

# DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE

## ("Preleggi")

### CAPO I DELLE FONTI DEL DIRITTO

## 1 Indicazione delle fonti

Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) [le norme corporative;] (1) 4) gli usi.

(1) Il r.d.l. 9.8.1943 n. 721 ha soppresso l'ordinamento corporativo. Il successivo d.lgs.lgt. 23.11.1944 n. 369 ha soppresso le organizzazioni sindacali fasciste.

### SOMMARIO

1. Fonti di produzione e fonti di cognizione. – 2. L'attuale sistema delle fonti del diritto. – 3. La Costituzione e le leggi costituzionali. – 4. Il diritto dell'Unione europea. – 5. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 6. Le altre fonti a produzione non nazionale.

**1. Fonti di produzione e fonti di cognizione** – Nel riferirsi alle fonti del diritto è necessario operare una distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione del diritto (PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale Artt. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2011). Sono **fonti di produzione** i modi di formazione delle norme giuridiche; sono **fonti di cognizione** i testi che contengono le norme giuridiche già formate (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 109). Così la legge, che è la fonte principale del diritto, viene in considerazione come fonte di produzione allorché si fa riferimento al procedimento di formazione delle leggi, regolato dagli artt. 70 ss. Cost.; viene in considerazione, invece, come fonte di cognizione allorché si fa riferimento a quegli atti o fatti che rendono conoscibile il diritto (PIZZORUSSO A., FERRERI S., *Le fonti del diritto italiano, Le fonti scritte*, in *Tratt. Sacco*, Vol. 1, Torino, 1998, p. 67). Nell'ambito di un procedimento giudiziario, le parti non sono tenute a dare prova del contenuto della legge, che è conosciuto *ex officio* dal giudice, secondo il principio *iura novit curia*.

**2. L'attuale sistema delle fonti del diritto** – L'articolo in commento contiene un'indicazione delle fonti del diritto incompleta, giacché la sua entrata in vigore, contemporanea al codice civile del 1942, non tiene conto né della Costituzione della Repubblica, entrata in vigore nel 1948, né della Comunità economica europea, istituita nel 1957 e progressivamente evoluta sino all'attuale Unione europea, né dell'autonomia legislativa delle Regioni, resa operante nel 1970 in attuazione della Costituzione. L'indicazione delle fonti contenuta nelle "Disposizioni sulla legge in ge-

nerale" (in forma abbreviata, "Preleggi") inoltre, deve essere aggiornata espungendo il riferimento alle norme corporative, in quanto il r.d.l. 9.8.1943. n. 721 ha soppresso l'ordinamento corporativo; dall'altro, considerando le fonti la cui rilevanza è emersa successivamente all'entrata in vigore delle Preleggi. Ne deriva un sistema attuale delle fonti del diritto così completato: 1) la Costituzione e le leggi costituzionali; 2) i Trattati dell'Unione europea e gli altri atti cui i Trattati conferiscono efficacia normativa; 3) le leggi ordinarie dello Stato e gli altri atti aventi forza di legge (v. *sub art. 2 Preleggi*); 4) le leggi regionali (v. *sub art. 2 Preleggi*); 5) i regolamenti (v. *sub art. 3 Preleggi*); 6) gli usi (v. *sub art. 8 Preleggi*). A questo ordine di successione delle varie fonti del diritto corrisponde tendenzialmente una vera e propria **gerarchia delle fonti**: le norme contenute in fonti di grado superiore vincolano l'attività produttiva di norme di grado inferiore (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 164).

**3. La Costituzione e le leggi costituzionali** – La Costituzione è la legge fondamentale della Repubblica. Essa deve, formalmente, la sua posizione sovraordinata rispetto alle altre leggi dello Stato alla sua natura di costituzione rigida, la cui modifica richiede uno speciale procedimento, il procedimento di revisione costituzionale, regolato dagli artt. 138 ss. Cost. (PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 151), che è diverso dall'ordinario procedimento di formazione delle leggi. Lo stesso procedimento previsto per la revisione costituzionale vale per le altre leggi costituzionali, destinate a regolare le materie per le quali la Costituzione formula una **riserva di legge costituzionale** (PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in*

*generale Artt. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2011). Una norma di legge che sia in contrasto con la Costituzione o con altre leggi costituzionali è viziata da illegittimità costituzionale (v. *sub art. 15 Preleggi*).

**4. Il diritto dell'Unione europea** – A livello comunitario, le fonti istitutive sono il Trattato istitutivo della Comunità europea del 1957 e successive modificazioni intervenute, in particolare, con l'Atto Unico Europeo, firmato il 17.2.1986 ed in vigore dal 1.7.1987; il Trattato di Maastricht firmato il 7.2.1992 ed in vigore dal 1.11.1993; il Trattato di Amsterdam, firmato il 2.10.1997 ed in vigore dal 1.5.1999; il Trattato di Nizza, firmato il 26.2.2001 ed in vigore dal 1.2.2003. Il Trattato di Lisbona, firmato il 13.12.2007 ed in vigore dal 1.12.2009, da ultimo, ha condotto ad un aggiornamento dei Trattati istitutivi, ora denominati rispettivamente Trattato dell'Unione europea ("TUE") e Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"). Sullo stesso piano dei Trattati, nel prospetto del diritto interno, si pongono anche i regolamenti dell'Unione europea. La limitazione di sovranità cui lo Stato ha consentito, ai sensi dell'art. 11 Cost., con l'adesione all'Unione europea giustifica l'efficacia normativa delle fonti comunitarie, con la conseguenza ulteriore che, nelle materie regolate da fonti dell'Unione, i giudici nazionali devono risolvere le controversie ad essi sottoposte con l'applicazione diretta del diritto dell'Unione, disapplicando il diritto interno con esso contrastante (C. cost. 18.4.1991 n. 168; C. cost. 8.6.1984 n. 170; C. giust. Ce 15.6.1964), salvi solo i principi fondamentali della Costituzione e i diritti inalienabili dell'uomo (C. cost. 31.5.2018 n. 115; C. cost. 18.4.1991 n. 168; C. cost. 21.4.1989 n. 232).

