti di cui all'articolo 7 del Codice Privacy.

Informativa

Chi intende trattare dati personali altrui, prima del trattamento deve fornire agli interessati delle specifiche informazioni. Ciò avviene tramite l'informativa, che può anche essere orale, ma è preferibile sia data per iscritto al fine di provarne l'esistenza.

Il Garante ammette la possibilità di pubblicare l'informativa sul sito web anche in caso di comunicazioni postali, inserendo nella corrispondenza l'indirizzo dove si può visualizzare l'informativa. In questi casi è necessario, però, prevedere anche delle forme alternative, come ad esempio l'invio di fax a seguito di apposita richiesta, per coloro che non hanno la possibilità di leggerla online. L'informativa, quindi, è una comunicazione rivolta all'interessato e finalizzata ad informarlo. È sempre dovuta anche quando il consenso dell'interessato non è richiesto, o quando quest'ultimo sia tenuto a fornire necessariamente i propri dati in base ad un obbligo di legge. Nei casi in cui la legge prevede l'obbligo di informativa, essa deve avere il seguente contenuto minimo (art. 13 Cod. Privacy):

- finalità e modalità del trattamento, con specifica indicazione di cosa si farà con i dati trattati;
- la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati, cioè se il soggetto interessato possa o meno rifiutarsi di fornire i dati che lo riguardano e la conseguenza in caso di mancata fornitura dei dati;
- i soggetti e le categorie di soggetti ai quali i dati possono essere comunicati e l'ambito di diffusione dei dati medesimi (l'indicazione di soggetti terzi non può essere generica);
- i diritti dell'interessato (diritto di chiedere se dati personali sono presenti nella banca dati, diritto di prenderne visione e di chiederne la modifica) di cui all'articolo 7 del Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che offrono al soggetto interessato una tutela alla propria riservatezza;
- i dati identificativi (nome, denominazione o ragione sociale, domicilio o sede) del titolare del trattamento e, se designati, del responsabile e del rappresentante nel territorio italiano.

L'eventuale cessione dei dati a terzi (pensiamo alla vendita di un elenco contatti) è possibile solo se espressamente autorizzata dall'interessato con l'accettazione dell'informativa, nella quale ovviamente si dovrà indicare la finalità di cessione. Se

invece si chiede genericamente il consenso all'invio di comunicazioni commerciali anche da parte di terzi, questa dicitura non consente la cessione dei dati a terzi.

Misure di sicurezza

L'informativa e la richiesta di consenso da presentare all'interessato devono essere strutturati in modo da offrirgli una adeguata tutela. Devono essere previsti anche adeguati accorgimenti tecnici per ridurre al minimo il rischio di perdita dei dati trattati per distruzione o per sottrazione, le cosiddette misure di sicurezza.

Esiste un livello di sicurezza minimo imposto dalla legge, la cui mancata adozione comporta sanzioni penali. Le misure di sicurezza minime, però, possono creare non pochi problemi, perché se si verifica una perdita dei dati, l'interessato può chiedere il risarcimento dei danni, e in questa eventualità spetta al titolare del trattamento dimostrare che le misure minime fossero adeguate alla situazione.

Tra le misure di sicurezza da attuare in caso di dati comuni e sensibili trattati con archivi cartacei abbiamo:

- individuazione per iscritto degli incaricati del trattamento;
- selezione dell'accesso ai dati strettamente necessari;
- restituzione di atti e documenti al termine del trattamento;
- utilizzo di armadi con serrature;
- obbligo di identificazione e registrazione degli incaricati che hanno accesso all'archivio dopo l'orario di chiusura.

Tra le misure di sicurezza in caso di dati comuni e sensibili trattati con archivi elettronici (connessi ad internet) abbiamo:

- individuazione per iscritto degli incaricati del trattamento;
- nomina del responsabile delle password di accesso;
- assegnazione di una password di accesso a ciascun incaricato (con possibilità di modificarla);
- assegnazione di un codice univoco per ognun incaricato al fine di identificare gli accessi;
- adozione di software di protezione;
- autorizzazione del singolo incaricato al trattamento e alla modifica dei dati;
- adozione di un documento di programmazione annuale sulle misure di sicurezza e sulla formazione degli incaricati del trattamento.

Diritti dell'interessato

La legge offre all'interessato degli specifici strumenti per la tutela dei suoi diritti. Tali diritti possono essere esercitati personalmente o a mezzo di delegato.

I diritti sono i seguenti:

- diritto di esprimere il consenso al trattamento dei dati;
- diritto ad essere informato sull'identità del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento dei dati, nonché sulle modalità e finalità del trattamento;
- diritto ad ottenere informazioni e modifiche sui dati, in particolare: conferma dell'esistenza di dati che lo riguardano, comunicazione degli stessi, della loro origine e della finalità del loro trattamento, cancellazione o trasformazione in forma anonima o blocco dei dati trattati illegittimamente, aggiornamento, rettifica e integrazione dei dati;
- diritto al risarcimento del danno in caso di trattamento illecito;
- diritto ad opporsi al trattamento anche se conforme alla finalità dichiarate;
- diritto ad opporsi al trattamento dei dati personali effettuato per finalità commerciali, pubblicitarie, di vendita o ricerca di mercato;
- diritto ad opporsi al trattamento dei dati personali volto a delineare il profilo o la personalità dell'interessato, salvo le eccezioni di legge.

Nel caso in cui l'interessato chieda informazioni sull'esistenza di dati che lo riguardano, il titolare del trattamento, o il responsabile per lui, ha il diritto di chiedere all'interessato di identificarsi, esibendo od allegando copia di un documento di riconoscimento. In assenza di identificazione il titolare può legittimamente rifiutare la richiesta avanzata, opponendo la mancata identificazione. Ma in caso di corretta identificazione il titolare è obbligato a comunicare tutti i dati personali riguardanti il soggetto e contenuti nella banca dati, oppure, l'inesistenza di dati riferibili al richiedente. Solo in quest'ultima ipotesi è possibile chiedere un contributo spese per la ricerca e la comunicazione negativa, non in caso di comunicazioni positive. Se l'interessato chiede la cancellazione, l'aggiornamento o la rettifica di dati, il titolare è obbligato ad eseguire e comunicare l'avvenuta operazione. Sono previste alcune deroghe, in base alle quali i diritti dell'interessato non sono esercitabili in relazione ad operazioni di trattamento esplicitate in ottemperanza alla normativa antiriciclaggio, trattamenti per ragioni di giustizia, per investigazioni difensive o per far valere un diritto in sede giudiziaria, trattamenti effettuati dalla forze di Polizia.

Garante per la protezione dei dati personali

L'organo preposto al controllo relativo alla corretta applicazione della normativa in materia di privacy, è il Garante per la protezione dei dati personali, autorità amministrativa collegiale ed indipendente, i cui membri sono nominati dal Parlamento e che opera un controllo preventivo e successivo sulle attività di trattamento di dati personali svolte in Italia. Il Garante, che opera autonomamente dal Governo, ha poteri istruttori, consultivi e sanzionatori, e costituisce il primo grado per il ricorso amministrativo contro eventuali violazioni della normativa. Eventuali decisioni del Garante, assunte in contraddittorio con le parti in causa, sono impugnabili dinanzi alla magistratura.

Il Garante istituisce e mantiene il registro dei trattamenti per la pubblica consultazione, controlla se i trattamenti sono effettuati a norma di legge, segnala le modifiche da apportare ai trattamenti, riceve i reclami degli interessati, denuncia i reati perseguibili d'ufficio di cui viene a conoscenza, vieta i trattamenti illeciti o ne dispone il blocco, in via provvisoria, segnala al Parlamento l'opportunità di modifiche normative, esprime pareri in materia di privacy. È importante tenere presente che il compito del Garante non è tanto autorizzare i trattamenti, quanto piuttosto controllarne la liceità. Il Garante può chiedere al responsabile e al titolare del trattamento, all'interessato o anche a terzi, informazioni e documentazione, può disporre accessi alle banche dati e ispezioni nei luoghi dove si svolge il trattamento. Per esercitare i suoi poteri si può avvalere della collaborazione di altri organi dello Stato. Ha inoltre il potere di integrare la normativa in materia di riservatezza, quasi avesse una funzione legislativa, come previsto dall'art. 24 lettera G, che dà la facoltà al Garante di individuare casi nei quali si esclude la necessità del consenso al trattamento, o le misure a garanzia dell'interessato.

Infine, il Garante irroga direttamente le sanzioni previste dal Codice per la privacy, sia amministrative che penali. L'art. 15 del Codice prevede l'obbligo di risarcire i danni derivanti dall'illecito trattamento. Il richiamo all'art. 2050 c.c. fa sì che dovrà essere il titolare a dimostrare, in caso di danno, di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno stesso, e non solo le misure minime previste dalla legge. In sostanza si considera il trattamento dei dati personali come un'attività pericolosa, elevando così il livello di responsabilità, per cui il risarcimento spetterà per il solo fatto di aver subito un danno, a prescindere dalla volontarietà del comportamento illecito. Per andare esente da responsabilità il titolare del trattamento dovrà, quindi, dimostrare che il danno si è verificato per caso fortuito o forza maggiore. Gli illeciti amministrativi riguardano l'omessa o inadeguata informativa all'interessato, la cessione dei dati in violazione delle norme, l'omessa o incompleta notificazione, l'omessa informazione o esibizione di documenti richiesti al Garante. Gli illeciti penali sono previsti dagli articoli da 167 a 172 del codice. All'art. 167 abbiamo il trattamento illecito di dati personali, cioè il trattamento effettuato non rispettando le disposizioni

del codice (trattamento illecito). La consumazione del reato avviene non con il mero trattamento non conforme alle norme, bensì al verificarsi del danno, per cui il nocumento alla persona offesa è elemento costitutivo del fatto. L'art. 169 prevede l'omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati, contravvenzione che prevede anche la possibilità di regolarizzare il trattamento nel termine di sei mesi, nel qual caso l'ammenda è diminuita. L'art. 170 punisce l'inosservanza dei provvedimenti del Garante, l'articolo 168 punisce la falsità nelle dichiarazioni e nelle notificazioni al Garante.

Privacy e diritto all'informazione

La privacy, intesa nel modo sopra descritto, trova una sua limitazione nel rapporto col diritto di cronaca e il diritto all'informazione costituzionalmente garantito, e si è posto il problema di stabilire il corretto compromesso tra i due interessi. Il diritto all'informazione non deve essere inteso soltanto come diritto ad informare, quindi come diritto di cronaca, ma anche come diritto alla manifestazione del pensiero, tutelato dall'articolo 21 della Costituzione, che riguarda non solo i giornalisti ma anche e soprattutto tutti i cittadini. Il bilanciamento tra i due interessi, come sancisce il Codice in materia di protezione dei dati personali, si realizza attraverso la previsione che il soggetto interessato presti il consenso esplicito al trattamento dei dati che lo riguardano, mantenendo così il controllo su tali informazioni. Tale consenso, in particolare, è anche revocabile. A chi esercita attività giornalistica è, però, permesso il trattamento dei dati personali, la comunicazione e la diffusione anche senza il consenso dell'interessato e, con riferimento ai dati sensibili e giudiziari, senza la preventiva autorizzazione del Garante, purché ci si attenga ai limiti dettati dal diritto di cronaca, individuati nell'essenzialità della notizia e nell'interesse pubblico, con l'unica eccezione dei dati relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dall'interessato o attraverso i suoi comportamenti pubblici (Cass. sentenza 17408/2012).

Ad esempio, possono essere pubblicate le fotografie di persone purché acquisite in modo lecito, cioè fornite dall'interessato o scattate in luoghi pubblici o aperti al pubblico o nel corso di eventi pubblici o in collegamento con fatti di interesse pubblico. Ovviamente i dati personali di chi è coinvolto in indagini giudiziarie possono essere legittimamente pubblicati.

È da puntualizzare che le disposizioni speciali non si applicano solo alla diffusione effettuata da giornalisti, bensì a quella compiuta da chiunque, purché abbia i caratteri tipici e gli scopi precisati dall'articolo 136 del Codice privacy, cioè la funzione di informare o che comunque concerna l'espressione del pensiero.

In merito all'essenzialità della notizia, gli articoli 5 e 6 del codice deontologico dei giornalisti prevedono che tale requisito è rispettato "quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti".

La Carta dei doveri del giornalista, approvata nel 1993, afferma che i diritti della persona devono essere tutelati, e nel pubblicare notizie sulla vita privata delle persone si deve correttamente bilanciare il diritto del singolo con i diritti della collettività.

Una protezione particolare è affermata per i minori e i soggetti deboli, sottolineando l'obbligo di tutelare l'anonimato dei minori e l'impegno ad evitare la loro in trasmissioni televisive che possano ledere la loro personalità.

Viene poi stabilito il divieto di rendere identificabili tre tipologie di soggetti:

- le vittime di violenze sessuali;
- i membri delle forze di pubblica sicurezza e dell'autorità giudiziaria;
- i congiunti di persone coinvolte in fatti di cronaca.

La normativa attuale vieta il trattamento in ambito giornalistico di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale dei cittadini. Esiste inoltre il diritto alla riservatezza sulle origini etniche, il pensiero politico, le convinzioni religiose, il diritto alla dignità degli imputati nei processi e dei malati. In estrema sintesi una notizia riguardante la sfera personale del singolo può essere divulgata, anche in maniera dettagliata, se è indispensabile in ragione dell'originalità del fatto, della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti.

Infine, nel caso dei dati sensibili si prevede che il giornalista possa prescindere dal consenso dell'interessato, rispettando tuttavia il limite dell'essenzialità dell'informazione, oltre a quello della rilevanza del dato per il caso trattato nell'articolo.

13. Privacy e minori

Il problema si presenta rilevante in merito al trattamento di dati relativi ai minori, minori che, da oggetto di protezione, oggi sono passati ad esse considerati soggetto di diritti. Il Garante per la privacy si è mosso da tempo nel senso della più ampia tutela del minore sia nell'ambito familiare che nelle relazioni sociali. È stata così stabilita la prevalenza del diritto alla privacy rispetto al diritto all'informazione giornalistica, quando si tratta di minori. Il diritto ad informare l'opinione pubblica, infatti, non può

mai incidere negativamente sull'immagine del minore mediante la narrazione di fatti e circostanze che lo vedono protagonista, sia quale autore che vittima di illeciti.

Il Garante non manca di osservare che la divulgazione di dati in grado di consentire una identificazione, sia globale che locale, cioè limitata ad un piccolo centro o paese nel quale il minore realmente dimora, è da ritenersi comunque illecita. E questo vale sia nel caso di divulgazione di dati che rendono riconoscibile il minore direttamente, sia indirettamente, come ad esempio il caso della divulgazione del cognome di un padre abusante nei confronti dei figli, anche quando dei figli non sia indicato il nome. Quindi si deve realizzare una tutela della privacy del minore effettiva, sia sotto il profilo formale (omissione dei dati personali) che sostanziale (divieto di identificazione in maniera indiretta). Ovviamente è importante rispettare il principio della essenzialità dell'informazione nell'esercizio dell'attività giornalistica, principio stabilito dall'art. 137 del Codice della privacy e dall'art. 6 del Codice di deontologia del giornalista. Anche l'art. 13 della Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata con legge n. 176 del 1991, riconosce al fanciullo il diritto di essere protetto rispetto ad interferenze arbitrarie od illegali nella sua vita privata. È ovvio che se manca il rischio di un danno alla personalità dei minori, la diffusione delle immagini ritraente il minore è consentita, come ad esempio nel caso in cui il servizio giornalistico dà positivo risalto a qualità del minore, oppure al contesto familiare in cui si sta formando (Garante Privacy, 6 maggio 2004, n. 1007634).

14. Privacy e Internet

La normativa in materia di protezione dei dati personali non impedisce l'acquisizione e il successivo trattamento dei dati da parte di organi preposti dalla legge alla tutela della sicurezza pubblica. La legge consente l'acquisizione di tali dati ai fini di prevenzione, accertamento o repressione dei reati. Ma, a parte ciò, il problema di garantire la privacy si pone in maniera pressante in internet, dove la diffusione dei dati è facile e veloce. Inoltre, tale problema è strettamente legato al tema della sicurezza informatica, visto che spesso si verificano furti di dati attraverso la rete. Una delle piaghe più dannose è appunto lo spyware che, installandosi spesso in maniera fraudolenta nei personal computer delle vittime, provvede a copiare ed inviare dati personali (pagine visitate, account di posta, gusti ecc) a terzi che successivamente li rielaboreranno e rivenderanno per i loro fini economici. Ovviamente la miglior difesa in questo caso è usare il buon senso e programmi adeguati per la sicurezza, come antivirus, firewall, ecc... Dal punto di vista giuridico si è, infatti, sentita l'esigenza di ampliare il vecchio ordinamento giuridico e, di conseguenza, anche la normativa relativa al concetto di privacy che, fino a non molti anni fa, si occupava esclusivamente della tradizionale corrispondenza e della comunicazione telegrafica e telefonica.

Oggi vi sono vari reati penalmente punibili in questo campo:

- illecita diffusione di dati personali;
- violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza informatica;
- rivelazione del contenuto di corrispondenza telematica;
- rivelazione di comunicazioni informatiche o telematiche;
- installazioni abusive di apparecchiature per le intercettazioni informatiche;
- falsificazione, alterazione e sottrazione di comunicazioni informatiche;
- rilevazione del contenuto di documenti informatici segreti;
- accesso non autorizzato ad un sito;
- spionaggio informatico;
- frode informatica.

L'illecita diffusione di dati personali in rete è un reato previsto dal decreto legislativo n. 196 del 2003. Ricorre qualora si pubblicino in rete dati personali (o sensibili o giudiziari) senza espressa autorizzazione del soggetto interessato e fuori dei casi previsti dalla legge. Classico è il caso dell'azienda che pubblichi sul proprio sito i dati dei propri clienti senza autorizzazione e accessibili al pubblico. La pena prevista può arrivare fino a tre anni di reclusione.

Certamente molto importante è stata l'introduzione del reato di frode informatica, sancito dall'art. 640 ter c.p. secondo cui: "chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 1032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1549 se ricorre una delle circostanze previste dal n.1 del secondo comma dell'art. 640 ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema [...].

Ovviamente, le norme per il trattamento dei dati personali nell'ambito della rete sono date dal Codice per la protezione dei dati personali. Ma in questo campo sorgono problemi anche in relazione alle legislazioni estere, poiché internet è ovviamente un mezzo transnazionale, quindi una violazione commessa in rete produce effetti in molti paesi contemporaneamente. Il processo di regolamentazione della rete è quindi agli inizi, sicuramente tutt'ora in crescita.