**5. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali** – Un ruolo sempre più determinante sta assumendo la Convenzione firmata a Roma il 4.11.1950, ratificata con l. 4.8.1955 n. 848 (CEDU). Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, (C. cost. 24.10.2007 n. 348 e 349; 26.3.2015 n. 49): a) le norme della CEDU vivono nell'interpretazione

che delle stesse viene data dalla Corte di Strasburgo e devono essere coerenti con le norme costituzionali; b) la verifica di legittimità costituzionale deve essere condotta in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma interna censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

C. cost. 13.6.2018 n. 120 si occupa della **Carta sociale europea**, oggetto di revisione nel 1996, che riunisce in un solo trattato i diritti riconosciuti dalla versione originaria del 1961 e quelli che sono stati aggiunti attraverso il Protocollo addizionale del 5.5.1988, entrato in vigore il 4.9.1992; la sentenza precisa che se la Convenzione di Roma del 1950 ha inteso costituire un "sistema di tutela uniforme" dei diritti fondamentali civili e politici.

**6. Le altre fonti a produzione non nazionale** – A differenza di quanto si è rilevato per il diritto comunitario, non vi è limitazione della sovranità dello Stato con riferimento ad altre **fonti a produzione non nazionale** (PIZZORUSSO A. e FERRERI S., *Le fonti del diritto italiano. Vol. 1. Le fonti scritte*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 191), finalizzate alla uniformazione del diritto a livello internazionale. Non si può non tenere conto, parlando delle fonti del diritto con particolare attenzione alle fonti del diritto privato, del crescente numero di convenzioni internazionali di diritto uniforme, il cui testo viene predisposto da organismi internazionali, adottato da apposite conferenze diplomatiche e successivamente ratificato dai singoli Stati. Da ricordare, in particolare, a questo riguardo, il ruolo dell'Unidroit – l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato – e dell'Uncitral – la Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale.

## 2 Leggi

La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti del Governo aventi forza di legge sono disciplinate da leggi di carattere costituzionale.

### SOMMARIO

1. Il formante legislativo e la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale. – 2. Le leggi ordinarie. – 3. Gli atti del governo aventi forza di legge ordinaria. – 4. La riserva di legge. – 5. Le leggi regionali.

**1. Il formante legislativo e la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale** – Nell'ordinamento italiano alla legge deve essere riconosciuto il ruolo di principale fonte del diritto, nonostante il rilievo crescente del **formante giurisprudenziale** (BIN M., *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova, 1995, p. 71) e quello perdurante del **formante dottrinale** (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 97; PIZZORUSSO A., FERRERI S., *Le fonti del diritto italia-*

*no, Le fonti scritte*, in *Tratt. Sacco*, vol. 1, Torino, 1998, p. 68). È opportuno distinguere a questo riguardo tra **legge in senso formale** e **legge in senso sostanziale**: la prima è quella adottata secondo il procedimento proprio della formazione delle leggi; la seconda è quella che, secondo questo procedimento, produce norme generali ed astratte. Una legge può essere tale in senso solo formale, consistendo in un comando individuale e concreto emanato nelle forme della legge (c.d. **legge-provvedimento**). È il caso, ad es.,

della legge con la quale venga costituito o soppresso un ente pubblico, o con la quale il governo venga autorizzato a stanziare una somma di danaro a favore di un determinato ente pubblico (v., con riferimento alla trasformazione dell'Enel in società per azioni, Cass. pen., Sez. V, 25.2.1997). Le leggi in senso solo formale sono per ogni aspetto sottoposte alle norme della Costituzione relative alle leggi e sono pertanto sottoposte al controllo di legittimità costituzionale (v. *sub art.* 15 Preleggi).

**2. Le leggi ordinarie** – Il procedimento di formazione delle leggi ordinarie è oggi regolato dagli artt. 70 ss. Cost. (CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2017; CERVATI, GROTTANELLI DE' SANTI, *La formazione delle leggi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, vol. I, 1, Bologna-Roma, 1985) e prevede l'iniziativa del governo, o di ciascun membro del parlamento, o dei consigli regionali, ovvero l'iniziativa popolare; l'approvazione separata di ciascuno dei due rami del parlamento, la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. Molte leggi tuttora in vigore, e tra queste il codice civile, sono state formate in epoca anteriore alla Costituzione e dunque secondo un diverso procedimento di formazione delle leggi.

**3. Gli atti del governo aventi forza di legge ordinaria** – Alla legge ordinaria sono largamente equiparati gli atti del governo aventi forza di legge ordinaria: i decreti legge, che il governo può emanare, ai sensi dell'art. 77, co. 2, Cost., solo "in casi straordinari di necessità e di urgenza" e che perdono efficacia sin dall'inizio se, entro sessanta giorni, il parlamento non li abbia convertiti in legge; i decreti legislativi (o leggi delegate), che il governo emana per delega del parlamento, sulla base di una legge di delegazione che fissa i principi e i criteri direttivi cui il governo deve attenersi, e definisce l'oggetto dell'attività legislativa delegata, nonché il tempo entro il quale la delega deve essere esercitata (art. 76 Cost.). L'attività legislativa del governo risulta ora disciplinata e delimitata dagli artt. 14 e 15, l. 23.8.1988 n. 400. La nuova disciplina, tuttavia, ha forza di legge ordinaria e non può dunque essere equiparata ad una legge costituzionale nella gerarchia delle fonti (PALEOLOGO, *L'attività normativa del governo nella legge sull'ordinamento della presidenza del consiglio dei ministri*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 345; contra SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in AMATO, BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 2).

Tuttavia, la Corte costituzionale ha chiarito che: a) quanto ai presupposti della **straordinaria necessità ed urgenza**, il proprio sindacato è circoscritto "ai casi di 'evidente mancanza' dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, co. 2, Cost. o di 'manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione'; b) quanto ai requisiti di omogeneità e coerenza della normativa il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77, co. 2, Cost., si ricollega ad una intrinseca coerenza delle norme contenute in un d.l., o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico" (C. cost. 12.7.2017 n. 170).

**4. La riserva di legge** – La Costituzione, oltre ad imporre

una generale osservanza del **principio di legalità** (ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 49), riserva alla legge la potestà esclusiva di disciplinare determinate materie (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 425). Si distingue, a questo riguardo tra **riserva assoluta** e **riserva relativa** (AMATO G. e BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 139): la prima preclude qualsiasi possibile produzione di norme attraverso fonti diverse dalla legge; la seconda consente, ove la legge sia intervenuta a fissare i principi generali destinati a disciplinare la materia, la produzione di norme attraverso fonti gerarchicamente inferiori alla legge (C. cost. 20.7.1995 n. 333). Benché non manchi chi sostenga che la riserva di legge andrebbe intesa quale riserva di "legge formale", ossia quale atto legislativo del parlamento (CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, p. 2), prevalente è l'opinione secondo la quale la riserva di legge è soddisfatta anche da atti del governo aventi forza di legge ordinaria (PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 170; C. cost. 23.7.1974 n. 243).

**5. Le leggi regionali** – Le leggi regionali sono il portato dell'autonomia, anche legislativa, che la Costituzione, così come riformata con l. cost. 18.10.2001 n. 3 (per l'attuazione di tale legge v. anche la l. 5.6.2003 n. 131; CAVALERI, LAMARQUE, *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, Torino, 2004), riconosce alle regioni "in ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato" dall'art. 117 Cost. Le leggi regionali, che devono comunque rispettare la Costituzione (BARBERA A., *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cos.*, 2001, 2, p. 345) ed i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea, in Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, p. 142; ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione, in Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, p. 294), non possono invadere le materie di competenza statale, e sull'eventuale conflitto giudica la Corte costituzionale. Fra le materie riservate alla competenza legislativa dello Stato figura l'ordinamento civile e penale, oltre che la giurisdizione e le norme processuali (art. 117, co. 2, lett. l), Cost.). È così confermato l'orientamento restrittivo della Corte costituzionale, secondo il quale le regioni non possono emanare, neppure nelle materie di loro competenza, norme di diritto privato, ma solo norme regolatrici delle proprie funzioni amministrative (Corte cost. 20.1.1977 n. 38). Tale principio è stato solo parzialmente attenuato in pronunce più recenti, che hanno ammesso che "la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza" (C. cost. 6.11.2001 n. 352; sul punto v. anche ALPA, *Diritto privato (legislazione regionale)*, in *Compendio del nuovo diritto privato*, 2000, p. 176; ROPPO V., *Diritto privato regionale?*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 553).

## 3 Regolamenti

Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale. Il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari.

### SOMMARIO

1. I regolamenti. – 2. I regolamenti del governo. – 3. La delegificazione.

**1. I regolamenti** – I regolamenti sono una fonte normativa sottordinata alla legge: devono essere autorizzati dalla legge e non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge (CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967); sulla loro legittimità giudica il giudice ordinario. Vengono emanati dal governo o da altre autorità, nei limiti delle rispettive competenze ed in conformità alle leggi che attribuiscono loro il potere regolamentare) e da autorità diverse dagli enti territoriali, come la Banca d'Italia o la Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob), o altre c.d. **autorità indipendenti**. Il termine regolamento quindi si riferisce a categorie di fonti eterogenee: sia per ciò che concerne il tipo di organo o ente da cui promanano, sia per ciò che attiene alla loro collocazione nella gerarchia delle fonti, sia per quanto riguarda il loro ambito di efficacia (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 569). Secondo quanto emerge dall'art. in esame e, per i regolamenti statali, dall'art. 17, l. 23.8.1988 n. 400, la potestà regolamentare risponde a regole di stretta tipicità, si da non essere rinvenibile se non là dove la legge espressamente lo preveda (Cons. Stato, Sez. IV, 16.7.1991 n. 577).