Privacy e diritto di difesa

Il diritto di difesa, essendo un diritto di rango costituzionale (art. 24 Cost.), prevale sul diritto alla privacy e non può essere soggetto a limitazioni essendo posto nell'interesse pubblico. Per questo motivo la scelta delle modalità attraverso le quali il diritto di difesa viene esercitato spetta al titolare del diritto, che lo esplica come necessario presupposto della difesa. L'utilizzo di dati personali è, quindi, sempre ammesso in sede giudiziaria, ovviamente purché il diritto che si intende tutelare sia di rango pari a quello dell'interessato. In tale ottica, il diritto alla privacy risulta sovraordinato al diritto d'autore, essendo quest'ultimo rivolto a tutelare meri interessi economici e non diritti e libertà dell'individuo, per cui una azienda non è mai autorizzata a tracciare dati dei cittadini al fine di verificare una eventuale violazione dalla normativa sul diritto d'autore, tale attività è infatti demandata in via esclusiva allo Stato e in particolare all'autorità giudiziaria. In sostanza si asserisce che l'art. 156 bis della legge 633 del 1941 determina la prevalenza delle norme a tutela della riservatezza e segretezza delle comunicazioni sulle norme a protezione della proprietà intellettuale e le eccezioni al divieto di trattamento dei dati sono ristrette ad ipotesi ben specifiche e dettagliate. L'art. 24 del codice della privacy, infatti, consente l'uso di dati personali per far valere un diritto in giudizio, ma la norma prevede che il dato sia già in possesso della parte, non che essa sia autorizzata a cercarselo da sé.

Il rapporto giuridico e le situazioni giuridiche soggettive

Il rapporto giuridico può definirsi come la relazione tra situazioni giuridiche soggettive regolate dal diritto.

Più precisamente il rapporto giuridico designa la relazione tra due (o più) soggetti regolata dal diritto. Caratteristica del diritto, è quella di regolare i rapporti giuridicamente rilevanti perché hanno come oggetto interessi suscettibili di valutazione economica, tra i soggetti dell'ordinamento: la norma impone a un soggetto un comportamento da tenere nei confronti di un altro. Si crea, così, il rapporto tra colui cui si impone un comportamento (soggetto passivo) e colui cui questo comportamento giova (soggetto attivo). I soggetti del rapporto sono denominati parti e si distinguono dai soggetti estranei al rapporto, denominati terzi. L'esistenza di una norma giuridica, peraltro, comporta anche una relazione tra chi pone la norma e chi a essa è soggetto. Rapporto giuridico si ha così nel primo come nel secondo caso: pertanto la nozione di esso non può essere ristretta alla sola ipotesi dell'obbligo, cui fa riscontro il diritto (o il potere), ma deve essere estesa anche all'ipotesi della soggezione, cui corrisponde il potere (normativo). Mentre in questa seconda situazione non si possono operare distinzioni, nella prima è possibile distinguere tra rapporti reali e rapporti obbligatori, a seconda che il diritto del soggetto attivo possa essere fatto valere nei confronti di tutti gli altri consociati ovvero solo nei confronti di singoli soggetti determinati. Nel primo caso si parla di

diritto assoluto (per es., proprietà e altri diritti reali; diritti della persona), nel secondo di diritto relativo (per es., obbligazioni).

La situazione giuridica soggettiva indica in quale situazione giuridica viene a trovarsi un soggetto di fronte all'ordinamento per il verificarsi di un fatto giuridicamente rilevante. Le situazioni giuridiche soggettive possono essere attive o passive a seconda che comportino per il titolare un vantaggio o uno svantaggio.

Il nostro ordinamento non dà una definizione delle posizioni o situazioni giuridiche soggettive, la cui nozione è da rinvenirsi nella teoria generale, che le struttura in attive (poteri, facoltà, qualifiche, pretese, interessi e aspettative) o passive (doveri, obblighi, soggezioni e oneri) le prime concesse ad un soggetto, le seconde gravanti su un soggetto. E' nella simmetria tra le due situazioni che si sostanzia ed articola l'essenza del rapporto giuridico. L'abuso del diritto rappresenta per l'ordinamento civile il limite di portata generale al diritto soggettivo.

DIRITTI SOGGETTIVI

Tra le situazioni giuridiche soggettive, in qualità di posizioni ideali del soggetto giuridicamente rilevanti, i diritti soggettivi acquistano un'importanza prevalente e rappresentano lo standard del diritto privato, tanto che per lungo tempo sono stati gli unici ad essere dotati di tutela giurisdizionale piena. Essi presentano un elemento formale (il contenuto ovvero la posizione del titolare) e uno funzionale (l'interesse in ragione del quale il diritto è costituito). L'agere licere mira al soddisfacimento del proprio interesse, protetto dall'ordinamento giuridico, che lo contempera al contempo con i limiti interni ed esterni dovuti alla dimensione sociale in cui si atteggia.

Essi possono classificarsi in:

- 1) **DIRITTI ASSOLUTI** (che possono essere fatti valere erga omnes verso tutti gli altri soggetti e impongono una generale soggezione a favore del titolare ed un generale obbligo negativo di non turbare o violare i suoi diritti, come il **diritto di proprietà, i diritti di famiglia, tutti i diritti reali o i diritti della libertà nel campo pubblicistico**) o relativi (in personam, che circoscrivono tale soggezione a una o più persone determinate, obbligate a dare, fare o non fare qualcosa, come avviene nei diritti di obbligazione o di credito);
- 2) **DIRITTI PATRIMONIALI** (che tutelano interessi economici o valutabili in denaro) e non patrimoniali (moralì, c.d. personalissimi, come il diritto alla vita o i diritti familiari);
- 3) **DIRITTI TRASMISSIBILI** (normalmente trasferibili ad altri soggetti) o intrasmissibili (perché originari, a prescindere dal loro carattere patrimoniale o non, che soddisfano un interesse superiore);

15. DIRITTI SOGGETTIVI E INTERESSE LEGITTIMI

Visti dalla parte di un amministrativista

Bruno Tonoletti (*)

Il tema delle situazioni soggettive costituisce un capitolo difficile per il diritto amministrativo attuale.

Da una parte, in questa materia si sono da lungo tempo cristallizzate nozioni che, avendo acquisito uno statuto assiomatico, influiscono profondamente sulla comprensione della realtà, senza essere a loro volta soggette a verifica. Nella riflessione giuridica è un problema sempre aperto quello di oltrepassare lo schermo delle idee ricevute e riuscire a guardare direttamente la realtà dell'ordinamento, almeno nella misura in cui ci si proponga di andare al di là di una conoscenza già fatta da altri per accedere ad una conoscenza propria. In questa prospettiva, il tema delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo è difficile anzitutto perché richiede di mettere tra parentesi definizioni, categorie, punti di vista e relazioni sistematiche a tal punto sedimentati da apparire autoevidenti.

D'altra parte, la materia delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo, dopo essere rimasta pressoché immobile per quasi un secolo, si è rimessa in movimento a partire dalla sentenza 22 luglio 1999, n. 500 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha riconosciuto la risarcibilità dei danni prodotti dall'esercizio (o dal non esercizio) del potere amministrativo. Questa improvvisa apertura ha rimesso in discussione gli equilibri su cui il diritto vivente si era adagiato in ordine alle situazioni soggettive che i singoli possono vantare nei confronti della pubblica amministrazione, provocando un movimento di assestamento a vasto raggio i cui esiti sono ancora incerti.

In questa situazione, anche se riuscissimo a mettere tra parentesi le categorie ricevute, quella che potremmo osservare sarebbe comunque un tipo di realtà che non offre punti fermi, ma soltanto contraddizione e movimento. E il movimento, si sa, è molto più difficile da riprendere che un'immagine fissa: bisogna correre insieme all'oggetto per poterlo afferrare.

Queste difficoltà sono però anche le ragioni di interesse del tema, sia perché oggi nessuna nozione può più dirsi scontata, e questo apre nuove possibilità di pensiero, sia perché la messa in discussione di equilibri consolidati attira a sé i principali problemi del diritto amministrativo.

2. Quando affrontiamo un tema giuridico, possiamo limitarci a conoscere le regole già fatte – la legge emanata, la sentenza pronunciata, l'interpretazione consolidata –, oppure risalire a prima che le regole si siano formate, al fine di capire il modo in cui si

producono e le ragioni che le determinano. Se adottiamo questo secondo punto di vista, dobbiamo prendere le mosse dalla constatazione che il luogo di emersione delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo è il caso giurisprudenziale.

Bisogna tener presente in proposito che, a causa della struttura dualistica del sistema di giustizia amministrativa, la qualificazione di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione è stata ed è ancora in gran parte subordinata all'esigenza di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Pertanto, il "caso giurisprudenziale" cui mi riferisco comprende anche le pronunce sulla giurisdizione, fra cui prima di tutto quelle rese dalla Sezioni Unite della Cassazione.

Non intendo sostenere che le situazioni soggettive siano create dalla giurisprudenza, senza alcun fondamento di diritto sostanziale, ma soltanto che nel diritto amministrativo, mancando una tipizzazione legislativa delle situazioni sostanziali che spettano ai singoli nei confronti della pubblica amministrazione, la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, senza l'ausilio di quelle definizioni e di quelle clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza a priori.

Tende sempre a riproporsi nella scienza giuridica la questione se le situazioni soggettive abbiano origine nel diritto sostanziale o nel processo. Pur senza prendere posizione per l'una o per l'altra tesi, può però essere interessante soffermarsi a riflettere sul significato della contrapposizione in sè considerata.

Se affermiamo che le situazioni soggettive sono generate dal diritto sostanziale, stiamo assumendo il punto di vista del diritto già fatto, perché i diritti riconosciuti sul piano sostanziale sono quegli assetti di interessi che una norma – non importa se scritta o non scritta, ma comunque considerata vigente – ha già riconosciuto come tali. Questa posizione risponde a una fondamentale esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. La prospettiva della norma già posta (fissata, stabilita) tende, però, a relegare nell'irrilevante la domanda circa il come si sia creata la situazione soggettiva, ovvero circa il come si sia giunti al riconoscimento che determinati interessi sono meritevoli di protezione.

La tesi opposta ritiene che le situazioni soggettive siano il frutto dell'attività giurisdizionale: un diritto c'è nella misura in cui sia riconosciuto dal giudice come tutelabile. Questa posizione, sottolineando l'eccessiva rigidità della concezione positivista, tende ad enfatizzare l'esigenza che l'ordinamento sia in grado di dare risposta ai bisogni di tutela sempre nuovi che emergono nella vita sociale. Se portata all'estremo, tuttavia, anche questa prospettiva finisce per eludere la domanda circa il modo con cui si formano le situazioni soggettive, perché, enfatizzando eccessivamente

il ruolo creativo della giurisprudenza, rischia di mettere in ombra i fattori ordinamentali che influiscono ex ante sul loro riconoscimento in sede giudiziale.

Scartando le due posizioni estreme, a me sembra dunque che sia più utile, per comprendere la genesi delle situazioni soggettive, focalizzare l'attenzione sullo spazio intermedio tra diritto sostanziale e processo.

Da una parte, l'ordinamento ci offre sempre delle norme che regolano certi interessi, le quali possono essere scritte o non scritte, ma in ogni caso hanno una stabilità tale da fornire un'affidabilità sulla loro vigenza e sull'esito della loro applicazione sufficienti a farci ritenere che la corrispondente situazione soggettiva esista ex ante e non solo dopo il processo.

Dall'altra, ci sono gli strumenti di tutela giurisdizionale, cioè le forme con cui il processo attua il diritto sostanziale. La concezione astratta dell'azione, per la quale l'azione è un diritto di chiedere la tutela giurisdizionale indipendente dalla fondatezza della pretesa fatta valere, è un'ottima giustificazione dell'autonomia del diritto processuale dal diritto sostanziale, ma non rappresenta adeguatamente i rapporti tra diritto sostanziale e processo. L'azione in senso concreto, cioè l'azione che consiste nel potere della parte che ha ragione di provocare l'attuazione della legge nei confronti dell'altra parte, non è un'unica azione, ma sono tante azioni contenutisticamente differenziate, a seconda del tipo di pretesa e del tipo di provvedimento giurisdizionale preposto all'attuazione di quella pretesa.

La concezione concreta dell'azione permette di rendersi conto di come le situazioni soggettive non siano interamente riconducibili né al diritto sostanziale né al diritto processuale, ma si generino a partire dallo scarto che esiste tra la legge sostanziale e lo strumento processuale.

Questa sorta di zona intermedia è lo spazio dei rimedi, cioè degli schemi di tutela che l'ordinamento concede ai singoli che siano stati lesi in un loro interesse protetto sul piano sostanziale. Se non è previsto alcun rimedio di fronte alla violazione di un diritto, quel diritto, anche qualora sia proclamato enfaticamente sulla carta, non si può dire che esista effettivamente. D'altra parte, se sulla carta non è previsto alcun diritto, ma per la protezione di un determinato interesse viene concesso uno specifico rimedio, non si può dire che quell'interesse non sia effettivamente un diritto.

A causa della codificazione – la quale, come ha insegnato Windscheid, non è altro che la trasformazione delle actiones, cioè dei rimedi concessi dal giudice, in diritti riconosciuti dalla legge – lo scarto tra diritto sostanziale e processo appare come un difetto del sistema, destinato a venire in evidenza solo eccezionalmente, a fronte dell'emergere di nuovi bisogni di tutela.

Ma nel diritto amministrativo questo spazio intermedio è macroscopicamente evidente, perché le situazioni soggettive dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione non hanno conosciuto alcuna forma di codificazione. Il diritto soggettivo e l'interesse legittimo non sono situazioni soggettive nel senso specifico e concreto in cui lo sono i diritti codificati, ma sono pure sintesi verbali create, da un lato, per risolvere un problema di riparto della giurisdizione (o forse sarebbe meglio dire per razionalizzare a posteriori un certo modo di risolvere quel problema) e, dall'altro, per spiegare perché, mentre nelle controversie davanti al giudice ordinario "si faccia questione di un diritto" (art. 2 della legge del 1865), nelle controversie davanti al giudice amministrativo si faccia questione della legittimità di "atti e provvedimenti ... che abbiano per oggetto un interesse" (art. 3 della legge del 1889).

E' indubitabile che i diritti soggettivi e gli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, per quanto abbiano una base nel diritto sostanziale, prendono forma nel processo. In assenza di una codificazione delle regole dei rapporti tra l'amministrazione e i destinatari della sua azione, le situazioni soggettive sono riconosciute caso per caso dalla giurisprudenza. Quella che appare una situazione limite del diritto civile, cioè il nuovo bisogno di tutela giuridica, è evenienza normale nel diritto amministrativo.

Importante implicazione di questo stato di cose è che la materia delle situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione è fortemente evolutiva, nel senso che non si assesta mai, ma segue costantemente le trasformazioni degli equilibri tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dei singoli che emergono dalla società.

Orbene, va innanzitutto specificato che le situazioni soggettive interessanti il diritto amministrativo sono esclusivamente quelle che i singoli possono vantare nei confronti dell'amministrazione che si pone come autorità, dal momento che ci si muove in un contesto normativo di diritto amministrativo, inteso come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, secondo l'insuperata definizione di Federico Cammeo. Queste considerazioni devono essere pertanto connesse all'idea che solo l'interesse legittimo sia una situazione soggettiva correlata al potere amministrativo, perché un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione si potrebbe avere esclusivamente quando l'amministrazione è priva di potere.

Questa idea della totale reciproca incompatibilità tra potere amministrativo e diritto soggettivo (frutto dell'interpretazione sostanzialmente abrogatrice degli artt. 2 e 4 della legge del 1865, secondo la quale l'atto d'impero non potrebbe essere disapplicato in via principale dal giudice ordinario, da cui si sono sviluppati la teoria della degradazione e il criterio di riparto della giurisdizione basato sull'alternativa tra carenza e cattivo esercizio del potere), per quanto scolpisca un indubitabile dato di

fondo del nostro sistema, illumina solo un lato della figura del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione.

La parte lasciata in ombra è quella più importante ai nostri fini. Il fatto che il diritto soggettivo sia (pensato come) ontologicamente incompatibile con il potere amministrativo tende a nascondere che il problema della qualificazione di una situazione soggettiva come diritto soggettivo si pone sempre e soltanto di fronte al potere amministrativo.

Quando l'amministrazione non agisce come autorità, quando cioè non viene in alcun modo in rilievo una prerogativa del potere pubblico, non si pone alcun problema di qualificazione del diritto soggettivo: se l'amministrazione agisce come un soggetto comune, con gli strumenti di diritto comune, il suo agire non si distingue più in alcun modo da quello di un qualsiasi altro soggetto privato. E' solo quando l'amministrazione agisce come autorità, che si pone il problema se una situazione soggettiva possa essere qualificata come diritto soggettivo. Altrimenti il problema non si pone e quindi non ha più senso riflettere sulla genesi di una certa situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione.

Se si adotta la prospettiva indicata in precedenza, se cioè ci si pone prima della nascita della situazione soggettiva, per chiedersi come e in forza di quali ragioni essa emerga, ci si rende subito conto che per affermare l'esistenza di un diritto soggettivo si deve avere quantomeno escluso che l'amministrazione abbia potere e che quindi è il potere ad essere messo in discussione. Lo spazio logico in cui si giocano le situazioni soggettive del diritto amministrativo è in ogni caso quello dei rapporti tra amministrazione e singoli quando questa si presenti come autorità.

Ovviamente non si tratta veramente di uno spazio "logico", ma di un ambito problematico di diritto pubblico generale, che trova il suo punto di riferimento costituzionale nel tema dello Stato di diritto: in quanto l'amministrazione si ponga in una condizione di superiorità giuridica rispetto al singolo, emerge il problema di evitare che il potere dell'amministrazione, la sua autorità, si trasformi in arbitrio.

Da questo punto di vista, la storia del diritto amministrativo è la storia dei rapporti tra l'autorità e i singoli considerati dal punto di vista dell'esigenza di evitare che l'amministrazione eserciti il proprio potere arbitrariamente, è quindi il tema delle diverse declinazioni che il rapporto tra cittadino e amministrazione assume in risposta alla medesima esigenza.

4. Naturalmente bisogna adottare un'accezione molto larga del termine, intendendo per rapporto una relazione regolata dal diritto.

Il fatto è però che nel diritto amministrativo un complesso di norme che regoli i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione in quanto questa agisca come autorità veramente non c'è.

Il diritto amministrativo scritto è invece popolato da una enorme quantità di disposizioni normative di genere completamente diverso, che non mirano affatto a regolare i rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, ma a regolare l'azione della pubblica amministrazione, individuando gli interessi pubblici da affidare alla sua cura e attribuendole gli specifici poteri a tal fine necessari.

Per quanto, almeno implicitamente e quantomeno per sancirne la subordinazione rispetto all'interesse pubblico, tali disposizioni prendano in considerazione anche gli interessi dei singoli potenzialmente coinvolti nell'azione amministrativa di cui si tratta, in esse è contenuta la disciplina del potere amministrativo, non la disciplina dei rapporti tra l'amministrazione e i singoli coinvolti dall'esercizio o dal non esercizio del potere.

Infatti queste disposizioni sono chiamate anche norme attributive del potere e molto spesso in esse non è neppure contenuta una disciplina sostanziale dei limiti e dei presupposti del potere attribuito all'amministrazione. Per lo più, le leggi amministrative non stabiliscono assetti di interessi, ma delegano all'amministrazione il compito di stabilire in concreto assetti di interessi.

Anche nei pochi casi in cui si riscontra in queste disposizioni almeno la fissazione a grandi linee di un assetto di interessi (come peraltro dovrebbe sempre accadere, in ossequio al principio di legalità sostanziale), la considerazione del rapporto tra l'amministrazione e l'interesse pubblico resta sempre assorbente, mentre quella del rapporto tra l'amministrazione e i singoli è recessiva e soltanto eventuale.

Le leggi amministrative sono rivolte ad attribuire alla pubblica amministrazione un compito di interesse pubblico, rispetto al quale gli interessi dei singoli sono concepiti come sacrificabili a priori: non c'è rapporto nelle norme che attribuiscono compiti alla pubblica amministrazione.

La dimensione del rapporto si costruisce nel processo – mai esaurito nè esauribile – di completamento dello stato di diritto attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, la cui prassi dispiegata nel tempo mostra che il diritto amministrativo non si limita affatto all'insieme frammentario delle leggi amministrative, ma comprende gli istituti e i principi non scritti che, mirando a evitare l'arbitrio nell'esercizio del potere, assicurano un certo equilibrio tra l'esigenza dell'interesse pubblico e l'esigenza di garanzia degli interessi dei singoli.

Attraverso la limitazione della pretesa assolutistica del potere pubblico di vedere senz'altro realizzata la propria volontà – limitazione che si giustifica in considerazione di un interesse del singolo ritenuto meritevole di tutela – emerge nel diritto amministrativo quella dimensione del rapporto che non è già presente, o almeno non è abbastanza evidente, nelle leggi amministrative.

Mi sembra quindi che la definizione di Cammeo del diritto amministrativo, come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, debba essere specificata nel senso che, in primo luogo, le norme che regolano quei rapporti non sono scritte, ma sono un prodotto dell'attività giurisprudenziale, e, in secondo luogo, che la dimensione del rapporto emerge solo attraverso la controversia, quando il singolo contrappone il proprio bisogno di tutela alla pretesa assolutistica del potere pubblico, invocando il diritto come limite di quel potere.

Non bisogna intendere queste considerazioni come la proposta di una definizione dogmatica del diritto amministrativo, ma come un tentativo di avvicinarsi alla sua realtà, cioè di vedere come si

produca e in che cosa effettivamente consista e quali configurazioni assumano in esso le situazioni soggettive.

Un altro elemento importante da sottolineare è l'assenza nel nostro diritto amministrativo di una legge generale sull'azione amministrativa.

Come abbiamo già osservato, il diritto amministrativo scritto è composto da un insieme di leggi che disciplinano settori particolari dell'azione amministrativa (urbanistica, ambiente, commercio, beni culturali, paesaggio, assicurazioni, credito, concorrenza, trasporti, sanità, istruzione, ecc.), ma non esiste una legge organica sull'azione amministrativa in generale.

La prima legge che ha tentato di introdurre norme generali sull'azione amministrativa è stata la legge sul procedimento n. 241/90, la quale peraltro è nata da un progetto dichiaratamente minimalista della Commissione Nigro, che rifuggiva dal tentativo di formulazione una legge organica sull'azione amministrativa, per concentrarsi – non a caso – su alcuni punti ritenuti strategici per orientare l'evoluzione giurisprudenziale verso una maggiore garanzia dei singoli nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Il dato che colpisce è che il diritto amministrativo non sia semplicemente sopravvissuto, ma si sia sviluppato come un sistema ordinato e coerente, per un secolo e mezzo, dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 ad oggi, in assenza di una legge generale e nonostante il disordine e la frammentarietà della legislazione amministrativa.

Evidentemente questo risultato è stato il frutto di una profonda interazione tra l'opera di razionalizzazione e costruzione concettuale della dottrina e l'elaborazione creativa della giurisprudenza. Soprattutto, ai nostri fini occorre sottolineare che l'edificazione della parte generale del diritto amministrativo è stata tacitamente affidata dal legislatore alla giurisprudenza.

Nel diritto amministrativo, infatti, prima della parte generale c'è la previsione dei mezzi processuali, cioè la disciplina delle azioni che il cittadino può promuovere nei confronti della pubblica amministrazione.

L'esigenza di assoggettare l'amministrazione alla legge e di assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, di cui si fa portatrice la cultura liberale ottocentesca, non si è tradotta nel nostro ordinamento in un assetto chiaro dei rapporti sostanziali tra i singoli e la pubblica amministrazione.

Il legislatore unitario non si è impegnato in una codificazione dei doveri fondamentali dell'amministrazione nei confronti dei singoli e delle pretese che i singoli possono corrispondentemente far valere contro la pubblica amministrazione; non si è impegnato neppure nella definizione di precisi assetti di interessi e di limiti sostanziali dell'azione amministrativa.

La realizzazione dello Stato di diritto è stata interamente affidata alle norme sulla giurisdizione e il relativo dibattito politico si è concentrato non sullo stato della legislazione amministrativa, ma sui modelli di tutela giurisdizionale, dando per presupposto un diritto amministrativo sostanziale che in realtà era ancora tutto da costruire.

Il legislatore si è limitato a dettare clausole sulla giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, individuando delle situazioni soggettive che possono essere fatte valere davanti a un giudice secondo specifiche regole processuali: da queste clausole generali sulla giurisdizione è derivato poi, ad opera dell'elaborazione giurisprudenziale, tutto il diritto amministrativo sostanziale, che proprio per questo è ancora oggi profondamente segnato dal problema dell'attribuzione della giurisdizione (ed anzi sembra che da questo problema sia destinato a non potersi mai veramente emancipare).

Inizialmente il legislatore ha scelto la via della giurisdizione ordinaria con la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, per poi convertirsi a un sistema ibrido con la legge Crispi del 1889, con il quale è stata lasciata sopravvivere la giurisdizione ordinaria, ed è stata ad essa sovrapposta la nuova competenza del Consiglio di Stato a conoscere dei ricorsi contro atti o provvedimenti amministrativi per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

16. Gli Enti

Denominazione genericamente usata nelle leggi e nelle discipline giuridiche per indicare organismi e istituti caratterizzati dalla presenza di interessi e finalità più o meno superindividuali, la cui unificazione dà strutturalmente luogo alla creazione di organi e uffici e funzionalmente alla realizzazione di un certo scopo tipico/>tipico. È fenomeno squisitamente giuridico, risultato della creazione di un soggetto, in seguito alla quale un organismo non esistente sul piano naturalistico assume esistenza sul piano giuridico e si presenta dotato di capacità di agire per il perseguimento dei propri fini.

1. E. pubblico

Gli e. pubblici nazionali fanno parte del concetto di amministrazione pubblica, ma non rientrano nell'amministrazione dello Stato, tanto che sono stati anche denominati 'amministrazioni parallele'. Hanno strutture eterogenee e sono dotati di personalità giuridica. Possiedono organi propri (di regola, presidente e consiglio di amministrazione), nominati dal governo, che dettano gli obiettivi e le direttive ai loro uffici. I poteri di vigilanza spettano, in genere, all'autorità di governo, che talora è titolare di poteri di direttiva. Una maggiore autonomia organizzativa e funzionale è riconosciuta agli e. pubblici che sono espressione di comunità di settore, come le camere di commercio, o svolgono attività assistite da garanzie costituzionali, come le università e le istituzioni scolastiche. Sulla natura pubblica di un ente L'individuazione della natura pubblica dell'e. è stata costante oggetto di studio da parte della dottrina, che ne ha elaborato vari criteri distintivi, spesso rivelatisi inadeguati e imprecisi. Pertanto, si è ritenuto di individuare l'e. pubblico sulla base di elementi estrinseci e formali, e in particolare, nel regime giuridico, ovvero nel complesso di norme e di principi che ne regolano l'esistenza e l'attività, e nell'inserimento nella struttura amministrativa pubblica. Inoltre, con la l. n. 70/1970 (legge sul parastato), il legislatore ha dettato criteri positivi e tassativi per l'individuazione e la classificazione degli e. pubblici, stabilendo che l'istituzione o il riconoscimento degli stessi può avvenire solo tramite legge. Anche la giurisprudenza ha contribuito a enucleare alcuni elementi distintivi della natura pubblica dell'e., attraverso l'elaborazione di indici di riconoscibilità, tra cui: la titolarità di poteri di imperio; l'istituzione da parte dello Stato o di altro e. pubblico; l'assoggettamento al controllo o all'ingerenza della Stato; la fruizione di agevolazioni o di privilegi tipici delle amministrazioni statali; il riconoscimento della cosiddetta operatività necessaria (impossibilità che i compiti attribuiti siano espletati da altro soggetto ovvero impossibilità di fallimento o di estinzione volontaria).

Classificazione. L'esistenza di una grande varietà di e. pubblici ne ha reso particolarmente complessa l'opera di classificazione, come dimostra l'impiego in dottrina di elementi discretivi diversi. Così, adottando il criterio degli strumenti impiegati, si è operata la distinzione tra e. economici, che utilizzano il diritto privato, ed e. di amministrazione, che operano in regime di diritto amministrativo; guardando al rapporto con i gruppi interessati, si sono individuati gli e. pubblico-collettivi, che realizzano una commistione tra fenomeno statale e fenomeni prodotti dai gruppi sociali entrati nella sfera pubblica; oppure, guardando alla struttura organizzativa, si è proposta la distinzione tra e. associativi, nei quali i soggetti facenti parte del gruppo incidono su alcune decisioni riguardanti l'attività dell'e., e. a struttura rappresentativa, nei quali i soggetti interessati determinano la nomina della maggioranza dei membri degli organi deliberativi attraverso proprie organizzazioni rappresentative, e. a struttura istituzionale, nei quali gli amministratori sono nominati da soggetti esterni, e. a struttura di società per azioni, che adottano il modello civilistico della società per azioni, variamente modificato dalle norme specifiche, e. federativi, e. confederativi ed e. consortili, che sono espressione della associazione di e. di primo grado; infine, privilegiando il tipo di collegamento con il territorio e l'ambito spaziale di attività, si è stabilita la duplice distinzione tra e. territoriali ed e. non territoriali, e tra e. nazionali ed e. locali.

Controllo e organizzazione Gli e. pubblici sono sottoposti a vigilanza ministeriale e l'operato degli amministratori, per quanto concerne le delibere da questi adottate, i bilanci e i conti consuntivi, è soggetto al controllo del ministro vigilante e del ministro dell'Economia. Inoltre, la Corte dei Conti esercita un controllo sulla gestione finanziaria degli e. pubblici, che si conclude con l'esercizio di un potere di referto in Parlamento (l. n. 259/1958). All'e. pubblico (e. monofunzionale), a differenza che all'e. locale, è affidata tendenzialmente la cura di un solo interesse pubblico, sebbene proprio di molti soggetti. Per quanto concerne l'organizzazione interna, l'e. pubblico (diverso da quello locale) assume di solito una struttura giuridica mutuata dal diritto privato, in particolare dalle fondazioni, nelle quali il consiglio di amministrazione e il presidente sono chiamati a gestire un patrimonio nell'interesse di terzi. In alcuni e. pubblici, per esempio quelli associativi e federativi, è presente anche l'organo assembleare, che non solo elegge l'organo esecutivo ma adotta anche le decisioni fondamentali della vita dell'ente. Dal modello delle società per azioni, inoltre, gli e. pubblici hanno mutuato un altro organo, il collegio dei revisori, che svolge funzioni di controllo dell'amministrazione, dell'osservanza delle leggi, della rispondenza del bilancio alle risultanze dei valori e della scritture contabili.

Il processo di privatizzazione Gli e. pubblici furono istituiti in Italia a partire dai primi anni del XX sec., per gestire funzioni e servizi svolti prima dallo Stato o da soggetti privati, e poi attratti nella sfera pubblica. Il sistema degli e. pubblici, dopo aver raggiunto la sua massima espansione e prosperità negli anni 1970, iniziò a subire un lento processo di declino, che ne ha provocato un drastico ridimensionamento. Al determinarsi di tale evento hanno contribuito alcuni fattori: l'entrata in funzione delle Regioni a statuto ordinario, con il conseguente trasferimento a queste ultime delle funzioni loro riservate dall'art. 117 Cost. (nel testo all'epoca vigente), prima esercitate dagli e. pubblici; una riconsiderazione dell'interesse pubblico a suo tempo invocato per l'istituzione dell'ente. In virtù di questa riconsiderazione, legata anche a un accelerato processo di integrazione europea, è stata prevista la trasformazione degli e. pubblici (genericamente intesi) in associazioni o persone giuridiche di diritto privato, anche al fine di porre rimedio alla crisi della finanza pubblica e di restituire una maggiore efficienza al sistema, diminuendo il numero delle imprese pubbliche. In particolare, il d.lgs. n. 419/1999 ha fissato un termine, che è stato poi più volte differito, entro il quale avrebbero dovuto essere individuati gli e. da privatizzare, trasformare e accorpare. In seguito, la l. n. 448/2001 (art. 28), modificata dalla l. n. 137/2002, ha affidato al governo il compito di individuare gli e. pubblici, le amministrazioni, e le agenzie, finanziati direttamente o indirettamente con risorse pubbliche, da trasformare in società per azioni o in fondazioni di diritto privato o da accorpare con e. e organismi che svolgono attività analoghe o complementari, o da sopprimere e mettere in liquidazione. Da questo processo sono esclusi, assieme agli e. pubblici cui sono affidati compiti di garanzia di diritti a rilevanza costituzionale, quelli che gestiscono la previdenza sociale a livello di primario interesse nazionale, che sono essenziali per esigenza di difesa o di sicurezza, o che svolgono funzioni di prevenzione e vigilanza per la salute pubblica. La trasformazione è subordinata alla verifica che i servizi non siano più proficuamente erogabili al di fuori del settore pubblico.

Particolare attenzione merita il processo di privatizzazione che ha coinvolto la categoria degli e. pubblici economici. Questi e., che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività economica, perseguono un fine pubblico attraverso l'esercizio di un'attività imprenditoriale. La disciplina applicabile al rapporto di lavoro dei dipendenti degli e. pubblici economici è quella stabilita dalle norme del codice civile, e, secondo la Corte di cassazione, non si configurano come atti amministrativi sia gli atti di gestione del rapporto di lavoro sia gli atti organizzativi che ne costituiscono il presupposto (per es., gli atti di approvazione delle piante organiche, la determinazione dei criteri per le promozioni). La questione della delimitazione della giurisdizione nelle controversie inerenti a tali rapporti di lavoro si è rivelata particolarmente

complessa, ed è stata risolta dalla l. n. 533/1973, che ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario. La categoria degli e. pubblici economici è composta principalmente da e. che svolgono direttamente un'attività economica di produzione di beni o servizi (Ferrovie dello stato, Poste, ENEL ecc.).

Il modello organizzativo dell'ente pubblico economico viene fortemente influenzato dal diritto europeo, e in particolare dal divieto degli aiuti di Stato (art. 107 TFUE), dall'applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (art. 106 TFUE), quali le Ferrovie dello stato, le Poste o l'ENEL, e dai principi di risanamento della finanza pubblica stabiliti nel patto di stabilità siglato a Maastricht. Gli adempimenti imposti dalle citate disposizioni comunitarie hanno condotto a un ridimensionamento dell'ente pubblico monopolista e a una politica di privatizzazione che ha consentito di arrivare a una riduzione del debito tramite dismissione del patrimonio. Pertanto, con alcuni provvedimenti, tra i quali si menzionano il d.lgs. n. 386/1991, convertito dalla l. n. 35/1992, e il d.lgs. n. 333/1992, convertito dalla l. n. 359/1992, gli e. pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni (privatizzazione formale), ed è stata prevista una successiva cessione del pacchetto azionario dall'azionista pubblico ai privati (privatizzazione sostanziale).

E. portuali Assieme alle altre organizzazioni portuali costituivano il fulcro della gestione dei principali porti italiani, sulla base di disposizioni normative che istituivano un regime speciale, in alternativa all'amministrazione statale diretta. Essendo loro riconosciuta la natura di e. pubblici economici, provvedevano all'amministrazione del porto in quanto organi ausiliari dello Stato, svolgendo contestualmente attività di impresa in concorrenza con altri utilizzatori delle strutture. A seguito della riforma operata dalla l. n. 84/1994, la gestione dei porti è stata affidata a un e. pubblico non economico, l'Autorità portuale, mentre gli e. e le altre organizzazioni portuali, persa ogni funzione regolatrice pubblica, sono stati trasformati in società che operano nel mercato delle operazioni e dei servizi portuali.

L'attributo di «privato» e di «pubblico» con riferimento all'ente

Gli attributi di «privato» e di «pubblico» assumono, rispetto agli enti, un significato omogeneo rispetto al senso odierno della più generale partizione del diritto in diritto privato e diritto pubblico.

Da questo punto di vista, il pubblico interesse non attiene ai fini dell'ente: piuttosto opera quale ragione che induce il legislatore a sottrarre al diritto comune date categorie di enti o singoli enti. Oltre che sull'art. 11 la teoria normativa si fonda sull'art. 2461, relativo alle società per azioni di interesse nazionale, dal quale emergono i limiti di compatibilità fra la norma della società per azioni e le deroghe al

diritto comune dettate da leggi speciali o singolari: **la società resta tale - ossia un ente di diritto comune - nonostante la «particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e di dirigenti».** La più antica teoria del rapporto di servizio con lo Stato ha avuto il merito di spezzare, per la prima volta nella nostra tradizione giuridica, il nesso fra ente pubblico e fine pubblico; tuttavia presenta un limite, più volte segnalato in dottrina: si adatta agli enti pubblici strumentali, ma non a tutti gli enti pubblici e, in particolare, risulta inadattabile agli enti pubblici territoriali.

Un altro limite va qui messo in evidenza: un rapporto di servizio con lo Stato ben può stabilirsi - e anzi frequentemente si stabilisce - anche con enti che restano, indubitabilmente, persone giuridiche private. È il caso delle S.p.A. in mano pubblica: la giurisprudenza non dubita che esse siano persone giuridiche private, in tutto e per tutto regolate dal c.c., anche quando si tratti di società per azioni a totale partecipazione pubblica; e tuttavia è altrettanto indubbio che esse agiscano quali strumenti dello Stato (società a partecipazione statale) o di altri enti pubblici (società a partecipazione regionale, comunale ecc.) e nell'ambito di un rapporto di servizio che, specie quando amministratori o sindaci siano di nomina pubblica, a norma degli artt. 2458 e 2459, può presentare caratteri di maggiore intensità che non rispetto ad enti sicuramente pubblici.

È degno di nota che i giudici abbiano sì utilizzato la teoria del rapporto di servizio con lo Stato, ma abbiano sentito il bisogno di utilizzarla in combinazione con la teoria normativa dell'ente pubblico. La prima non basta a identificare con certezza un ente pubblico: non spiega perché le società per azioni in mano pubblica, sebbene operanti in un rapporto di servizio, restino enti privati, anzi di diritto comune. **Si può, con sicurezza, affermare di essere in presenza di ente pubblico solo quando si tratti di ente sottratto al diritto comune e destinato ad operare secondo regole di organizzazione e di funzionamento di diritto speciale o di diritto singolare.**

17. LE ASSOCIAZIONI RICONOSCIUTE E NON RICONOSCIUTE

La nozione di associazione

La Costituzione assicura all'art. 18 il diritto dei cittadini di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati dalla legge penale, vietando solamente la costituzione di associazioni segrete e di quelle che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Per associazione si intende generalmente l'organizzazione stabile di più soggetti per la gestione di un interesse comune (Auricchio, A., Associazioni (in generale), in Enc. dir., Milano, 1958, 873; Santaroni, M., Associazione, in Dig. priv.,

Torino, 2006, 485). Si tratta di una definizione in senso ampio, in quanto comune alle associazioni, alle società, ai consorzi ed in generale a tutte le figure di aggregazioni collettive con scopo comune. Il codice civile tuttavia non contiene una definizione specifica delle associazioni. Si ritiene comunemente che esse si caratterizzino, per differenza rispetto alle società ed ai consorzi per: a) l'organizzazione interna di tipo collettivistico o corporativo, che si contrapporrebbe ad un'organizzazione di tipo individualistico o personalistico; b) la struttura personale aperta ed il conseguimento di un interesse di categoria contrapposto ad un interesse di gruppo; c) la natura non lucrativa dello scopo perseguito dai membri (Galgano, F., *Le associazioni non riconosciute ed i comitati*, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna, 1974, 191).