**2. I regolamenti del governo** – La categoria dei regolamenti del governo comprende sia i regolamenti adottati dal governo collegialmente, sia i regolamenti adottati da un singolo o più ministeri (c.d. regolamenti ministeriali o interministeriali; per una trattazione generale, v). PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2011). Ora l'art. 17, l. 3.8.1988 n. 400, riconosce espressamente al governo il potere di emanare regolamenti indipendenti, oltre che regolamenti di esecuzione, anche in difetto di esplicita previsione della legge cui il governo intende dare esecuzione. La nuova disciplina distingue tra diverse tipologie di regolamenti (RESCIGNO G.U., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giuri. cost.*, 1988, p. 1494): **regolamenti di esecuzione** di una specifica legge; **regolamenti di attuazione** e integrazione di una legge preesistente; **regolamenti indipendenti**,

in quanto né integrativi né esecutivi di una legge preesistente; **regolamenti organizzativi**, ossia recanti norme di attuazione relative all'organizzazione di uffici (PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 356); **regolamenti di ricezione degli accordi collettivi di lavoro**. Tale elenco deve ora essere integrato con il riferimento ai **regolamenti di attuazione delle direttive comunitarie**, espressamente previsti dalla l. 9.3.1989 n. 86, e successive modificazioni. Va inoltre osservato che il d.lgs. 30.7.1999 n. 303 prevede la possibilità di emanare nella forma del decreto del presidente del consiglio dei ministri (d.p.c.m.) una serie eterogenea di regolamenti per i quali sono previste procedure di approvazione ed emanazione diverse rispetto ai regolamenti di cui alla l. n. 400/1988 (per ulteriori distinzioni tra regolamenti governativi e regolamenti ministeriali, v. *sub art.* 4).

**3. La delegificazione** – In anni recenti i regolamenti governativi hanno avuto una forte rivalutazione alla luce della politica cosiddetta di "**delegificazione**" (BARBERA, *Apunti sulla "delegificazione"*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 417; MARTINES T., *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, p. 863). L'art. 17, l. 3.8.1988 n. 400 ha attribuito al governo il potere di emanare atti normativi con efficacia equivalente alla legge (c.d. regolamenti delegati), in relazione a materie per le quali non vi sia una riserva assoluta di legge e con predeterminazione delle regole generali cui il governo dovrà attenersi. L'aspetto maggiormente innovativo della nuova disciplina attiene, però, alla facoltà abrogativa concessa al governo (GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, p. 62): questo, infatti, può essere autorizzato per legge ad abrogare con regolamento precedenti norme di legge (c.d. **regolamenti abrogativi o di delegificazione**). In ogni caso, tuttavia, è stato più volte chiarito che i regolamenti governativi, compresi quelli delegati, non sono legittimati a disciplinare materie di competenza regionale e lo strumento della delegificazione non può operare per fonti di diversa natura, tra le quali vi è un rapporto di competenza e non di gerarchia (C. cost. 1.10.2003 n. 302; C. cost. 10.12.1998 n. 408).

## 4 Limiti della disciplina regolamentare

I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi. I regolamenti emanati a norma del secondo comma dell'art. 3 non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo.

### SOMMARIO

1. I limiti al potere regolamentare. – 2. Potere regolamentare ed atti e provvedimenti amministrativi. – 3. I regolamenti delle altre autorità.

**1. I limiti al potere regolamentare** – La norma in esame pone un duplice limite al potere regolamentare: da un lato, tutti i regolamenti sono subordinati alla legge; dall'altro, i regolamenti non governativi sono subordinati anche ai regolamenti governativi. Per quanto riguarda la subordinazione dei regolamenti alla legge, si rinvia all'art. 3 Preleggi. Per quanto riguarda i rapporti tra regolamenti governativi e regolamenti non governativi, invece, si deve osservare che ora la questione è regolata dall'art. 17, co. 3, l. 3.8.1988 n. 400, che stabilisce un rapporto gerarchico interno tra fonti del medesimo grado, in riferimento al quale si esclude che possa applicarsi il criterio della competenza (PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2ª ed., Bologna-Roma, 2011). È stato, inoltre, precisato che la disapplicazione del regolamento è legittima qualora questo sia in contrasto con una fonte di diritto sovraordinata e non pure quando venga in rilievo un atto normativo consistente nella delibera di un organo professionale (come il prontuario compilato da un comitato interregionale notarile), privo di vincolatività al di fuori di un recepimento consensuale (Cass. 20.1.2011 n. 1342).

**2. Potere regolamentare ed atti e provvedimenti amministrativi** – Sul piano contenutistico, i regolamenti si distinguono dagli atti e provvedimenti amministrativi, poiché questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili; i regolamenti, invece, sono espressione di una potestà amministrativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto a quella legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano, appunto, i caratteri della generalità e dell'astrattezza (Cass. S.U. 28.11.1994 n. 10124; in senso analogo v., da ultimo, Cass. 5.3.2007 n. 5062). La citata l. n. 400/1988 regola complessivamente la potestà normativa del governo: quanto ai regolamenti, il co. 3 del citato art. 17 prevede che essi possano essere emanati, ol-

tre che con deliberazione del consiglio dei ministri, anche con decreto ministeriale nelle materie di competenza del ministro o di autorità ad esso sottordinate, quando la legge espressamente conferisca tale potere, che può includere anche quello di modificare le norme contenute in regolamenti governativi (Tar Lazio, Sez. III, 24.9.1991 n. 1169, in *Foro it.*, 1992, III, c. 394). Tutti i regolamenti devono avere tale denominazione, sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sono sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei conti e sono pubblicati sulla Gazzetta ufficiale: se tali requisiti sono rispettati, i regolamenti, anche non governativi, devono qualificarsi quali fonti del diritto, cosicché agli stessi sarà applicabile il principio *iura novit curia* (Cass. 4.6.1998 n. 5483), che non opera per gli atti amministrativi (v., ad es., Cass. 31.3.2008 n. 8205).

**3. I regolamenti delle altre autorità** – A seguito della riforma del titolo V della Costituzione (l. cost. 18.10.2001 n. 3; v. anche l. 5.6.2003 n. 131), gli enti territoriali hanno un potere regolamentare autonomo (ex art. 117, co. 6, Cost.). Sebbene subordinato alla legge, il potere regolamentare degli enti locali non può considerarsi subordinato alle disposizioni dettate dai regolamenti governativi; il rapporto tra l'uno e gli altri, infatti, deve essere determinato sulla base del criterio della competenza e non già in base ad un criterio gerarchico (RUGGERI A., *La potestà regolamentare*, in *Foro italiano*, 2001, p. 210; CARAVITA B., *Il problema dell'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione*, in MANCINI S. (a cura di), *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, Milano, 1999, p. 195). I limiti stabiliti dalla norma in esame restano invece applicabili ad ogni altra autorità, a meno che la legge, nell'attribuire il potere regolamentare, non disponga diversamente. Con riferimento alla deliberazione del consiglio nazionale forense approvata con decreto ministeriale contenete la determinazione degli onorari e dei diritti spettanti agli avvocati in materia civile e penale, si è rilevato che essa integra un regolamento adottato da un'autorità non statale in forza di un autonomo potere regolamentare che ripete la sua disciplina da leggi speciali in conformità alle disposizioni contenute nelle Preleggi (Cass. 2.4.2001 n. 4788).

## 5 Norme corporative (1)

*Omissis.*

## 6 Formazione ed efficacia delle norme corporative (1)

*Omissis.*

## 7 Limiti della disciplina corporativa (1)

*Omissis.*

(1) Norme abrogate per effetto del r.d.l. 9.8.1943 n. 721 e del d.l.l. 23.11.1944 n. 369.

## 8 Usi

Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. *Omissis* (1).

(1) La norma di cui al co. 2 deve ritenersi abrogata per effetto del r.d.l. 9.8.1943 n. 721, che ha soppresso l'ordinamento corporativo, e del successivo d.lgs.lgt. 23.11.1944 n. 369, che ha soppresso le organizzazioni sindacali fasciste.

## SOMMARIO

1. Gli usi o consuetudini nel sistema delle fonti. – 2. Usi normativi ed usi contrattuali. – 3. Usi *praeter legem*, usi *secundum legem* ed usi *contra legem*. – 4. Gli usi del commercio internazionale e la nuova *lex mercatoria*.

**1. Gli usi o consuetudini nel sistema delle fonti** – All'ultimo livello della gerarchia delle fonti si collocano gli usi o, secondo un'altra espressione, le **consuetudini**, che si caratterizzano come fonti non scritte e non statuali di produzione di norme giuridiche (GUARNERI A., *Gli usi, in Le fonti del diritto italiano*, vol. 2, *Le fonti scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, p. 532). Gli usi consistono nella pratica uniforme e costante di dati comportamenti (c.d. **usus**), seguita con la convinzione che quei comportamenti siano giuridicamente obbligatori (c.d. **opinio iuris atque necessitatis**). Non basta, dunque, il solo *usus*, ossia la generalizzazione di un dato comportamento, ma occorre altresì l'ulteriore requisito di natura soggettiva o psicologica, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica (Cass. 8.5.2008 n. 11466), di modo che venga a configurarsi una norma – sia pure di rango terziario, in quanto subordinata alle legge ed ai regolamenti – avente i caratteri della generalità e della astrattezza (Cass. 11.11.1999 n. 12507). Alla luce di tale rilievo, è stata negata la natura di usi alla prassi amministrativa, che non ha efficacia *erga omnes* e non ha un vero carattere di generalità, limitandosi a connotare il comportamento di fatto dei singoli uffici nei rapporti con il pubblico, senza essere, tuttavia, accompagnata dalla convinzione della sua doverosità" (Cass. 19.1.2006 n. 1018).