La giurisprudenza, nel tempo, ha contribuito ad arricchire tale definizione evidenziando la caratteristica dell'assenza dello scopo di lucro quale elemento discriminante tra associazioni e società (sul punto, in particolare v. la risalente pronuncia di Cass., 14.10.1958, n. 325, in Foro it., 1958, I, 1617, secondo cui è essenziale al fine di negare l'esistenza di una società, la mancanza dello scopo di dividere gli utili).

Il codice civile distingue tra associazioni riconosciute, che sono dotate di personalità giuridica, ed associazioni non riconosciute, disciplinando le associazioni riconosciute assieme alle fondazioni agli articoli da 14 a 35 e le associazioni non riconosciute, assieme ai comitati, agli articoli da 36 a 42. Di seguito si espongono i tratti essenziali delle associazioni riconosciute, per poi illustrare sinteticamente i caratteri che differenziano quelle non riconosciute.

2. Gli elementi essenziali delle associazioni

Si possono individuare taluni elementi costanti nel fenomeno associativo.

a) La pluralità di soggetti. Il co. 2 dell'art. 27 c.c., afferma che le associazioni si estinguono quando tutti gli associati sono venuti a mancare. La natura stessa del fenomeno associativo, quale coalizione di una pluralità di soggetti, fa desumere generalmente che elemento essenziale e caratteristico delle associazioni sia la pluralità di soggetti, tanto al momento della costituzione dell'associazione, quanto per tutta la sua durata (Auricchio, A., *Associazioni (in generale)*, cit., 875).

b) Lo scopo comune. Gli associati sono riuniti con un vincolo giuridico da loro stessi determinato per il perseguimento di uno scopo comune, tanto che il raggiungimento dello scopo determina l'estinzione dell'associazione (art. 27, co. 1, c.c.). Se ne desume che l'esistenza di uno scopo comune sia una caratteristica essenziale del fenomeno associativo.

c) Il fondo comune. Si afferma comunemente che elemento essenziale del fenomeno associativo sia anche la presenza di un fondo comune, destinato al perseguimento dello scopo (Auricchio, A., Associazioni (in generale), cit., 876).

3. La costituzione. L'atto costitutivo e lo statuto

A norma dell'art. 14 c.c., le associazioni che aspirino al riconoscimento devono essere costituite per atto pubblico. La scelta è stata dettata perché l'atto è destinato a dare vita, nel caso delle associazioni riconosciute, ad una persona giuridica e pone in rilievo l'importanza che nella valutazione del Legislatore del 1942 assumeva l'interesse del soggetto a creare non una semplice associazione, ma una vera e propria persona giuridica (Auricchio, A., Associazioni (in generale), cit. 896).

Sono elementi essenziali dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 16 c.c.): a) la denominazione dell'ente; b) l'indicazione dello scopo; c) l'indicazione del patrimonio; d) le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione; e) la disciplina dei diritti e gli obblighi degli associati; f) la disciplina delle condizioni per la loro ammissione.

Sono elementi non essenziali: a) le disposizioni relative all'estinzione dell'ente; b) alla devoluzione dei beni; c) alla modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto; d) la trasmissione della qualità di associato (art. 24 c.c.); e) la clausola che impone di fare parte dell'associazione per un tempo determinato (art. 24 c.c.); f) in generale, le clausole che disciplinano la vita ed il funzionamento dell'associazione consentite dall'autonomia patrimoniale (art. 1322 c.c.) e non previste quali obbligatorie dalla legge. Si ritiene che l'atto costitutivo privo di uno degli elementi essenziali sia nullo (Auricchio, A., Associazioni (in generale), cit., 897) e che in ogni caso la mancanza di uno di tali elementi determini un ostacolo al riconoscimento della personalità giuridica (Ferrara, F., Le persone giuridiche, in Tratt. Vassalli, II, 2, Torino, 1958, 231 e ss.). Generalmente si afferma che nell'atto costitutivo debbano essere fissati gli elementi fondamentali dell'ente che valgono ad individuarlo, mentre lo statuto dovrebbe contenere le norme di funzionamento (Auricchio, A., Associazioni (in generale), cit., 897); tuttavia la legge non distingue nettamente tra atto costitutivo e statuto. Secondo l'opinione più accreditata, l'atto costitutivo ha natura di un vero e proprio contratto, sia pure di natura diversa dai contratti di scambio e caratterizzato dalla comunione di scopo, in cui ogni contraente trova il corrispettivo della propria prestazione nella partecipazione al risultato cui tende l'intera associazione. Si tratterebbe dunque di un contratto oneroso a prestazioni corrispettive (Cariota Ferrara, L., Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 2011, 210 ss.), con struttura aperta, in quanto è possibile che al rapporto associativo in futuro aderiscano altri soggetti. Non è esclusa (ed anzi è frequente) la possibilità di una formazione progressiva dell'associazione, che si ha quando taluni soggetti (promotori) predispongono un programma di adesione all'associazione, i futuri associati vi

aderiscono, sino a quando gli associati non si riuniscono per costituire formalmente l'associazione stessa.

4. Il riconoscimento della personalità giuridica ed i suoi effetti

L'art. 12 c.c. prevedeva che il riconoscimento della personalità giuridica avvenisse con decreto del Capo dello Stato.

La norma è stata abrogata dal d.P.R. 10.2.2000, n. 361, che ha previsto un meccanismo semplificato per l'ottenimento della personalità giuridica, che presuppone una domanda presentata alla prefettura del luogo in cui ha sede l'associazione. La personalità giuridica consegue all'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche tenuto presso la prefettura. L'iscrizione ha dunque valenza di pubblicità costitutiva. La competenza al riconoscimento è demandata alle Regioni per quelle associazioni che operano nelle materie attribuite alla competenza delle regioni dal d.P.R. 24.7.1977 n. 616 e le cui finalità statutarie si esauriscono nell'ambito di una sola regione (art. 7).

Ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste dalle norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo. La consistenza del patrimonio deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda. Il Prefetto provvede entro centoventi giorni (art. 1). Nel registro devono essere indicati la data dell'atto costitutivo, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica ed il cognome, il nome ed il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza (art. 4).

Nel registro devono altresì essere iscritte le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie, la sostituzione degli amministratori con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza, le deliberazioni di scioglimento, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento o accertano l'estinzione, il cognome e nome dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è prevista dalla legge o da regolamento (art. 4).

L'effetto del riconoscimento della personalità giuridica consiste nella cd. autonomia patrimoniale perfetta, che caratterizza le associazioni riconosciute rispetto a quelle non riconosciute.

Dei debiti contratti risponde solo l'associazione riconosciuta con il suo patrimonio, non essendo prevista la responsabilità sussidiaria di colo che hanno agito per conto dell'associazione, come accade invece nell'associazione non riconosciuta (art. 38 c.c., v. infra).

5. Gli organi dell'associazione. L'assemblea generale

L'assemblea è un organo collegiale di cui fanno parte tutti gli associati; ad essa spettano le decisioni relative alla vita, all'attività ed alla disciplina dell'ente (Santaroni, M., Associazione, cit., 489). La legge attribuisce all'assemblea degli associati una competenza inderogabile determinata in ragione della materia. All'assemblea spettano l'approvazione del bilancio (art. 20 c.c.), la nomina degli amministratori, le azioni di responsabilità contro di essi (art. 22 c.c.), le modificazioni dell'atto costitutivo (art. 21 c.c.), l'esclusione degli associati (art. 24 c.c.), lo scioglimento dell'associazione (art. 21 c.c.).

L'attività dell'assemblea è regolata dal principio maggioritario (Art. 21 cod. civ.). La legge disciplina partitamente:

a) La convocazione. Deve essere compiuta almeno una volta all'anno da parte degli amministratori per l'approvazione del bilancio ed ogni volta che se ne ravvisa la necessità o ne faccia richiesta almeno un decimo degli associati. Nell'ultimo caso, se gli amministratori restano inerti, provvede il presidente del Tribunale (art. 20 c.c.). La norma è generalmente ritenuta applicabile anche alle associazioni non riconosciute (Trib. Roma, 12.12.1985, in Riv. Not., 1986, 1131; Trib. Salerno, 23.1.1990 in Giur. it., I, 2, 353).

b) Le deliberazioni. Esse sono prese a maggioranza dei voti e con la presenza di almeno metà degli intervenuti in prima convocazione, e qualunque sia il numero degli intervenuti in seconda convocazione (art. 21 c.c.). Gli amministratori non hanno diritto di voto nelle delibere che riguardano l'approvazione del bilancio e l'esercizio dell'azione di responsabilità (art. 21 c.c.). Maggioranze qualificate, sono previste: i) per le deliberazioni attinenti alle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto (presenza di almeno tre quarti degli associati, maggioranza degli intervenuti), ii) scioglimento e messa in liquidazione e devoluzione del patrimonio della associazione (voto favorevole di almeno tre quarti degli associati) (art. 21 c.c.).

c) Le impugnazioni. È prevista la possibilità di chiedere l'annullamento delle deliberazioni contrarie alla legge, all'atto costitutivo ed allo statuto, su istanza di qualunque associato, degli organi dell'ente o del pubblico ministero (art. 23 c.c.). L'impugnazione si rivolge al tribunale il cui presidente, o il giudice istruttore (evidentemente, a seconda che sia stato designato o meno), può sospendere l'esecuzione della delibera per gravi motivi. L'art. 23 c.c. è ritenuto applicabile anche alle associazioni non riconosciute dalla costante giurisprudenza (Trib. Bologna, 6.5.1988 in Foro it., 1988, I, 3091; Cass., 21.10.1987, n. 7754; Trib. Cagliari, 26.2.1998 in Riv. giur. sarda, 1999, 145). L'impugnazione non è soggetta a termine, salvo che abbia ad oggetto l'esclusione di un associato, ai sensi dell'art. 24 cod. civ.. Il principio

è stato recentemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 10.4.2014 n. 8456).

6. (segue) Gli amministratori L'attività esterna dell'associazione è svolta dagli amministratori. Non vi sono particolari limiti legislativi alla composizione dell'organo amministrativo, che dunque potrà essere monocratico (amministratore unico) o collegiale (consiglio di amministrazione), a seconda di quanto prevedano l'atto costitutivo e lo statuto, i quali stabiliranno anche le modalità di nomina dei componenti e disciplineranno i poteri di rappresentanza (così anche Santaroni, M., Associazione, cit., 494).

Il consiglio di amministrazione sarà presieduto da un presidente, secondo le norme di volta in volta stabilite dall'atto costitutivo e dallo statuto. Spettano in ogni caso all'organo amministrativo i compiti ed i poteri loro assegnati per legge quali: a) la convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio (art. 20 c.c.), o quando ne faccia richiesta un decimo degli associati (art. 20 c.c.); b) ricevere le dichiarazioni di recesso degli associati (art. 24 c.c.); c) predisporre il bilancio e sottoporlo all'approvazione dell'assemblea (arg. ex art. 21 c.c.).

Si afferma in giurisprudenza che le deliberazioni dell'organo amministrativo in composizione collegiale siano impugnabili da parte dei componenti dell'organo amministrativo e dall'associato, qualora siano lesive di un suo diritto, in applicazione del principio di cui all'art. 2388 cod. civ. (Cass., 10.5.2011, n. 10188; Trib. Roma, 22.2.2010, in Foro it., 2010, I, 2879). Gli amministratori sono responsabili nei confronti dell'associazione secondo le regole del mandato, ma non rispondono gli amministratori che non abbiano partecipato all'atto che ha causato il danno, salvo che, essendo a cognizione dell'atto che si stava per compiere, non abbia fatto constare il proprio dissenso (art. 18 c.c.).

Le azioni di responsabilità contro gli amministratori sono deliberate dall'assemblea ed esercitate dai nuovi amministratori o dai liquidatori (art. 22 c.c.). In caso di fallimento dell'associazione, si ritiene che il curatore sia legittimato all'esperimento all'azione sociale di responsabilità (Trib. Padova, 24.11.1993, in Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 866).

7. La rappresentanza sociale

In base all'art. 19 c.c., le limitazioni del potere di rappresentanza che non risultino nel registro di cui all'art. 3, d.P.R. n. 361/2000 non possono essere opposte ai terzi che non ne erano a conoscenza. La disposizione non è considerata applicabile alle associazioni non riconosciute. Si è ritenuto infatti che la norma, da considerarsi eccezionale, che non consente alle persone giuridiche private di opporre limitazioni del potere di rappresentanza dei propri organi che non risultino dal prescritto

registro, salvo che si privo che il terzo ne fosse a conoscenza, non sia applicabile, in via di interpretazione estensiva o per analogia, alle associazioni non riconosciute, in quanto per esse non è stabilita alcuna forma di pubblicità (Cass., 7.6.2000, n. 7724).

Nella lacunosità della disciplina legislativa, si ammette generalmente che alle associazioni possa adattarsi la soluzione prevista dalla legge per le società, ove gli amministratori possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2298 c.c.). In tal senso, l'amministratore di una associazione dovrà ritenersi legittimato a compiere tutti quegli atti che rientrino nell'oggetto sociale (Auricchio, A., Associazioni riconosciute, in Enc. dir., Milano, 1958, 911).

Al di fuori dell'ipotesi dell'art. 19 c.c., si ritiene applicabile la disciplina generale in materia di rappresentanza senza potere all'amministratore che agisce senza potere o eccedendone i limiti: la sua attività non vincolerà l'ente ed egli sarà responsabile nei confronti del terzo ai sensi dell'art. 1398 c.c. (ancora Auricchio, A., Associazioni riconosciute, cit., 912).

8. Recesso ed esclusione degli associati

La legge riconosce agli associati il potere di recedere dall'associazione in qualsiasi momento, salvo che non sia stato assunto l'impegno di farne parte per un tempo determinato (art. 24 c.c.).

La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori ed è efficace allo scadere dell'anno in cui è esercitata, purché fatta con almeno tre mesi di preavviso. Il potere di recesso è considerato una delle modalità di espressione della libertà di associazione, dal che si è ritenuta nulla la clausola che differisca indebitamente lo scioglimento del rapporto a seguito del recesso (Trib. Udine, 18.10.1993, in Foro it., 1994, I, 2918). L'esclusione dell'associato è di competenza dell'assemblea. Essa può essere deliberata solo per gravi motivi (art. 24 c.c.). L'associato escluso può impugnare la delibera di esclusione ricorrendo all'autorità giudiziaria nel termine di sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione. La norma è ritenuta comunemente applicabile anche alle associazioni non riconosciute (Cass., 2.3.1973, n. 579; Cass., 9.5.1991, n. 5192; Trib. Bologna, 6.5.1988, in Foro it., 1988, I, 3091; Trib. Roma, 10.11.2001, in Società, 2002, 716), anche se in merito alle modalità del recesso, la Cassazione ha ritenuto che esse possano essere derogate dallo statuto delle associazioni non riconosciute (Cass., 11.5.2001, n. 6554).

9. Lo svolgimento di attività economica

È ormai consolidato l'orientamento secondo cui le associazioni, nonostante siano prive di scopo di lucro, possono svolgere attività commerciale: non possono distribuire utili

agli associati, ma possono reimpiegarli per gli scopi dell'associazione (Cass., 14.10.1958, n. 3521, in Foro it., 1958, I, 1617; Trib. Roma, 11.6.1954, in Dir. Fall., 1954, II, 455; in tema di fondazioni Trib. Milano, 16.7.1998, in Giur. it., 1999, 1678). Si è ritenuto che lo svolgimento di attività economiche non può essere considerato decisivo al fine di distinguere tra associazione e società, essendo rilevante lo scopo perseguito, non l'attività in quanto tale (Galgano, F., Le associazioni non riconosciute ed i comitati, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, Bologna, 1974, 76). Altrettanto consolidato è il principio secondo cui lo svolgimento di attività commerciale implica l'assoggettabilità al fallimento (la soluzione è accolta sin da tempo risalente, v. ancora Trib. Roma, 11.6.1954, in Dir. Fall., 1954, II, 455; recentemente, Cass., 24.6.2011, n. 6835).

10. Liquidazione, cessazione, estinzione

Le associazioni riconosciute, al pari delle fondazioni, si estinguono: a) per le cause previste dall'atto costitutivo; b) quando lo scopo è stato raggiunto o è diventato impossibile; c) quando tutti gli associati sono venuti a mancare (art. 27 c.c.); per delibera del voto favorevole di almeno tre quarti degli associati (art. 21, ult. co., c.c.). La prefettura, su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio, accerta l'esistenza di una delle cause di estinzione della persona giuridica previste dall'art. 27 c.c. e dà comunicazione di estinzione agli amministratori ed al presidente del tribunale ai fini previsti dall'art. 11 delle disposizioni di attuazione al codice civile.

L'art. 11 delle disposizioni di attuazione al codice civile prevede che quando la persona giuridica è dichiarata estinta o l'associazione sciolta, il presidente del tribunale, anche d'ufficio, nomina uno o più commissari liquidatori, salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non prevedano una diversa forma di nomina ed a questa si proceda entro un mese dal procedimento. Non ha effetto la eventuale preventiva designazione dei liquidatori nell'atto costitutivo o nello statuto.

Si ritiene che tra le cause di estinzione sia anche da annoverare la sopravvenuta perdita dei beni, che sia definitiva e senza possibilità di recupero (Cass., 22.6.1956, n. 2223; App. Torino, 12.2.1958 e 10.10.1958, in Temi, 1958, 621). Il provvedimento amministrativo che accerta l'estinzione della persona giuridica è considerato avere natura costitutiva, al pari del provvedimento di riconoscimento (Santaroni, M., Voce "Associazione", cit., pag. 496). Sia la dichiarazione governativa di estinzione che la deliberazione assembleare di scioglimento non sanciscono la fine della persona giuridica, ma solo l'apertura della fase di liquidazione, che ha quale scopo la definizione dei rapporti pendenti e la devoluzione dei beni dell'associazione.

Il procedimento di liquidazione è disciplinato dagli articoli da 11 a 21 delle disposizioni di attuazione al codice civile, che prevedono la predisposizione di un

inventario dei beni, la distribuzione degli stessi, la riscossione dei crediti ed il pagamento dei debiti e la redazione di un bilancio finale di liquidazione. I liquidatori operano sotto la sorveglianza del tribunale (art. 12 disp. att. c.c.).

La cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche è ordinata dal presidente del tribunale dopo la chiusura della liquidazione (art. 20 disp. att. cod. c.c.). I beni residui sono devoluti in conformità all'atto costitutivo ed allo statuto (art. 31 c.c.) o, in mancanza, secondo quanto le disposizioni previste dalla delibera di scioglimento; quando anche queste mancano, provvede l'autorità governativa (art. 31 c.c.).

11. Le associazioni non riconosciute. Caratteri salienti

Le associazioni non riconosciute occupano nel codice civile uno spazio marginale rispetto a quelle riconosciute.