**2. Usi normativi ed usi contrattuali** – Gli usi ai quali si fa riferimento nella norma in esame sono, ovviamente, solo gli **usi normativi**, da tenere distinti dagli **usi contrattuali**, o clausole d'uso (PAVONE A., LA ROSA, voce "*Consuetudine (usi normativi e negoziali)*", in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, p. 515), che possono venire in rilievo come fonte di integrazione del contenuto del regolamento contrattuale (v. *sub art.* 1340): Ne consegue che, quando una norma di legge preveda la possibilità di propria deroga in forza degli usi, tale effetto può essere prodotto soltanto da usi normativi *ex artt.* 1 e 8 Preleggi e non già da usi contrattuali (Cass. 4.5.2001 n. 6263), quali vanno ad esempio qualificati le prassi di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti alle banche (Cass. 19.3.2007 n. 6514; Cass. S.U. 4.11.2004 n. 21095). Gli usi contrattuali (ad es., le c.d. **prassi o usi aziendali**), potendo integrare il regolamento contrattuale individuale tra i soggetti tra i quali l'uso in questione si sia sviluppato, possono condurre alla deroga di qualsiasi norma dispositiva di legge, senza incontrare le limitazioni previste dall'art. 8 delle preleggi (Cass. 22.5.1987 n. 4673).

**3. Usi praeter legem, usi secundum legem ed usi contra legem** – Nel sistema italiano delle fonti del diritto agli usi è attribuita una rilevanza soltanto residuale, in ossequio al principio del primato del diritto statale. Ne consegue, da un lato, che soltanto nelle materie non regolate da fonti sovraordinate gli usi hanno piena efficacia (c.d. usi **praeter legem**) (Cass. 15.12.1995 n. 11834; Cass. 23.12.1977 n. 5724) e, dall'altro, che nelle materie regolate da leggi o da

regolamenti la consuetudine ha efficacia solo in quanto sia da essi richiamata (c.d. usi **secundum legem**). Deve invece negarsi la possibilità di attribuire rilevanza ai c.d. usi **contra legem** (cfr. Cass. 10.9.2015 n. 17881, in materia di consuetudine *contra legem* nella determinazione delle tariffe dei geometri), ovvero alla desuetudine, quale fonte di fatto del diritto (BIANCA M.C., *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, 116), potendo questa rilevare esclusivamente in ambiti limitati e specifici, quale la materia marittima, in conseguenza di una qualificazione degli usi *contra legem* quali fonti di diritto speciale (MONATERI P.G., *Fonti del diritto*, in *Digesto*, IV ed., *Disc. privatistiche. Sezione civile*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 392; la possibile rilevanza generalizzata di usi *contra legem* è stata negata da Trib. Roma 1.7.1985, in *Giur. dir. ind.*, 1985, p. 650; Cass. 29.11.1984 n. 6257).

**4. Gli usi del commercio internazionale e la nuova lex mercatoria** – Rispetto alla rilevanza meramente residuale degli usi nel diritto interno, si deve osservare come largamente superiore sia il ricorso agli **usi nel commercio internazionale**. In parte tale fenomeno può essere ricondotto alla mancanza di una organica disciplina "legislativa" internazionale, con il conseguente maggiore spazio lasciato agli usi *praeter legem*. Tale osservazione, tuttavia, non dà pienamente conto del fenomeno, ove si consideri che anche laddove una disciplina legislativa internazionale esista (è il caso, ad es., della vendita internazionale di beni mobili), questa attribuisce agli usi un ruolo assai più rilevante di quello delimitato dalla norma in commento (v., ad es., l'art. 9 della Convenzione di Vienna dell'11.4.1980, sulla vendita internazionale di beni mobili, ratificata in Italia con l. 11.12.1985 n. 765; su tale norma, Trib. Rimini 26.11.2002, in *Giur. it.*, 2003, 896; FERRARI F., TORSELLO M., *International Sales Law – CISG in a Nutshell*, St. Paul, 2018, p. 53 ss.). Se ne deve dunque dedurre che è il carattere metanazionale del fenomeno a determinare la maggiore rilevanza degli usi, venendo meno l'esigenza di ossequio al principio del primato del diritto statale (BONNELL M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, p. 124). Un ruolo particolarmente significativo nel riconoscimento della rilevanza degli usi del commercio internazionale è quello assunto dalla giurisprudenza delle corti arbitrali internazionali, le quali hanno progressivamente scardinato la distinzione tra uso normativo e uso contrattuale, finendo spesso per attribuire agli usi un ruolo di primo piano nella gerarchia delle fonti del diritto del commercio internazionale agli usi in quanto tali (BORTOLOTTI F., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, vol. I, Padova, 2009, p. 16). Tale rilievo conduce a prendere in considerazione un ulteriore e più ampio fenomeno, identificato con il nome di nuova **lex mercatoria** (GALGANO F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2001, p. 229). Con tale espressione ci si riferisce, alludendo alla rinascita dello *ius mercatorum* medievale, ad un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato

da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati. (MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, p. 301). Tra le decisioni rese da corti statali

che, in sede di delibazione di lodi arbitrali internazionali resi in applicazione della *lex mercatoria*, hanno riconosciuto l'esistenza e la rilevanza di tale ordinamento sovranazionale, v., in Italia, Cass. 8.2.1982 n. 722; in Francia, *Cour de Cassation*, 22.10.1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 645.

## 9 Raccolte di usi

Gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria.

### SOMMARIO

1. Raccolte di usi. – 2. Prova degli usi e principio *iura novit curia*. – 3. Raccolte degli usi del commercio internazionale: in particolare, i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali.