Tuttavia nell'esperienza pratica tale prospettiva è stata del tutto ribaltata e le associazioni non riconosciute hanno trovato amplissimo spazio nella realtà, arrivando a costituire organizzazioni sociali tra le più importanti e diffuse della realtà italiana del dopoguerra. Partiti politici e sindacati sono, nell'ordinamento italiano, associazioni non riconosciute.

Il cd. 'terzo settore', locuzione con la quale nell'uso comune ci si riferisce al fenomeno del volontariato sociale e delle ONG (Organizzazioni Non Governative), comprende in grandissima parte associazioni non riconosciute.

L'associazione non riconosciuta si caratterizza come un gruppo di persone impegnate a svolgere in forma stabile una attività di comune interesse il cui ordinamento interno è regolato dagli accordi degli associati (art. 36 c.c.), dotato di un fondo comune costituito dai contributi degli associati e dai beni acquistati con tali contributi (art. 37 c.c.) non divisibile e sul quale – oltre che sul patrimonio di coloro che hanno agito per conto dell'associazione – possono soddisfarsi i creditori per le obbligazioni assunte da tali soggetti (art. 38 c.c.).

L'associazione non riconosciuta si costituisce di regola senza l'osservanza di particolari formalità: è sufficiente che più soggetti manifestino il proposito di svolgere in forma stabile un'attività di comune interesse, dotandosi di un ordinamento interno, di un'organizzazione e di mezzi patrimoniali (Basile, M., Gli enti di fatto, in Tratt. Rescigno, 2, Torino, 1982, 289; Santaroni, M., Associazione, cit., 496).

Sarà necessaria la forma scritta (e le ulteriori formalità per la trascrizione) qualora, nel costituire l'associazione, si apportino immobili in proprietà o in locazione o godimento ultranovennale (art. 1350, n. 9, c.c.).

Le associazioni non riconosciute stanno in giudizio nella persona alla quale, per accordo degli associati, è conferita la presidenza o la direzione (art. 36, co. 2, c.c.).

Sulla base della nuova formulazione dell'art. 2659 c.c., modificata a seguito della l. 27.2.1985, n. 52, le associazioni non riconosciute possono ottenere la trascrizione in proprio favore degli acquisti immobiliari (la questione è stata a lungo dibattuta in giurisprudenza: v. tra l'altro il caso di Cass., 12.6.1986, n. 3898, in Foro it., 1986, I, 2123; Trib. Napoli, 11.4.1986 in Dir. Giur., 1986, 889).

Delle obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione rispondono il fondo comune nonché illimitatamente, personalmente e solidalmente, le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 c.c.).

Si è discusso se tale responsabilità incomba su tutti coloro che hanno deciso l'atto che ha generato il sorgere dell'obbligazione (Galgano, F., Le associazioni, cit., 223, ss.), ma si è preferito ritenere che la responsabilità personale e solidale sia riferibile alle sole persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (Cass., 16.5.2000, n. 280; 11.5.2004, n. 8919).

La responsabilità solidale di coloro che hanno agito in nome dell'associazione non è subordinata al beneficio della preventiva escussione del fondo comune (Cass., 21.11.1984, n. 5954).

Dell'esercizio di attività economica e dell'assoggettabilità a fallimento si è già fatto cenno a proposito delle associazioni riconosciute. La natura di imprenditore commerciale è stata riconosciuta sussistente in capo ad associazioni non riconosciute operanti nei più svariati settori (ad esempio in ambito sportivo: Trib. Savona, 18.1.1982 in Foro it., 1982, I, 832; Trib. Monza, 11.6.2001, in Giur. merito, 2002, 10).

12. Le associazioni con struttura atipica

La grande diffusione del fenomeno associativo e la duttilità della normativa, in particolare quella relativa alle associazioni non riconosciute, ha consentito, nel tempo, lo sviluppo di forme associative nuove ed atipiche, in cui la struttura organizzativa dell'associazione non riconosciuta è stata adattata a realtà aventi caratteristiche in comune con le società, le comunioni, le imprese. Tra esse si sono individuate talune figure di particolare rilievo per la diffusione e la rilevanza economica acquisita:

- i) I fondi previdenziali, generalmente qualificati come associazioni non riconosciute nonostante lo scopo di carattere mutualistico (Cass., 12.10.1962, n. 2933 in Giust. civ., 19623, I, 563; Cass., 22.4.1982, n. 2429);
- ii) I consorzi di urbanizzazione, consorzi tra proprietari per l'autogoverno delle urbanizzazioni nei comprensori residenziali o turistici (Galgano, F., Autodisciplina

urbanistica, in Contr. e impr., 1985, 573 ss.), qualificati come associazioni non riconosciute dalla giurisprudenza dalla fine degli anni cinquanta (Trib. Novara, 19.4.1958, in Foro it., 1958, I, 1549; Cass., 19.6.1962, n. 1556, in Foro it., 1962, I, 2, 1679) con un orientamento confermato ancora in epoca recente (Cass., 14.5.2012, n. 7427, secondo cui l'acquirente di un immobile sito in un comprensorio in cui è in essere un consorzio di urbanizzazione subentra nel consorzio stesso e nei debiti del consorziato dante causa, quale obbligazione 'propter rem', senza bisogno del recesso e dell'esclusione dell'associato prescritta dall'art. 24 c.c.);

iii) Le associazioni tra enti pubblici, considerate espressione della capacità di diritto privato degli enti pubblici (parere della Corte dei Conti, 22.7.1986, in Giur. Comm., 1988, II, 28; la questione è stata ancora recentemente ribadita dalla Cass., Sez. trib., 7.5.2014, n. 9791);

iv) Le associazioni professionali, in merito alle quali è prevalente l'orientamento che le ritiene assimilabili, quanto alla disciplina ed alla regolamentazione dei rapporti interni, alle associazioni non riconosciute (recentemente, Cass., 15.4.2013, n. 9110).

13. Recenti interventi normativi sul “terzo settore”

Dagli anni novanta del Novecento il Legislatore è intervenuto a disciplinare taluni aspetti del fenomeno associazionistico, principalmente con normative di carattere fiscale e tase (perlomeno sulla carta) ad agevolarne l'attività e lo sviluppo.

a) Le organizzazioni di volontariato. Il primo importante intervento ha riguardato la l. 11.8.1991, n. 266 (l. quadro sul volontariato), che ha stabilito, tra l'altro, che le organizzazioni di volontariato possono costituirsi nella forma che ritengono più adeguata salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico (art. 3) ed istituito un registro di tali organizzazioni (art. 6). La legge quadro sul volontariato assicura alle organizzazioni di volontariato taluni benefici fiscali, quali l'esenzione dall'imposta di bollo e di registro per gli atti costitutivi, l'esenzione da ogni imposta per le successioni e le donazioni ricevute da tali organizzazioni e l'esonero dall'applicazione dell'IVA per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi (art. 8).

b) Le Onlus. La l. 4.12.1997, n. 460 reca disposizioni riguardanti le 'organizzazioni non lucrative di finalità sociale' (Onlus), istituendo un'anagrafe presso il Ministero delle Finanze (art. 11) e prevedendo varie agevolazioni di carattere fiscale, quali l'esclusione dei proventi derivati dallo svolgimento delle attività istituzionali dalla formazione del reddito imponibile (art. 12), e la possibilità per i benefattori di detrarre dai redditi (con limiti) le erogazioni in favore di tali organizzazioni (art. 13), oltre a

numerose altre facilitazioni in materia di IVA, di ritenute alla fonte, di imposte sulle successioni e donazioni, di imposte sugli immobili e tributi locali.

c) Le associazioni di promozione sociale (APS). La l. 7.12.2000 n. 383 ha introdotto la figura delle associazioni di promozione sociale (APS), disciplinandone articolatamente il funzionamento interno e la responsabilità nei confronti dei terzi ed istituendone un registro nazionale. In favore di tali associazioni la legge prevede numerose agevolazioni fiscali e provvidenze affinché esse abbiano accesso a contributi pubblici, anche comunitari. Nei confronti dei terzi risponde il fondo sociale e solo sussidiariamente coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art. 6), in deroga al principio di cui all'art. 38 c.c.

18. IMPRENDITORE E IMPRESA

Il codice civile non dà una definizione di impresa ma dà una definizione di imprenditore.

La nozione di imprenditore è contenuta all'articolo 2082 rubricato proprio "imprenditore" e contenuto nel titolo II "del lavoro nell'impresa" del libro V "del lavoro" del codice civile. L'articolo 2082 recita testualmente: "è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

Dall'interpretazione della norma possiamo ricavare quali siano i requisiti essenziali perché si abbia la qualità di imprenditore in senso generale e quindi perché si possa essere titolari dell'impresa.

- I requisiti sono:
- -l'attività produttiva.
- -L'organizzazione.
- -L'attività economica.
- -La professionalità.

L'attività produttiva:

L'impresa si compone di una serie di atti finalizzati alla produzione oppure allo scambio di beni o servizi, possiamo dire quindi che si tratti di un'attività produttiva di nuova ricchezza, la quale si rileva anche nell'attività di scambio che incrementa l'utilità dei beni spostandoli nel tempo oppure nello spazio.

L'attività di semplice godimento, cioè l'attività che non dà luogo alla produzione di nuovi beni o servizi non è impresa.

L'organizzazione:

non si può avere attività d'impresa senza l'impiego coordinato dei fattori produttivi, cioè senza l'impiego di capitale e lavoro proprio oppure altrui.

L'imprenditore nello svolgere la sua attività crea un complesso produttivo, il quale complesso produttivo è formato da persone e da beni strumentali che possono essere macchinari, locali, materie prime, merci.

Questo aspetto è sottolineato dal legislatore quando qualifica l'impresa come attività organizzata, quando disciplina il lavoro e l'organizzazione del lavoro nell'impresa, quando disciplina e definisce all'articolo 2555 l'azienda come “il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”.

L'attività economica:

L'impresa è attività economica, e nella definizione dell'articolo 2082 l'economicità è richiesta in aggiunta allo scopo produttivo dell'attività.

Di conseguenza perché si abbia impresa è essenziale che l'attività produttiva sia portata avanti con metodo economico, secondo modalità che consentano almeno la copertura dei costi con i ricavi e assicurino l'autosufficienza economica.

Altrimenti si avrebbe consumo e non produzione di ricchezza.

Non è imprenditore chi produce beni o servizi che vengono erogati gratuitamente, in questo caso si escluderebbe la possibilità di coprire i costi con i ricavi.

Perché si abbia attività economica non è però essenziale che essa sia caratterizzata anche dall'intento dell'imprenditore di conseguire un guadagno oppure un profitto personale, cioè lo scopo di lucro.

Di conseguenza questo non può essere considerato un requisito essenziale dell'attività di impresa.

La professionalità:

L'ultimo dei requisiti espressamente richiesti dall'articolo 2082 perché si abbia la qualità di imprenditore è il carattere professionale dell'attività.

Professionalità significa perciò esercizio abituale e non esercizio occasionale di una data attività produttiva.

Non è imprenditore chi compie un isolato acquisto e successiva rivendita di merci.

Non è imprenditore chi organizza un singolo servizio di trasporto oppure chi organizza un singolo spettacolo sportivo.

La professionalità non richiede però che l'attività imprenditoriale sia svolta in modo continuato senza che ci siano delle interruzioni.

Ad esempio per le attività stagionali come alberghi in località di villeggiatura, stabilimenti balneari, rifugi alpini, è sufficiente che gli atti d'impresa si ripetano costantemente secondo le cadenze proprie di quel tipo di attività.

Il requisito della professionalità non richiede neppure che l'impresa sia l'unica attività oppure la principale attività del soggetto.

È imprenditore anche il Professore oppure l'impiegato che gestisce un negozio oppure un albergo.

Da questo si deduce che è possibile anche il contemporaneo esercizio di più attività di impresa, ad esempio, si possono esercitare insieme l'impresa agricola e l'impresa commerciale da parte dello stesso soggetto.

Quindi per potere essere considerati imprenditori devono ricorrere tutti i requisiti stabiliti dall'articolo 2082 del codice civile

19. IL CONTRATTO SOCIALE

Il contratto di società è un contratto a forma variabile, di durata, associativo e con comunione di scopo. È dubbio se possa intendersi come o meno un negozio a prestazioni corrispettive. Da tale qualifica dipende la possibilità di applicare al contratto in questione gli istituti della risoluzione per eccessiva onerosità e della rescissione per lesione. Il negozio societario, definito dall'art. 2247 c.c. come il contratto con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, appartiene alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, individuata dal combinato disposto degli articoli 1420, 1446, 1459 e 1466 del codice civile. Tali sono i negozi, stipulati tra due o più parti, in cui le prestazioni sottese all'accordo convergono al raggiungimento di uno scopo comune, che, nella specifica ipotesi del contratto societario, è rappresentato dalla produzione e dalla divisione di utili.

Nei contratti con comunione di scopo è possibile sciogliere il legame negoziale relativamente ad un solo soggetto senza far venir meno l'intero contratto e ciò indica che, di regola, la partecipazione di una qualsiasi delle parti ed il suo apporto non devono ritenersi essenziali.

È dubbio se la comunione di scopo escluda o meno il carattere corrispettivo delle prestazioni.

Nel caso in esame si tratta di stabilire se il socio, a fronte del conferimento, riceva o meno una controprestazione e quale ne sia l'oggetto in caso di risposta affermativa.

La dottrina tradizionale ritiene che nei contratti con comunione di scopo non vi sia alcuna corrispettività tra le prestazioni e che gli adempimenti delle obbligazioni negoziali siano tutti orientati al conseguimento del fine prefissato. Nel contratto societario, dunque, i conferimenti dei soci sarebbero giustificati solamente dalla necessità di dotare la società dei mezzi necessari per l'esercizio dell'attività ed a fronte di essi il socio non otterrebbe nessuna controprestazione. Secondo la tesi tradizionale sarebbe tale profilo a caratterizzare la categoria negoziale distinguendola da quella sinallagmatica.

La tesi è avallata da parte della giurisprudenza, la quale, dalla mancanza del sinallagma contrattuale, ha argomentato l'inapplicabilità al contratto societario delle norme previste per la risoluzione e per la rescissione contrattuale in quanto presuppongono la corrispettività delle prestazioni sottese al negozio. Contro il socio a cui sia rimproverabile un grave inadempimento delle obbligazioni imposte dalla convenzione negoziale o dalla legge, pertanto, può esperirsi solamente il rimedio dell'esclusione (disciplinato dal comb. disp. artt. 2286, 2344 co. 2 e 2466 co. 3 c.c.) e non anche quello della risoluzione contrattuale, regolato in via generale dagli articoli 1456 e successivi del codice civile.

Un diverso e più recente pensiero si distingue reputando che, ai fini del giudizio sulla sinallagmaticità, rilevi unicamente il carattere oneroso del contratto. Ne consegue un giudizio di compatibilità della comunione di scopo con il carattere corrispettivo delle prestazioni contrattuali. Nello specifico caso del contratto di società, la prestazione che sottende al conferimento effettuato dal socio si legherebbe in un rapporto di reciprocità con la partecipazione agli utili sociali, come ritenuto da alcuni(vii), o con l'acquisizione dello status di socio, come reputato da altri. In sintesi, la dottrina più moderna sostiene che quello societario sia un contratto a prestazioni corrispettive nel quale il socio, a fronte del conferimento, riceve una partecipazione al capitale sociale.

Non sarebbe, dunque, il carattere sinallagmatico a distinguere le tipologie negoziali in commento, e le differenze tra esse intercorrenti sarebbero individuabili analizzando altri aspetti.

Il primo di essi si ravvisa nel fatto che nei contratti a prestazioni corrispettive il valore della prestazione ricevuta da una parte dovrebbe essere, almeno tendenzialmente, simile a quello della prestazione effettuata a favore dell'altra, mentre nei contratti con comunione di scopo le prestazioni possono essere eterogenee per natura e per valore, poiché l'apporto offerto da una parte non è parametrato a quello delle altre. Il conferimento di un socio, ad esempio, non obbliga in alcun modo gli altri ad effettuarne uno di analogo valore perché ciascuno è tenuto a conferire unicamente nella misura che ha scelto nell'atto costitutivo.

La seconda considerazione riguarda la modalità con cui si soddisfano gli interessi propri dei soggetti negoziali. È stato osservato che nei contratti con comunione di scopo l'avvenimento che realizza l'interesse dei contraenti è uno solo, laddove in quelli sinallagmatici i diversi interessi sono soddisfatti da avvenimenti distinti. Volendo esemplificare, si può ricordare che nella compravendita, tipico contratto a prestazioni corrispettive, l'interesse del venditore si realizza dalla riscossione del prezzo, mentre quello del compratore si appaga con l'acquisto del diritto di proprietà. Nelle società, invece, l'interesse di ciascun socio è soddisfatto dal medesimo risultato, ovvero dall'esercizio in comune dell'attività economica e dalla conseguente distribuzione degli utili.

Chi aderisce alla tesi in esame ritiene che al contratto di società non possa applicarsi la disciplina della risoluzione per inadempimento, ritenendola esclusa dal carattere speciale della normativa societaria. Si ritiene cioè che la disciplina societaria, per il principio di specialità, deroghi quella generale dettata per tutti i contratti. Non si riscontrerebbero, al contrario, motivi sufficienti per escludere l'applicazione degli istituti giuridici della risoluzione per eccessiva onerosità e della rescissione per lesione.

È controverso stabilire se le tipologie negoziali di cui sopra differiscano anche dal punto di vista della contrapposizione degli interessi delle parti negoziali. Un orientamento reputa che la condivisione di uno scopo comune faccia convergere tutti gli interessi delle parti negoziali neutralizzandone la conflittualità, un altro che la contrapposizione degli interessi permanga. Chi aderisce al secondo intendimento, infatti, reputa che la contrapposizione degli interessi caratterizzi il contratto in quanto tale e che si profili in ogni tipologia contrattuale. La tesi si rafforza considerando che dall'unicità dello scopo non può dedursi la comunione degli interessi negoziali dei soci perché, perfezionando un atto costitutivo societario, essi stabiliscono le regole che disciplineranno i loro rapporti giuridico-patrimoniali e che determineranno l'incidenza di ciascuno nella compagine. Almeno nella fase costitutiva dell'organizzazione societaria, pertanto, gli interessi individuali si contrappongono, dovendosi presumere che ciascuno punti ad ottenere pattuizioni contrattuali il più possibile vantaggiose per sé stesso.

Proseguendo nell'analisi del negozio societario emerge che esso appare come un contratto di durata ed associativo, intendendosi con tale ultima espressione un accordo a mezzo del quale le parti, associandosi tra loro in modo stabile, danno origine ad un nuovo soggetto di diritto. L'interesse dei soci, infatti, non si appaga con l'esecuzione dei conferimenti, ma con l'esercizio non occasionale di un'attività economica che permetta la distribuzione di utili. Ciò implica la costituzione di una organizzazione che regoli i rapporti giuridico-patrimoniali tra i soci e tra questi ed i

terzi che con loro entrano in contatto. Per tali motivi si afferma che le situazioni giuridiche soggettive che nascono dall'atto costitutivo societario hanno carattere prevalentemente strumentale

Trattasi, inoltre, di negozio consensuale e ad effetti reali.

Il conferimento effettuato dal socio, infatti, non deve essere inteso come una condizione del perfezionamento negoziale, ma come l'adempimento di una obbligazione assunta con la sottoscrizione del contratto

In merito alla forma si ricorda che mentre l'atto costitutivo delle società di persone non è soggetto a particolari oneri formali, quello delle società di capitali richiede, a pena di nullità, la redazione in atto pubblico. Tali differenze normative inducono ad affermare che il contratto de quo sia un contratto a forma variabile.

Infine, in merito al contenuto del negozio, richiamando ancora la definizione di cui all'art. 2247 c.c., si evince che le società sono caratterizzate dai conferimenti, dall'esercizio in comune di attività economica, cioè dal c.d. lucro oggettivo e dalla divisione degli utili, ovvero dal c.d. lucro soggettivo.

PRINCIPALI PRINCIPI E GIURISPRUDENZIALI

Sebbene a seguito dell'emanazione del d.lgs. 03 marzo 1993 n. 88 e del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 sia possibile la costituzione di società per azioni e a responsabilità limitata a mezzo di negozi unilaterali, si ritiene che tali innovazioni legislative non hanno inficiato l'importanza della definizione contrattuale, che continua a rivestire un ruolo chiave nello studio delle dinamiche societarie. La suddetta disposizione, infatti, elenca i requisiti che caratterizzano il fenomeno societario e che lo distinguono dalle fattispecie limitrofe. Le novelle sopra ricordate, inoltre, hanno carattere eccezionale e perciò non mutano la natura normalmente contrattuale della società. Sussiste, pertanto, una sostanziale omogeneità e fungibilità tra il negozio unilaterale e quello pluripersonale poiché entrambi costituiscono strutture organizzative dalle caratteristiche omogenee. Cfr. C. Angelici, Società unipersonali: l'esperienza comparativistica, in *Le Società*, 1993, p. 985; I. G.F. Campobasso, Diritto commerciale, 2, Milano, 2012, p.3; I. Chieffi, La nuova s.r.l. unipersonale, in *Riv. soc.*, 1994, pp. 525, 606; C. Costa, La società a responsabilità limitata con un unico socio, in *Vita not.*, 1993, p. 39 ss. C. Ibba, La società a responsabilità limitata con un solo socio. Come limitata nto al d.lgs. 3 marzo 1993 n. 88, Torino, 1995, p. 51; A. Palumbo, Le società in generale e le società di persone, Milano, 2008, p. 66, nota 7. Si noti che il contratto societario ha struttura plurilaterale anche quando i soci sono solamente due perché, essendo un contratto aperto, è idoneo a sopportare la successiva

adesione di altre parti. Cfr. T. Ascarelli in Riv. dir. comm., 1950, I, p. 266; M. Ghidini, op. cit. p. 80. A. Graziani, Diritto delle società, cit., p. 29; F. Messineo, voce Contratto plurilaterale in Enc. dir., vol. IX, Milano, 1962, p. 161.

La qualificazione del negozio societario come un contratto con comunione di scopo è pacifica.

In dottrina: P. Abbadessa, Le disposizioni generali sulle società, in Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, p. 6 ss.; G. Auletta, Il contratto di società commerciale, Milano, 1937, p. 31; G. F. Campobasso, Diritto commerciale, cit., p. 3 ss.; F. Di sabato, Manuale delle società, Torino, 1999, p. 30 ss.; M. Ghidini, Società personali, Padova, 1972, p. 80; A. Graziani, Diritto delle società, Napoli, 1962, p. 28 ss.; G. Marasà, Le società. Le società in generale, in Trattato G. Iudica – P. Zappi, Padova, 2000, p. 7 ss.; F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2013, p. 1399; In giurisprudenza: Cass. civ. 18/01/2001, n. 694 in Società, 2001 con nota di Paolucci; Cons. Stato 04/06/2004, n. 3490 in Foro Amm. CDS, 2004, 1791.

.Art. 1420 c.c. Nullità nel contratto plurilaterale. Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Art. 1446 c.c. Annullabilità nel contratto plurilaterale. Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Art. 1459 c.c. Risoluzione nel contratto plurilaterale. Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Art. 1466 c.c. Impossibilità nel contratto plurilaterale. Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'impossibilità della prestazione di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Cfr. Cass. 04/05/1993, n. 5180: "L'eccezione d'inadempimento (art. 1460 c.c.) è proponibile solo in relazione ai aulettacontratti con prestazioni corrispettive, in quanto è preordinata alla tutela degli interessi contrapposti delle parti, e non è, quindi, configurabile in ordine al contratto di società, nel quale non vi sono interessi

contrapposti tra il socio e l'ente sociale e questo, in caso di morosità del primo nell'adempimento dei propri obblighi, ha solo l'alternativa di pretendere l'adempimento o di sciogliere il vincolo sociale, limitatamente al socio inadempiente, con l'esclusione dello stesso.” in Mass. Giur. It., 1993; Conformi: Trib. Milano, 20/02/2007 in Giur. It., 2007, 8-9, 1978; Trib. Milano, 08/07/2005 in Corriere del Merito, 2005, 11, 1129: “Nei contratti consociativi, quali quello di società, caratterizzati non dalla bi-univocità dei rapporti e dalla corrispettività delle prestazioni, bensì dalla circolarità dei rapporti e dalla destinazione delle prestazioni al perseguimento dello scopo comune, non risultano utilizzabili i rimedi generali dettati in tema di inadempimento contrattuale (in particolare, risoluzione del contratto ed "exceptio inadimpleti contractus") ma solo i diversi rimedi del recesso e dell'esclusione dei soci”.

In giurisprudenza: T.A.R. Campania, 14/03/2006, n. 2943: “Con specifico riferimento all'ipotesi della società per azioni, così come d'altronde per tutti i contratti societari, ed, ancora, per il più ampio genere dei contratti associativi, i vari atti costitutivi siano agevolmente riconducibili alla categoria dei contratti associativi con comunione di scopo nei quali, secondo la migliore dottrina, la presenza del sinallagma non si deve rinvenire fra i reciproci conferimenti dei soci (tutti in funzione dello scopo comune e non l'uno in funzione dell'altro), quanto tra il conferimento da un lato e la partecipazione agli utili sociali (anche sotto forma della fruizione dei vantaggi derivanti dai servizi o dal risparmio di spesa che il consorzio è in grado di apportare ai vari consorziati) dall'altro. Sul piano disciplinare, coerentemente si è ritenuto applicabile al contratto di società il rimedio della rescissione per lesione (artt. 1447, 1452 c.c.), ma non quello della risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta (artt. 1453, 1466 c.c.) in quanto, per tali evenienze il codice detta una disciplina particolare compatibile con la conservazione dell'intero contratto (a meno che la prestazione mancata non si configuri come essenziale: artt. 1459, 1466 c.c.) che si risolve nella caducazione della singola partecipazione sociale attraverso l'esclusione del socio dalla società. Non incompatibile con la categoria appare poi l'azione di adempimento prevista dall'art. 1453 c.c. per il recupero coattivo delle quote mancate, per quanto, in materia di società per azioni, prevalga la normativa speciale di cui all'art. 2344 c.c. che, coerentemente con la natura consensuale del contratto di società, prevede e disciplina una specifica procedura di vendita in danno per l'eventuale morosità del socio che non esegue i conferimenti dovuti decorsi 15 giorni dalla pubblicazione di una diffida nella Gazzetta Ufficiale”.

In giurisprudenza: Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 28/11/2014 in Società, 2015, 6, 690 nota di Di Bitonto, Gaboardi: Il contratto sociale

è contratto associativo che, prevedendo l'esercizio in comune tra i soci di un'attività economica a scopo di lucro (art. 2247 c.c.), impone ai soci particolari doveri di collaborazione al fine di raggiungimento dello scopo stesso. Tali doveri assumo poi particolare pregnanza, in ragione dell'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti (artt. 1175, 1375 c.c.), valido anche con riferimento alle deliberazioni assembleari quali atti esecutivi del contratto sociale

SOCIETA' DI PERSONE

Nelle società di persone (**società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice**) il gruppo dei soci è costantemente in primo piano: generalmente sono i soci ad amministrarla, e comunque i soci che non amministrano hanno diritto a ricevere dagli amministratori notizia sullo svolgimento degli affari sociali; i soci (tranne gli accomandanti nelle s.a.s.) rispondono personalmente e in maniera solidale e illimitata delle obbligazioni assunte dalla società, che presenta autonomia patrimoniale imperfetta. Nelle società di persone l'assemblea è semplicemente una forma di attività decisionale da parte dei soci, non un organo vero e proprio della società. Ad es. il contratto di società può venire modificato solo con il consenso di tutti i soci. Il consenso e la volontà della collettività dei soci possono venire espressi sia in forma di deliberazione assembleare (che presuppone una valida convocazione e una votazione), sia in altre forme, che i soci possono liberamente stabilire nel contratto di società. La morte del socio ne provoca, in genere, la fuoriuscita dalla società, a meno che gli altri soci non continuino l'attività sociale con gli eredi; il creditore particolare del socio può chiedere la liquidazione della quota di quest'ultimo per soddisfare il suo credito su di essa e così provocare l'esclusione del socio dalla società; il fallimento del socio ne determina l'esclusione.

La società semplice. cc 2251 ss Tipo elementare di società che può servire per l'esercizio in comune dell'attività agricola o professionale.

1. **Caratteristiche generali.** La società semplice gode di una limitata autonomia patrimoniale, nel senso che, da una parte, dei debiti sociali rispondono solidalmente e illimitatamente anche i soci e, dall'altra, i creditori del singolo socio possono chiedere la liquidazione della quota di quest'ultimo e soddisfare su di essa il loro credito: la società è quindi facilmente esposta ad azioni di creditori dei soci, che la possono depauperare, con pregiudizio dei creditori sociali. La disciplina della società semplice è di grande importanza, perché serve da modello per le altre società di persone.

2. **Costituzione.** La società può essere costituita senza forme particolari cc 2251, non essendo necessaria alcuna scrittura se non nel caso in cui i soci conferiscano in società (conferimenti) dei beni immobili: il trasferimento dev'essere effettuato con atto scritto,

pena la nullità. La società semplice, non potendo svolgere attività commerciale, non è soggetta all'iscrizione nel registro delle imprese.

3. Amministrazione. cc 2257 Salvo diverso accordo, spetta a tutti i soci, i cui diritti e obblighi sono disciplinati dalle norme sul mandato; la rappresentanza cc 2266 è attribuita a ciascun amministratore, salvo il contrario accordo dei soci. La società può essere amministrata da ciascun amministratore separatamente dagli altri (amministrazione disgiuntiva), i quali, però, possono opporsi a una data operazione prima che questa sia compiuta; il contratto sociale può però prevedere un'amministrazione congiuntiva, nel qual caso è necessario il consenso di tutti i soci amministratori o della loro maggioranza per compiere le operazioni sociali.

4. Responsabilità dei soci. Un'espressa previsione del contratto sociale può altresì escludere la responsabilità illimitata e solidale di alcuni soci per le obbligazioni e i debiti sociali, sempre che tale patto sia portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei: in ogni caso, però, non può essere limitata o esclusa la responsabilità dei soci che hanno agito in nome e per conto della società (soci amministratori-rappresentanti). I creditori della società possono cc 2268, indifferentemente, richiedere il pagamento dei debiti sociali al singolo socio illimitatamente responsabile o alla società; in ogni caso, però, il socio cui sia stato richiesto il pagamento può richiedere la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando al creditore procedente i beni sociali sui quali egli possa agevolmente soddisfarsi.

5. Scioglimento delle società. cc 2272 Può avvenire:

- -- per decorso del termine (se la società è stata costituita per un tempo determinato);
- -- per il conseguimento dell'oggetto sociale o per sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;
- -- per volontà di tutti i soci che deliberano lo scioglimento;
- -- se viene a mancare la pluralità di soci (per morte, recesso o esclusione di tutti loro, tranne uno) e nel termine di 6 mesi non viene ricostituita (la società non può infatti operare senza soci o con uno solo);
- -- per le cause previste nel contratto sociale, la cui individuazione è lasciata ai soci, al momento della costituzione della società.

La società è comunque tacitamente prorogata anche dopo la scadenza del termine se i soci continuano a compiere le operazioni sociali (proroga tacita); verificatasi la causa di scioglimento, gli amministratori continuano ad amministrare limitatamente agli affari urgenti, fino alla nomina dei liquidatori cc 2247.

6. **Liquidazione della società.** Procedimento tramite il quale una società, verificatasi una causa di scioglimento, prima di estinguersi provvede al pagamento dei debiti sociali e al riparto tra i soci dell'eventuale attivo. L'estinzione non è infatti istantanea: nelle società di persone, dopo lo scioglimento, se il contratto sociale cc 2275 non prevede il modo di liquidare il patrimonio sociale e i soci non sono d'accordo nel determinarlo, vengono nominati dai soci i liquidatori.

7. **Poteri e obblighi dei liquidatori.** I liquidatori hanno l'esclusivo incarico di provvedere alla liquidazione, e non possono compiere atti di amministrazione, né intraprendere operazioni diverse da quelle necessarie per liquidare il patrimonio sociale, pena la loro responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi (in caso di disaccordo tra i soci, la nomina dei liquidatori è fatta dal presidente del tribunale). I liquidatori devono dapprima pagare i debiti sociali, e solo in seguito possono ripartire tra i soci i beni sociali, rimborsando innanzi tutto i conferimenti, e poi ripartendo l'eccedenza nella proporzione della parte di ciascuno nei guadagni. Se i fondi sono insufficienti per pagare i debiti, i liquidatori possono richiedere ai soci i versamenti eventualmente ancora dovuti e le somme necessarie al pagamento dei debiti, in proporzione della parte di ciascuno nelle perdite e della rispettiva responsabilità.

8. **Fine del rapporto sociale, limitatamente ad un socio. cc 2284** Il rapporto sociale può cessare per morte, recesso, esclusione o fallimento del socio.

- -- In caso di morte, limitatamente ad un socio, i soci superstiti devono liquidarne la quota agli eredi, a meno che preferiscano continuare la società con questi ultimi (salvo, ovviamente, il consenso degli eredi).
- -- Il socio può recedere dalla società in qualsiasi momento, dando semplicemente un preavviso di 3 mesi se la società è stata contratta per un periodo di tempo indefinito; in ogni caso, può recedere per giusta causa (dissidi insanabili tra i soci, cambiamento dell'oggetto sociale ecc.), ovvero per le cause individuate nel contratto sociale.
- -- L'esclusione di un socio può venire decisa dagli altri per gravi inadempienze che derivano dal contratto o dalla legge (può venire escluso, ad es., il socio che non ha effettuato i conferimenti cui si era obbligato con la stipula del contratto sociale), ovvero per interdizione, inabilitazione o condanna penale (comportante la sua interdizione dai pubblici uffici); sono di diritto esclusi il socio il cui creditore abbia ottenuto la liquidazione della quota sociale e il socio dichiarato fallito (perché la sua quota viene liquidata e poi acquisita all'attivo fallimentare). L'esclusione del socio viene decisa dalla maggioranza degli altri, e opera automaticamente nei casi di esclusione di diritto.

La società in nome collettivo (s.n.c.). cc 2291 È la più diffusa forma di società di persone, utilizzata per esercitare un'attività economica commerciale.

1. **Costituzione della società.** Per costituirla è necessario cc 2295 l'atto scritto (registrato presso l'ufficio del registro delle imprese) che deve contenere le generalità complete dei soci, la ragione sociale (cioè il nome della società), l'indicazione dei soci amministratori e che hanno la rappresentanza della società, l'oggetto sociale, l'indicazione della sede, i conferimenti di ciascun socio, le prestazioni cui sono obbligati i soci d'opera, la durata della società, le norme relative alla distribuzione degli utili e delle perdite. La registrazione mette dunque i terzi in grado di conoscere in dettaglio le caratteristiche e la solidità della società, oltre che l'estensione dei poteri di rappresentanza degli amministratori. Gli amministratori devono tenere le scritture contabili.

2. **Obbligazioni sociali.** Tutti i soci sono illimitatamente e solidalmente responsabili per le obbligazioni sociali, e, a differenza che nella società semplice, il patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi (il socio può però pretendere cc 2304, prima di pagare un debito sociale, che il creditore abbia preventivamente agito sul patrimonio sociale, rivelatosi insufficiente); correlativamente, il creditore particolare del socio non può richiederne la liquidazione della quota. Tutto ciò si traduce in una più accentuata autonomia patrimoniale della s.n.c. rispetto alla società semplice e dunque in una maggior insensibilità della società alle vicende patrimoniali dei soci, con conseguente maggiore tranquillità dei creditori sociali.

3. **Tutela dei creditori.** Sempre a tutela dei creditori sociali sono le norme che presidiano l'integrità del capitale sociale della s.n.c. (cioè del valore dei conferimenti iniziali dei soci): non possono cc 2303 essere distribuite somme tra i soci se non per utili realmente conseguiti, e se si verifica una perdita nel capitale non si possono distribuire utili fino a che non sia stato reintegrato o ridotto in misura corrispondente (non esiste infatti limite minimo di capitale per la costituzione della s.n.c.); la riduzione del capitale può cc 2306 venir operata solo se, nei 3 mesi successivi al deposito della relativa delibera dei soci presso il registro delle imprese, nessun creditore vi ha fatto opposizione. Per i creditori sociali, infatti, il capitale e il patrimonio sociale sono le prime garanzie della solvibilità della società (salva comunque restando la responsabilità personale dei soci).

4. **Società irregolari.** Poiché l'iscrizione non è un requisito di validità o un elemento costitutivo del contratto della s.n.c. questa esiste e può operare validamente anche a prescindere dall'iscrizione, prendendo il nome di società irregolare. Può esistere e validamente operare anche se il contratto è solo verbale o risulta di fatto dal

comportamento dei soci (società di fatto). Il codice stesso indica le norme che regolano la vita della s.n.c. irregolare e stabilisce che fino a che non è iscritta nel registro delle imprese i rapporti tra la società e i terzi (ferma restando la responsabilità di tutti i soci per le obbligazioni sociali) sono regolati dalle norme sulla società semplice, caratterizzati da una minor autonomia patrimoniale della compagine sociale.

5. Scioglimento e liquidazione. Lo scioglimento e la liquidazione della s.n.c. sono disciplinati dalle norme relative alla società semplice. Un'ulteriore causa di scioglimento nella s.n.c. è la dichiarazione di fallimento; per quanto riguarda la liquidazione, i liquidatori devono predisporre il bilancio finale e un piano di riparto, che devono essere approvati dai soci; infine i liquidatori devono richiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

La società in accomandita semplice (s.a.s.). Tipo di società che ha la caratteristica di avere due categorie di soci, gli accomandatari e gli accomandanti: la differenza consiste nei maggiori obblighi e responsabilità stabiliti per gli accomandatari rispetto alla presenza passiva degli accomandanti.

1. Responsabilità patrimoniale. I soci accomandanti cc 2313 s non rispondono dei debiti sociali (rischiando così solo il loro conferimento), mentre gli accomandatari, al pari dei soci della società in nome collettivo, sono illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali. Tale maggiore responsabilità è compensata dal fatto che solo essi possono amministrare, rappresentare la società e far figurare i loro nomi nella ragione sociale. Se un accomandante si ingerisce nell'amministrazione o conclude affari in nome della società (ovvero inserisce il proprio nome nella ragione sociale), assume la responsabilità illimitata e solidale, come gli accomandatari, per i debiti sociali, e può venire escluso avendo violato le regole del contratto di società in accomandita semplice.

2. Diritti dei soci accomandanti. I soci accomandanti, pur privati del potere di amministrare, hanno diritto di avere comunicazione annuale del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite, e di controllare l'esattezza della documentazione contabile societaria.