**1. Raccolte di usi** – L'origine non statale degli usi quale fonte di produzione di norme giuridiche reca con sé la conseguenza della indisponibilità di fonti di cognizione ufficiali di tali norme, assimilabili a quelle esistenti per le altre fonti menzionate nelle preleggi (GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2000, p. 117). Il riferimento alla ufficialità delle raccolte degli enti e degli organi a ciò autorizzati non può dunque essere assimilato alla ufficialità della pubblicazione delle leggi e dei regolamenti. Esistono, in effetti, raccolte degli usi commerciali ed agrari compilate dalle Camere di commercio ai sensi del r.d. 20.9.1934 n. 2011, ed un'apposita commissione è stata istituita anche presso il Ministero dell'industria e del commercio con d.l.c.p.s. 27.1.1947 n. 152, modificato con l. 13.3.1950 n. 115. Tali raccolte, tuttavia, non trasformano gli usi in fonti scritte, ma hanno esclusivamente un valore di prova.

**2. Prova degli usi e principio *iura novit curia*** – Le raccolte di usi contemplate nella norma in esame provano l'esistenza dell'uso sino a prova contraria, che può essere data con ogni mezzo (Cass. 21.11.2000 n. 14014). Pertanto, l'accertamento circa l'esistenza ed il contenuto della consuetudine costituisce una questione di fatto, per la cui soluzione il giudice del merito può ricorrere ad ogni mezzo di prova, compresa quella testimoniale, non costituendo fonte di prova assoluta ed esclusiva della stessa la raccolta degli usi eventualmente compilata ad opera di una Camera di commercio (Cass. 17.7.1974 n. 2130; PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto*, 2ª ed. Bologna-Roma, 2011, p. 372). A prescindere dalla loro verbalizzazione in raccolte, gli usi normativi sono norme giuridiche che il giudice ha l'obbligo di applicare se le conosce, mentre la loro violazione è motivo di ricorso in Cassazione; il giudice, tuttavia, non ha l'onere di indagare personalmente per accertarne l'esistenza disponendo *ex officio* attività istruttorie per sopperire all'inerzia delle parti (Cass. 21.11.2000 n. 15014; Cass. 1.3.2007 n. 4853).

**3. Raccolte degli usi del commercio internazionale: in particolare, i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali** – Nel contesto di cui ci si sta occupando appare opportuno un riferimento alle raccolte di usi, o di

prassi, compilate con attenzione rivolta al commercio internazionale (FRIGNANI A., TORSELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2000, p. 24 ss.). Esistono, infatti, numerose raccolte di tali usi, tra le quali meritano sicuramente menzione quelle compilate dalla ICC – *International Chamber of Commerce* (particolarmente noti sono gli *International Commercial Terms*, o "**Incoterms**"; (si vedano i contributi raccolti in TELLARINI G., TORSELLO M. (a cura di), *Gli Incoterms 2010 della Camera di Commercio Internazionale*, Napoli, 2012). Va segnalata, a questo riguardo, la posizione della nostra giurisprudenza nazionale che, a differenza di quanto sostenuto in altri ordinamenti, ha affermato che le norme e gli usi uniformi della camera di commercio internazionale hanno esclusivamente natura giuridica di usi negoziali, ossia di clausole d'uso integrative della volontà dei contraenti (Cass. 14.10.2009). Altrettanto dibattuta, invece, è la esatta qualificazione della raccolta compilata dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (Unidroit), che nel 1994 ha pubblicato la prima edizione dei Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali (c.d. **Principi Unidroit**), a cui hanno fatto seguito edizioni ampliate e aggiornate nel 2004, 2010 e, da ultimo, nel 2016 (BONELL M.J., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1995). A fronte della sicura rilevanza dei Principi Unidroit ove richiamati dalle parti e dunque in forza della loro autonomia contrattuale, appare più problematica e dibattuta una possibile autonoma rilevanza dei Principi Unidroit quale fonte attendibile del diritto commerciale internazionale, quanto meno nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale (in senso affermativo, Corte Arbitrale Internazionale della Camera di Commercio Internazionale, lodo 28.7.2000 n. 9797/Ck/Aer/Acs, c.d. caso Andersen, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 211). A tale proposito, si era osservato che, relativamente all'arbitrato internazionale, l'art. 834 c.p.c. italiano (norma dapprima introdotta nell'ordinamento con l'art. 24 della l. 5.1.1994 n. 25, ma successivamente abrogata dall'art. 28 del d.lgs. 2.2.2006 n. 40), prevedendo che l'arbitro potesse tenere conto degli usi del commercio internazionale, poteva essere interpretato come un rinvio ai principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit; l'abrogazione dell'art. 834 c.p.c. non può, però, essere invocata

per escludere *a priori* la rilevanza dei principi; infatti, al di là delle possibili applicazioni previste nel preambolo degli stessi principi, essi possono comunque essere utilizzati alla stregua di una raccolta di usi contrattuali generalmente riconosciuti a livello internazionale (Collegio arbitrale Roma 4.12.1998, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 465), ovvero

in virtù del Regolamento arbitrale scelto dalle parti (si veda, ad esempio, l'art. 21 delle ICC *Arbitration Rules*, 2017, ovvero l'art. 31 delle *Arbitration Rules* della SIAC – Singapore International Arbitration Court, 2016), ipotesi in cui, tuttavia, l'applicabilità ha fonte contrattuale in virtù di un'incorporazione nel contratto *per relationem*.