3. Il trasferimento della quota. La quota di partecipazione degli accomandatari non può essere trasferita, se non con il consenso di tutti i soci; quella degli accomandanti, invece, oltre a essere trasferibile per causa di morte, può esser trasferita con il consenso dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale sociale. A parte tali particolarità, si applica alla società in accomandita semplice il regime giuridico della società in nome collettivo, per quanto compatibile.

Società di fatto, apparente, occulta

Società di fatto

Il rapporto di società di fatto si fonda su tre elementi, sui quali la giurisprudenza è concorde:

- a) il fondo comune;
- b) l'alea comune nei guadagni e nelle perdite;
- c) il sentimento di affezione alla società, il c.d. *affectio societatis*.

Sub 1) si osserva che il fondo comune consiste in un patrimonio in comune tra i soci e può trattarsi dei beni aziendali in comproprietà o in godimento comune, di immobili non aziendali, del solo conto corrente cointestato o anche intestato ad un socio, ma con facoltà dell'altro di compiere operazioni; possono integrare il fondo comune anche i conferimenti di beni fatti dai soci; il conferimento di energie lavorative nell'impresa, può costituire sintomo della presenza dell'*affectio societatis* anche quale unico indizio del rapporto societario; possono costituire sintomo ambivalente, cioè come conferimento nel fondo comune e come evidenza di *affectio societatis*, i finanziamenti (per la rilevanza dei quali, v. *infra*).

Nel caso di fallimento della società di fatto può risultare vano cercare il fondo comune, quando i beni aziendali risultano intestati ad uno solo dei soci e non vi sono altri beni in comune, né l'impresa produce utili che possano confluire nel conto corrente; occorre, quindi, verificare l'intestazione del conto e i soggetti che vi possono operare, limitandosi a indagare l'esistenza degli altri due elementi, senza che ciò escluda a priori il vincolo sociale.

Sub 2) si considera che l'alea comune nei guadagni e nelle perdite consiste nella condivisione del rischio di impresa, e quindi tutti i soci sopportano il rischio di perdite allo stesso modo ed, di parte opposta, realizzano insieme degli utili: anche in tal caso è utile l'analisi dei rapporti bancari e professionali dei soci con la verifica della destinazione del profitto d'impresa e con il confronto delle spese del presunto socio con le sue entrate alternative a quelle rappresentate dagli utili aziendali. Ancora può essere accertato se il preteso socio abbia contribuito al pagamento di debiti sociali o abbia comunque messo a disposizione dell'ente entrate o beni personali per far fronte alle esigenze aziendali.

Sub 3), infine, si definisce come l'*affectio societatis* sia un elemento psicologico individuabile attraverso segni esteriori che effettivamente indicano il collegamento tra il soggetto e la società: ad esempio, l'intestazione della licenza di commercio è una circostanza presuntiva della qualità di socio insieme a chi esercita il commercio in concreto, anche se la presunzione non opera per il periodo successivo al venir meno della stessa intestazione.

Tutti i sintomi devono evidenziare l'esistenza di un vincolo finalistico orientato alla produzione di un utile, tra una persona e l'ente imprenditoriale collettivo, che spesso sono l'unico dato sensibile su cui poter contare per l'individuazione del socio illimitatamente responsabile, in quanto possono mancare sia il fondo comune, sia l'emergenza di dati contabili relativi ai comuni guadagni e perdite.

Inoltre, l'*affectio societatis* può esteriorizzarsi anche con l'erogazione di risorse finanziarie, direttamente o indirettamente, mediante la prestazione di garanzie reali o personali in favore dell'ente collettivo o, magari più spesso, dell'altro socio, che agisce apparentemente da imprenditore individuale.

La giurisprudenza non ritiene necessario che il vincolo sia esteriorizzato, con la conseguenza che il terzo che ha concluso un contratto con un imprenditore apparentemente individuale, ignorando l'esistenza della società di fatto, potrà far valere le sue ragioni nei confronti sia della società che degli altri soci illimitatamente responsabili, salva la posizione degli eventuali controinteressati che abbiano fatto incolpevole affidamento sull'apparenza. Quanto sopra, in linea di principio, non costituisce la decisività del vincolo, anzi meglio, gli elementi sopra individuati, sono di per sé decisivi per provare il vincolo sociale e la titolarità di quote della società, tuttavia la prestazione di garanzie e avalli e la erogazione di finanziamenti sono rilevanti quando assumono caratteristiche di sistematicità tali da divenire coessenziali al raggiungimento degli scopi sociali e da costituire propriamente sostegno finanziario dell'impresa, nel senso che quest'ultima, senza quelle garanzie, non avrebbe prontamente reperito le necessarie risorse finanziarie.

Di contro, costituiscono elementi sintomatici del vincolo sociale il trovarsi la sede dell'impresa nell'abitazione del presunto socio, unitamente al rilascio di fideiussione omnibus e all'aver svolto attività analoga in proprio nel passato, ma non la sola prestazione della garanzia omnibus come tale; peraltro, la sistematica prestazione di finanziamenti rilevanti a vantaggio di una società, non accompagnata da intendimento di partecipare agli utili ed alle perdite non determina l'acquisizione della qualità di socio, ma allora dovrà essere dimostrato il fine diverso del finanziatore.

In definitiva, il socio finanziatore può essere coinvolto nella insolvenza del soggetto finanziato, e fallire quale socio di fatto dell'imprenditore individuale o della società,

quando la sua attività di finanziamento, diretta o indiretta, sia risultata essenziale per il buon funzionamento dell'impresa, con ciò evidenziando l'intendimento di sostenerla e, quindi, di parteciparne le sorti, purché non dimostri che il suo era un mero intento speculativo individuale, cioè di trarre un utile solo personale dall'attività di finanziamento.

Qualora il preteso socio sia coniuge o parente dell'imprenditore, il quale opera in forma apparentemente individuale o con altri soci, il banco di prova dell'esistenza del vincolo sociale è costituito dal requisito soggettivo, spesso coincidente o assorbito nella *affectio familiaris* o *maritalis*.

La giurisprudenza ha stabilito alcuni criteri guida:

- ✓ la mera prestazione di una fideiussione illimitata da parte di un parente stretto dell'imprenditore a garanzia delle sue obbligazioni non costituisce motivo sufficiente per ritenere il vincolo sociale;
- ✓ la prestazione di avalli e fideiussioni da parte del coniuge dell'imprenditore, a carattere episodico ed isolato, è stata ritenuta alla stregua di un finanziamento indiretto, tuttavia non sufficiente a far sussistere il requisito dell'*affectio societatis*; anzi, i finanziamenti che un coniuge effettua a favore dell'altro imprenditore, più che l'*affectio societatis* rappresentano normalmente la manifestazione dell'intento di soccorrere alle esigenze economiche del coniuge in virtù dell'*affectio maritalis*¹⁴, così come il figlio che finanzia l'impresa dei genitori non per ciò solo diventa loro socio di fatto;
- ✓ non è sufficiente la comproprietà dell'azienda tra i coniugi a far presumere l'esistenza di una società di fatto, se non vi è cogestione.

Tutto ciò ha portato a ritenere la necessità di una procedura più rigorosa del normale all'accertamento della società di fatto tra parenti oppure tra coniugi, per gli inevitabili margini di equivoco che si possono presentare, ritenendo la società, nel caso in cui i finanziamenti siano di tale frequenza e sistematicità da rappresentare una costante opera di sostegno all'impresa ausiliata, e da poter essere qualificati come collaborazione al raggiungimento degli scopi sociali: il coniuge è considerato socio di fatto quando abbia svolto attività di reperimento di mezzi economici e tenuto comportamenti rivelatori della comunanza di poteri amministrativi e decisionali, rivelatori per loro natura e sistematicità della comune gestione dell'impresa.

2. Società occulta e prestanome

Nella società di fatto il vincolo è comunque esteriorizzato ai terzi, anche se non è formalizzato, nella società occulta, invece, il vincolo non è esteriorizzato ai terzi; il

socio di fatto a sua volta, può essere socio palese di società di fatto palese, o socio occulto di società di fatto palese o occulta, se, rispettivamente, l'ente sia manifesto ai terzi oppure operi apparentemente per mezzo di un'impresa individuale. Nel caso di socio occulto di società occulta, colui che appare essere l'imprenditore individuale può trovarsi in rapporto di società con colui che agisce al riparo dalla responsabilità, prendendo con lui le scelte imprenditoriali, oppure può essere un soggetto senza alcun potere decisionale c.d. prestanome, che compare ai terzi, ma nulla decide dell'impresa: il prestanome non è imprenditore in proprio, e neppure socio del titolare effettivo dell'impresa, ma la giurisprudenza ritiene che il prestanome fallisca quale socio di fatto dell'imprenditore individuale occulto, dopo aver accertato che, con il suo comportamento, abbia ingenerato nei terzi il convincimento di essere l'effettivo titolare dell'impresa, acquisendone il profitto. Si continua affermando che anche il socio occulto fallisce quale socio di fatto del prestanome, quand'anche il vincolo non sussista inter partes, dunque si tratta di una mera fictio giuridica a tutela dell'affidamento dei terzi; il socio occulto è considerato fallibile quale socio di fatto di chi gestisce l'impresa essendone contitolare effettivo, anche mancando l'esteriorizzazione del vincolo, e nel caso in cui si accerti l'esistenza di un rapporto societario, con in comune il rischio d'impresa, guadagni e perdite, conferimenti e affectio societatis; per il fallimento dei soci occulti di una società di fatto occulta, in estensione della dichiarazione di fallimento di un imprenditore apparentemente individuale, non occorre provare l'insolvenza dei soci, posto che il loro fallimento è solo una conseguenza automatica di quello della società occulta.

Si precisa, ulteriormente, che la sentenza che dichiara il fallimento del socio occulto, estendendogli quello già aperto nei confronti dell'imprenditore apparentemente individuale ed accertando l'esistenza della società di fatto, non importa la sostituzione di un altro soggetto, o di altri soggetti, all'imprenditore individuale fallito, ma individua un ulteriore soggetto, parimenti responsabile per le obbligazioni sociali, per cui rimane una dichiarazione di fallimento autonoma, connessa alla precedente, da cui l'applicabilità dell'art.148 l.f. in ordine alla nomina dello stesso G.D.

La sentenza di estensione produce i suoi effetti ex nunc, dalla sua pubblicazione, e così gli interessi che maturano sul debito personale del socio occulto decorrono fino alla data del proprio fallimento, e i crediti già ammessi al passivo dell'imprenditore individuale non possono essere automaticamente inseriti nello stato passivo della società e del socio occulto, ma occorre effettuare una nuova verifica del passivo; altre pronunce hanno diversamente affermato che la sentenza che ha esteso alla moglie, quale socio di fatto del marito, il fallimento individuale avrebbe natura integrativa della prima, rettificandone il contenuto sul piano soggettivo, e individuando un'impresa sociale in luogo di un'impresa individuale, e che la scoperta di una società di fatto, dopo il fallimento dell'imprenditore individuale, e la scoperta di ulteriori soci

di fatto, dopo la dichiarazione di fallimento della società, comporta una dichiarazione di fallimento che ha effetto dalla prima pronuncia, inserendosi nella procedura già in corso, dando vita ad un procedimento unitario, sia pure con masse passive diverse, e integra l'originario accertamento con una diversa qualificazione del soggetto passivo della procedura concorsuale. La Cassazione è intervenuta affermando che ***“ai fini della revoca della garanzia costituita dal socio occulto il periodo sospetto deve essere computato con riferimento alla data della dichiarazione di fallimento del socio stesso, attribuendo ad essa effetto ex nunc, e non alla data del fallimento sociale (cioè ex tunc)”***.

Entrambi gli orientamenti comportano comunque delle incongruenze, dato che, prevalendo il primo, la revocatoria non copre gli atti di disposizione del socio successivi alla dichiarazione di fallimento della società, ed anteriori al fallimento del socio in estensione, mentre, prevalendo il secondo, la revocatoria non copre gli atti di disposizione del socio a ridosso del fallimento sociale. Sul piano probatorio, l'indagine sull'esistenza di un socio occulto dovrà essere rivolta a reperire documenti o assegni o altri titoli da cui risulti il coinvolgimento del socio, o testimonianze di persone che hanno lavorato con lui, sarà utilizzabile anche la prova logica, ad esempio deducendo il vincolo sociale dalla mancanza di diverse occupazioni o di fonti di reddito alternative.

20. Società apparente

La società apparente tecnicamente non esiste, perché i suoi componenti non hanno stipulato, neppure rebus ipsis ac factis, tra di loro alcun patto sociale, e quindi manca il contratto sociale. Nonostante ciò, la giurisprudenza ne ritiene la fallibilità quale società di fatto, sulla base dell'affidamento che i soggetti hanno creato nei terzi di buona fede e incolpevoli, operando in modo da far ritenere ragionevolmente l'esistenza effettiva di una società, sempre che i terzi non fossero consapevoli dell'inesistenza del vincolo sociale.

La società occulta esiste, ma non è esteriorizzata, la società apparente risulta, al contrario, esteriorizzata senza esistere; pur tuttavia per i terzi conta ciò che essi percepiscono e pertanto il sistematico pagamento dei debiti dell'impresa altrui. E' dunque il principio dell'apparenza del diritto a costituire il fondamento giuridico della dichiarazione di fallimento della società apparente, che sorge quando due o più persone operino nel mondo esterno in modo da ingenerare l'opinione che esse agiscano come soci, per cui, nonostante l'inesistenza giuridica dell'ente, coloro che appaiono come soci vengono ad assumere rispetto ai terzi obbligazioni in solido riferibili alla società, come se questa esistesse, con ogni conseguenza in termini di riferibilità alla società di posizioni processuali passive di cognizione e di esecuzione.

Si osserva che le manifestazioni esteriori idonee a far ritenere esistente la società non debbono provenire da una sola persona, che può avere interesse al coinvolgimento nel dissesto di persone incolpevoli, ma l'affermazione non può valere in termini assoluti, potendo indurre un'indagine più attenta e rigorosa, senza escludere a priori la possibilità che, anche da una sola persona, provengano indicazioni serie, gravi ed univoche, più che idonee a fondare un giudizio di corresponsabilità. Non sussiste società apparente tra il genitore superstite coniuge dell'imprenditore deceduto, autorizzato a proseguire l'esercizio dell'impresa per conto dei minori, e i figli minori medesimi, in quanto un eventuale contegno del genitore, idoneo ad ingenerare nei terzi la fondata convinzione circa l'esistenza di un rapporto di società, non potrebbe essere imputato anche ai minori; peraltro, la collaborazione prestata all'imprenditore da soggetti a lui legati da vincolo familiare non rappresenta un univoco elemento circa l'esistenza della società apparente. La dimostrazione della società apparente sarà di preferenza affidata a prove testimoniali, poichè si tratta di un soggetto che esiste più per i terzi che per i pretesi soci, ma potranno essere rilevanti anche documenti, i quali però non siano funzionali alla costituzione o al funzionamento di una società, perché in tal caso sarebbe una società di fatto e non una società apparente e, perciò, dovranno essere documenti da cui si evinca la situazione idonea a trarre in inganno i terzi circa la società, ad esempio un ordine per una fornitura, o una lettera, su carta intestata ad un socio e sottoscritta da un altro socio.

4. Holding personale: l'imprenditore effettivo.

L'art.1 della legge fallimentare assoggetta al fallimento l'imprenditore commerciale, il quale esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e/o dello scambio di beni e/o di servizi. Può avvenire che una persona (holding personale) crei un gruppo di persone (giuridiche e fisiche) che agiscono imprenditorialmente in esecuzione delle sue decisioni, e l'attività di direzione e di coordinamento dell'impresa sia stabilmente ed indiscutibilmente a lui affidata, quale unico ed effettivo imprenditore, ex art.2082 c.c.

Con riferimento all'attività di direzione aziendale condotta ab estrinseco da un soggetto che non è elemento formale dell'organizzazione dell'impresa o del gruppo di imprese, si adotta la terminologia di holding persona fisica pura ovvero holding operativa.

Di questa attività e di queste scelte l'imprenditore effettivo deve rispondere in proprio.

A questo risultato si può giungere affermando due principi immanenti al sistema giuridico:

- ✓ l'abuso del diritto comporta la disapplicazione della norma stessa invocata a tutela (*ubi commodum et eius incommodum*);
- ✓ vi è un'etica della responsabilità, di cui molte norme sono attuazione, in special modo del diritto societario, per la quale chi decide risponde delle conseguenze delle proprie decisioni e delle proprie azioni (qui, si intende, rileva il profilo patrimoniale).

Quanto al primo punto, l'abuso del diritto, se l'imprenditore si serve degli schemi societari in maniera conforme alla legge, e soprattutto alla sua ratio, allora è corretto che egli si giovi del beneficio della limitata responsabilità, che gli consente di operare nel mondo dell'impresa senza rischiare più del conferimento; ma se egli sovverte le regole del diritto societario strumentalizzando tutto ai propri personali fini, non vi è alcuna ragione plausibile diversa da un controproducente formalismo giuridico, in contrasto con la stessa realtà economica del fenomeno, per non riconoscere che l'imprenditore è uno solo e che la sua responsabilità per i debiti sociali determina la sua dichiarazione di fallimento, oltre che delle società.

Ancora, se il fenomeno del gruppo supera fisiologicamente lo schema tipico civilistico, come è riconosciuto unanimemente, nel senso che non si riconosce in nessuno degli schemi pre-configurati, non vi è ragione per imbrigliare lo stesso, nel suo momento patologico, negli schemi rigidi della personalità giuridica del codice civile, se non si vuole che il diritto, che avrebbe essere una creazione dell'uomo per l'uomo, sia usato in contrasto con i suoi stessi fini (*summum ius summa iniuria*).

Sta proprio in ciò la contraddizione del tradizionale orientamento giurisprudenziale, che ancora i requisiti di fallibilità dell'imprenditore holding a delle situazioni normalmente inesistenti, o comunque non indispensabili, quali la spendita del nome, l'organizzazione di mezzi dell'holder, propria e distinta dalle società controllate, e l'autonomia economicità. La disapplicazione di norme per abuso è principio immanente al sistema, ed è testuale in certi casi, come quello, sempre nell'ambito del diritto societario, per cui il socio accomandante che ha gestito la società perde il beneficio della responsabilità limitata (art.2320 c.c.). D'altro canto è affermazione ricorrente sia in dottrina che in giurisprudenza quella per la quale ***“il sistematico stravolgimento delle regole e degli interessi stessi delle singole società di capitali, l'esautoramento degli organi amministrativi, l'unificazione della cassa, in quanto determinano una realtà profondamente diversa da quella per la quale è sistematicamente giustificata una disciplina frammentata dell'insolvenza, non***

consentono di separare la responsabilità individuale da quella societaria, mancando un'effettiva suddivisione dei poteri gestionali e decisorii in proporzione alla ripartizione in quote (o azioni), con l'esclusione dal beneficio della separazione dei patrimoni di colui che concentri su sé stesso l'integrale titolarità dell'impresa".

Si ritiene che la fruizione di determinati benefici in materia societaria debba essere sempre subordinata al rispetto delle regole del gioco, le quali in definitiva danno un significato alla distinzione di personalità tra socio e società solo sul presupposto che non si tratti di una distinzione fittizia e di comodo: è espressione del principio anche l'art.2947 c.c., il quale, subordinando la conservazione del beneficio della responsabilità limitata del socio unico di s.r.l. al rispetto di certe regole, indica che solo l'osservanza delle norme codicistiche consente al socio di evitare la commistione delle proprie obbligazioni con quelle della società, e quindi il fallimento. La disapplicazione di norme per abuso non è estranea alla giurisprudenza di legittimità, in un caso in cui, dopo avere premesso che società e soci sono tra loro terzi "solo in senso traslato", il Supremo Collegio formulava ulteriori deduzioni circa le "condizioni d'uso del concetto di persona giuridica" e la repressione per "disapplicazione di norme" dell'abuso della personalità giuridica.

Il superamento dello schermo della personalità giuridica è poi presente in quelle sentenze del Supremo Collegio che affermano la nullità del contratto di società in frode alla legge, quando con la costituzione della società si sia voluto fittiziamente creare un soggetto di diritto distinto dai soci al solo scopo di eludere l'applicazione di una norma imperativa. La giurisprudenza di merito, ha affermato che "ove della personalità giuridica si sia abusato, come nel caso in cui i fondatori trattino i beni della persona giuridica come beni propri, il giudice può superare lo schermo della personalità giuridica e imputare ai fondatori i rapporti giuridici facenti capo all'ente"; e, ancora, che si tratta di penetrare "nell'essenza del fenomeno dell'attività imprenditoriale svolta dietro lo schermo di una società di capitali, che risulti obiettivamente incapace, benché dotata di una soggettività propria e distinta, di un'attività propria". D'altronde, in casi del genere, si verifica il completo stravolgimento della funzione e dell'entità societaria, privata della autonomia decisionale e della autonomia patrimoniale, con la completa vanificazione della soggettività dei singoli enti gestiti da un unico individuo in forma accentrata; l'artificio formale costituito dalla fittizia pluralità di soggetti d'impresa realizza una violazione del principio di ordine pubblico economico espresso dalla norma di cui all'art.2740 c.c., secondo la quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

L'aver costituito società a responsabilità limitata quali schermi meramente formali della propria attività d'impresa comporta la violazione di tale ineludibile principio di responsabilità patrimoniale e, pertanto, non può essere invocata la limitazione di responsabilità, quale eccezione a tale principio, quando le società si risolvano in soggetti non effettivamente dotati di autonomia patrimoniale e decisionale, e con scopo di lucro autonomo; parlare di autonomia patrimoniale e di distinte soggettività ha un senso solo quando vi siano degli enti che dispongano di meccanismi di formazione della volontà liberi ed effettivi, non quando essi siano invece ridotti a meri simulacri a completa disposizione di interessi e di volontà altrui.

Quanto al principio per il quale chi prende le decisioni ne è pure responsabile, esso si trova normativamente attuato, oltre che nel già ricordato art. 2320 c.c., anche nell'art. 2362 c.c., che, affermando la responsabilità illimitata dell'unico azionista, riporta la responsabilità sostanzialmente a chi ha gestito in solitudine la società per un certo periodo, senza i normali contrappesi previsti per la formazione e l'attuazione della volontà sociale. Di tale principio ha fatto applicazione anche la Corte Costituzionale, laddove ha escluso la fallibilità del socio receduto da oltre un anno, assimilandolo, pur non essendo egli imprenditore, all'imprenditore individuale di cui all'art. 10 l.f., sotto il profilo della partecipazione all'esercizio dell'impresa collettiva, per cui venuto meno quest'ultimo requisito da oltre un anno, il socio non è più un soggetto fallibile, con la qual cosa volendosi dire che ciò che è rilevante ai fini della responsabilità illimitata è la gestione dell'impresa, si tratti di una gestione effettiva, o anche soltanto potenziale. Nella pratica la holding personale di cui si parla può essere caratterizzata da una gestione autonoma e trasversale di tutte le società del gruppo con esautorazione degli amministratori e predisposizione sistematica ab externo degli atti di gestione relativi alle singole società, con la confusione dei patrimoni ed un unico sistema di finanziamento gestito in forma accentrata dall'holder, comune a tutte le società, ma a loro estraneo, talvolta anche nel perseguimento dei fini economici, in concreto contrastanti con quelli dei singoli enti, e a tutto beneficio dell'holder medesimo; in tal senso la holding personale può ritenersi titolare di un'impresa individuale a carattere prevalentemente finanziario, così come è stato pure ritenuto per il socio amministratore di una società di capitali che espliciti in proprio un'attività diretta a procurare finanziamenti alla società medesima.

Più precisamente, la prestazione da parte dell'holder di servizi finanziari ed amministrativi a favore delle singole società del gruppo dà luogo ad un distinto organismo di imputazione di rapporti giuridici, al quale deve essere attribuita la responsabilità patrimoniale correlata all'attività svolta dall'holder medesimo, non quale socio delle diverse società del gruppo, ma come soggetto di impresa.

In un tale contesto, il soggetto a capo di un gruppo di società, il quale abbia svolto attività di direzione e coordinamento anche finanziario delle singole imprese controllate, assume la qualità di imprenditore commerciale ed è conseguentemente assoggettabile a fallimento, qualora la sua impresa personale venga a trovarsi in stato di insolvenza.

La giurisprudenza di legittimità richiede comunque, ai fini della fallibilità dell'imprenditore holding persona fisica, la presenza di tre requisiti:

- ✓ organizzazione imprenditoriale autonoma dell'holding rispetto alle aziende societarie controllate
- ✓ economicità aggiuntiva o produzione di un plusvalore economico dovuto esclusivamente all'attività di direzione e di coordinamento;
- ✓ spendita del nome da parte dell'imprenditore holding.

Il primo requisito non dovrebbe essere ritenuto necessario poiché, almeno nell'holding pura, l'imprenditore holder si avvale senza intermediazioni dei mezzi costituiti dalle imprese da lui dirette e coordinate, trattandosi di impresa mediata, e senza che gli serva, in certi casi estremi, più che un telefono cellulare, con cui impartire gli ordini e le direttive ai suoi sottoposti.

Quanto al secondo requisito, dell'economicità, l'utilità aggiuntiva derivante al gruppo di società ed allo stesso holder come imprenditore può venire dal fatto che, senza la sua opera di coordinamento, anche finanziario, e senza i suoi interventi in garanzia o personali presso le banche, le sue società non avrebbero tutta la disponibilità finanziaria di cui invece possono disporre, consentendo loro di operare meglio e più stabilmente di quello che sarebbe senza l'holder: anche tale requisito potrebbe essere ritenuto non necessario, poiché può coincidere, nei fatti, con lo scopo di lucro delle singole società, che ridonda indirettamente negli effetti sul patrimonio dell'imprenditore holder.

Il terzo requisito, della spendita del nome, va ritenuto superfluo, poiché, sempre con riferimento alla holding pura, che si estrinseca con atti di rilevanza interna, essa non intrattiene, di norma, né ha bisogno di intrattenere, rapporti negoziali con terzi, potendosi limitare all'elaborazione di direttive ed istruzioni da impartire alle società, anzi la spendita del nome dovrebbe essere considerata un requisito impossibile, poiché l'ultima cosa che vuole l'imprenditore holder puro è di farsi notare all'esterno del gruppo da lui dominato, per poter continuare a giovare dei benefici dell'anonimato imprenditoriale. La Cassazione ha confermato la necessità della presenza dei tre requisiti indicati, in un caso, peraltro, in cui erano comunque tutti presenti per poter attribuire in concreto la qualità di imprenditore al soggetto holding personale. Nei

gruppi di imprese la società capogruppo non può essere dichiarata fallita per l'insolvenza di una società controllata, e, viceversa, non può essere dichiarato il fallimento della società controllata per l'insolvenza della capogruppo, e lo stesso val

21. Le società di Capitali

Società per azioni (Spa)

Società in accomandita per azioni (Sapa)

Società a responsabilità limitata (Srl)

Le società di capitali sono caratterizzate da differenti soluzioni per la gestione e il controllo dell'impresa, che riducono il rischio per il patrimonio personale dei soci, ma richiedono l'investimento iniziale di un capitale minimo

Caratteri comuni e tipologie

Un tratto tipico e comune delle società di capitali è che il patrimonio dei soci rimane separato da quello della società. Il rischio imprenditoriale è pertanto limitato esclusivamente al capitale sociale. Le forme giuridiche previste nell'ordinamento italiano per le società di capitali sono:

- società a responsabilità limitata
- società per azioni
- società in accomandita per azioni

Tra gli elementi distintivi che caratterizzano le varie tipologie di società di capitali, da notare che la società per azioni e la società in accomandita per azioni sono utilizzate generalmente per realtà economiche medie e grandi, mentre la società a responsabilità limitata è di solito adottata per imprese di dimensioni più ridotte.

La società a responsabilità limitata

Caratteristiche

La società a responsabilità limitata (S.r.l.) è la forma più diffusa e flessibile tra le società di capitali. Presenta elementi che la collocano a metà strada tra società di capitali e società di persone. In comune con le prime la S.r.l. presenta un'autonomia patrimoniale perfetta: i soci, cioè, nell'ambito dell'attività svolta, rispondono solo limitatamente alla propria quota di obbligazioni sociali. Analoga alle società di persone è invece la forte autonomia di statuto che regola i rapporti tra soci.

L'amministrazione è di norma affidata a uno o più soci nominati dall'assemblea. Vari sono i possibili modelli di amministrazione e i relativi organi:

- organo amministrativo monocratico con amministratore unico;
- organo amministrativo pluripersonale con consiglio di amministrazione;
- organo amministrativo pluripersonale con amministrazione disgiuntiva o congiuntiva (sulla base delle regole previste per le società di persone).

Gli amministratori detengono la rappresentanza generale della società e sono solidalmente responsabili per i danni che possono derivare dall'inosservanza dei doveri imposti dall'atto costitutivo o della legge.

L'assemblea dei soci ha potere decisionale in diversi ambiti:

- nomina degli amministratori e del collegio sindacale;
- modifiche dell'atto costitutivo;
- approvazione del bilancio;
- modifiche dell'oggetto sociale o dei diritti dei soci;
- materie loro attribuite per statuto.

Per l'approvazione dell'assemblea dei soci è necessaria la maggioranza degli aventi diritto al voto, rappresentativa almeno della metà delle quote del capitale sociale.

Nelle società a tempo indeterminato, il socio ha diritto di recesso in qualsiasi momento, con un preavviso di almeno 180 giorni. La quota del socio che recede deve essere liquidata proporzionalmente al valore del patrimonio sociale, alle prospettive di reddito della società e del suo valore di mercato.

L'esclusione del socio può avvenire solo per giusta causa o per i casi indicati nello statuto.

L'atto costitutivo può prevedere la nomina di un collegio sindacale o di un revisore.

Costituzione

Per fondare una S.r.l. è necessario disporre di un capitale sociale minimo di 10.000,00 euro, suddiviso in quote. Ciascun socio acquisisce un potere direttamente proporzionale alla quota posseduta, a meno di diversa indicazione nell'atto costitutivo. Possono essere oggetto di conferimento (cioè di trasferimento alla società) denaro, crediti, beni mobili e immobili, prestazioni di opera o di servizi in favore della società.

Alla sottoscrizione dell'atto costitutivo della società bisogna versare almeno il 25% dei conferimenti in denaro.

L'atto costitutivo deve essere redatto con un atto pubblico, alla presenza di un notaio, e deve contenere tutti i dati necessari all'identificazione dei soci e della società, compreso l'oggetto sociale (attività), le informazioni relative al capitale, a conferimenti e quote, amministrazione e controllo contabile, suddivisione delle competenze e spese di costituzione. Entro 20 giorni dalla sottoscrizione, il notaio deve depositare l'atto costitutivo e richiedere l'iscrizione della società presso l'ufficio del Registro delle Imprese competente.

La società a responsabilità limitata con unico socio

Come la S.r.l. pluripersonale anche la società a responsabilità limitata con un unico socio (S.r.l. unipersonale) è dotata di personalità giuridica ed ha autonomia patrimoniale perfetta.

A differenza della S.r.l. pluripersonale, nella S.r.l. unipersonale al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo bisogna versare l'intero capitale sociale. Inoltre, nel caso in cui non sia stata fatta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, il capitale sociale non sia stato interamente versato e la società sia insolvente, il socio diventa illimitatamente responsabile, cioè deve rispondere delle obbligazioni della società anche con il proprio patrimonio personale.

La società a responsabilità limitata semplificata (S.r.l.s.)

Per agevolare l'avvio d'impresa da parte dei giovani di età non superiore a 35 anni è stata introdotta nella normativa italiana una nuova forma societaria: la società a responsabilità limitata semplificata. A partire dal 29 agosto 2012 è possibile costituire questo nuovo tipo di società che gode di un regime agevolato, sia per l'ammontare del capitale sociale necessario per la sua costituzione (basta 1 euro), sia per i minori costi da sostenere per la sua creazione.

La società per azioni

Caratteristiche

La società per azioni (S.p.A.) è una società di capitali con personalità giuridica e con autonomia patrimoniale perfetta. I soci, cioè, sono responsabili solo limitatamente al capitale sottoscritto, mentre per le tutte obbligazioni sociali risponde la società con il suo patrimonio.

Accanto all'assemblea dei soci, il Codice Civile prevede per le S.p.A. tre sistemi di amministrazione e controllo:

- **il sistema tradizionale:** con un organo amministrativo monocratico (amministratore unico) o pluripersonale (consiglio di amministrazione) e con un organo di controllo (collegio sindacale), entrambi eletti dall'assemblea dei soci;
- **il sistema dualistico:** con il consiglio di gestione, cui è affidata in via esclusiva la gestione, e il consiglio di sorveglianza, con competenze analoghe a quelle del collegio sindacale nel sistema tradizionale e competenze che nel sistema tradizionale appartengono all'assemblea dei soci. L'assemblea nomina i membri del consiglio di sorveglianza, che a loro volta nominano i membri del consiglio di gestione;
- **il sistema monistico:** il consiglio di amministrazione si occupa in via esclusiva della gestione e nomina al suo interno un comitato per il controllo sulla gestione, organo che sostituisce il collegio sindacale.

Costituzione

La costituzione di una S.p.A. può avvenire per contratto associativo tra due o più persone (sia fisiche che giuridiche) o per atto unilaterale, nel caso di società unipersonale, avente cioè un unico socio.

L'atto costitutivo, redatto in forma di atto pubblico, deve contenere, tra l'altro, tutte le informazioni riguardanti soci e promotori, valore e numero delle azioni loro assegnate, l'oggetto sociale, cioè l'attività, il capitale, il sistema di amministrazione e di controllo adottato, le spese per la costituzione e la durata della società. Lo statuto, con le norme per il funzionamento della società, è parte integrante dell'atto costitutivo.

Il capitale sociale della S.p.A. è suddiviso in titoli che vengono denominati azioni. Per la costituzione della società il capitale deve essere interamente sottoscritto. La sottoscrizione delle azioni può essere:

- **simultanea:** il contratto è stipulato alla presenza di un pubblico ufficiale e di tutti i soci fondatori;
- **pubblica:** i promotori pubblicizzano la possibilità di sottoscrivere le azioni e solo in seguito alla sottoscrizione di tutte le quote l'assemblea dei sottoscrittori stipula l'atto costitutivo.

Entro 20 giorni dalla stipula, il notaio deve depositare l'atto costitutivo presso l'ufficio del Registro delle Imprese competente, e richiedere contestualmente l'iscrizione della società.

Il capitale sociale minimo è pari a 120.000,00 euro. Alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato in denaro almeno il 25% dei conferimenti. Nel caso di una S.p.A. unipersonale, è necessario il versamento dell'intero ammontare. Sono ammessi solo conferimenti in denaro, in natura e di crediti.

I diritti dei soci, a seconda del tipo e del numero di azioni possedute, possono essere di tipo amministrativo (ad es. diritto di voto, di partecipazione alle assemblee, di consultazione dei libri sociali) o di natura patrimoniale (ad es. diritto all'utile o alla liquidazione della quota).

La società in accomandita per azioni

Caratteristiche

La società in accomandita per azioni (S.a.p.a.) è una società di capitali caratterizzata dalla presenza di due diverse categorie di soci:

- soci accomandatari
- soci accomandanti.

Si parla in questo caso di responsabilità mista, perché a ciascuno dei due tipi di socio corrispondono due differenti gradi di responsabilità. I soci accomandatari sono responsabili dell'amministrazione e rispondono solidalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali, in via sussidiaria rispetto al capitale sociale (ovvero, qualora il capitale sociale si riveli insufficiente). I soci accomandanti, esclusi dall'amministrazione, sono invece responsabili per le obbligazioni societarie esclusivamente nei limiti della quota di capitale da loro sottoscritta, come avviene nelle altre società di capitali.

Nella società in accomandita per azioni sono presenti tre organi:

- l'assemblea dei soci (nella quale le maggioranze si determinano sulla base delle quote di capitale possedute, indipendentemente dal ruolo di accomandante o accomandatario);
- l'organo amministrativo (composto dai soci accomandatari);
- il collegio sindacale (organo di controllo della società).

Costituzione

La costituzione della S.a.p.a. avviene tramite un atto pubblico, che deve contenere, oltre quanto richiesto per la costituzione delle società per azioni, anche l'indicazione dei soci accomandatari.

Entro 20 giorni, il notaio deve depositare l'atto costitutivo e richiedere la contestuale iscrizione della società presso l'ufficio del Registro delle Imprese.

Il capitale sociale, costituito da azioni, non può essere inferiore a 120.000,00 euro e il 25% deve essere versato alla sottoscrizione dell'atto costitutivo.

Scioglimento delle società di capitali

Le cause di scioglimento comuni delle società di capitale sono:

- decorso del termine;
- conseguimento dell'oggetto sociale o impossibilità di conseguirlo;
- impossibilità di funzionamento o reiterata inattività da parte dell'assemblea;
- riduzione del capitale sotto il minimo legale;
- impossibilità di liquidare la quota del socio recedente;
- deliberazione dell'assemblea;
- altre cause previste dall'atto costitutivo, dallo statuto e dalle leggi vigenti.

Lo scioglimento della S.a.p.a avviene anche qualora tutti gli amministratori decadano dal loro incarico ed entro il termine di 180 giorni non si provveda alla loro sostituzione.

La Comunicazione Unica

- Per l'avvio dell'impresa è necessario ricorrere alla Comunicazione Unica, divenuta obbligatoria a partire dal 1 aprile 2010. Attraverso una procedura telematica, ComUnica, a disposizione delle imprese, è possibile eseguire i principali adempimenti necessari:
- per la pubblicità legale nel Registro delle Imprese;
- per l'iscrizione all'Albo delle imprese artigiane;
- ai fini fiscali (IVA), previdenziali (INPS) e assicurativi (INAIL).

Nel dettaglio, attraverso ComUnica si può effettuare la presentazione per via telematica delle domande di iscrizione, variazione e cessazione al Registro delle Imprese, Inps, Inail e Agenzia delle Entrate.

Le pratiche da presentare al Registro delle Imprese, relative sia alle società che alle ditte individuali, devono essere inoltrate esclusivamente per via telematica.

Per sapere come presentare le pratiche ComUnica è possibile consultare il sito internet Registro Imprese, l'Archivio ufficiale delle Camere di Commercio Italiane,

oppure le pagine del sito della Camera di Commercio di Roma dedicate alla Comunicazione Unica.