## CAPO II DELL'APPLICAZIONE DELLA LEGGE IN GENERALE

# 10 Inizio dell'obbligatorietà delle leggi e dei regolamenti

Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto.

*Omissis* (1).

(1) La norma di cui al secondo comma è abrogata per effetto del r.d.l. 9.8.1943 n. 721, che ha soppresso l'ordinamento corporativo, e del successivo d.lgs. lgt. 23.11.1944 n. 369, che ha soppresso le organizzazioni sindacali fasciste.

### SOMMARIO

1. La pubblicazione delle leggi e dei regolamenti. – 2. L'obbligatorietà.

**1. La pubblicazione delle leggi e dei regolamenti** – Nei moderni ordinamenti giuridici la pubblicazione dei documenti normativi (ora disciplinata in Italia dal d.p.r. 28.12.1985 n. 1092, che attribuisce la relativa competenza al Ministero di Grazia e Giustizia) è condizione necessaria, anche se non sufficiente, della loro obbligatorietà (GUA-  
STINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 110), e realizza una funzione di garanzia (PIZZO-  
RUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2011), sia pure derogabile in forza di un potere discrezionale attribuito al legislatore (Cons. Stato, Sez. VI, 22.1.2002 n. 380). Il principio contenuto nella norma in esame è espressamente ribadito, con riferimento alle leggi, dall'art. 73, co. 3, Cost., che conferma altresì la possibilità che la legge stessa stabilisca un termine di *vacatio legis* diverso (CERVATI A., GROTANELLI DÈ SANTI G., *La formazione delle leggi*, in *Comm. Cost. Branca*, vol. I, 1, Bologna-Roma, 1985, p. 225).

**2. L'obbligatorietà** – L'obbligatorietà degli atti normativi, dunque, è subordinata alla pubblicazione, finalizzata ad assicurarne la conoscibilità (QUADRI R., *Applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 14): leggi e regolamenti, una volta pubblicati e trascorso il periodo di *vacatio*, obbligano anche chi si fosse trovato, in concreto, nella assoluta impossibilità di venire a conoscenza. Vale il tradizionale principio secondo il quale l'ignoranza della legge non scusa (D'ATENA A., *La pubblicazione delle fonti normative. Introduzione storica e profili generali*, Padova, 1974), che soddisfa l'esigenza di sottrarre l'obbligatorietà del diritto a ogni possibile disputa circa la sua effettiva conoscenza da parte dei singoli. Il principio, tuttavia, reso esplicito in materia penale dall'originaria formulazione dell'art. 5 c.p., è stato criticato, proprio con riferimento alla obbligatorietà della legge penale da C. cost. 24.3.1988 n. 364, che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma in quanto non esclude dalla inescusabilità la "ignoranza inevitabile".

# 11 Efficacia della legge nel tempo

La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.

I contratti collettivi di lavoro possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda quella della stipulazione.

### SOMMARIO

1. Il principio di irretroattività della legge. – 2. Le leggi interpretative. – 3. I decreti-legge interpretativi. – 4. I contratti collettivi di lavoro.

**1. Il principio di irretroattività della legge** – Il principio espresso dalla norma in esame costituisce una direttiva di

carattere generale (Cons. Stato, Sez. IV, 12.11.2001 n. 5783), che tuttavia si applica alla legge, ma non trova ap-

plicazione con riferimento ai mutamenti di indirizzo nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 12.1.2007 n. 565). Il principio in esame è quello secondo il quale la legge non ha effetto retroattivo, di guisa che ciascun fatto è disciplinato dalle norme in vigore al tempo in cui si verifica (Cass. 8.4.2009 n. 8529), secondo la regola per cui **tempus regit actum**. Conseguentemente, l'eventuale retroattività di una legge o di altra fonte normativa di grado inferiore deve risultare da una espressa o quanto meno non equivoca dichiarazione del legislatore (Cass. 29.1.2001 n. 1379; Cons. Stato, Sez. IV, 12.11.2001 n. 5783, cit.; C. cost. 5.5.1995 n. 153). Il principio assume valore di precetto costituzionale, vincolante la legislazione ordinaria, per le norme penali incriminatrici: solo a queste, infatti, fa riferimento l'art. 25, co. 2, Cost., allorché stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Vale, invece, l'opposto principio della retroattività in relazione alla legge penale più favorevole al reo: c.d. retroattività della *abolitio criminis* (v. art. 2 c.p.). Il principio di irretroattività non ha, invece, rango costituzionale con riferimento all'illecito amministrativo (Cass. 14.2.2003 n. 2203), e ciò benché l'art. 1, l. 24.11.1981 n. 689 ribadisca il principio espresso in via generale nelle Preleggi: il principio può conseguentemente essere derogato dal legislatore ordinario secondo la sua prudente valutazione, purché nel rispetto del principio di ragionevolezza (Cass. 14.2.2003 n. 2203, cit.; C. cost. 23.3.1983 n. 70). La possibilità di derogare al principio generale, che intende tutelare l'esigenza di certezza del diritto e l'affidamento che le parti possano avere fatto sulla applicabilità del diritto vigente, è stata ritenuta limitata alle ipotesi in cui sussista l'esigenza di tutelare interessi che si pongano al di sopra dell'esigenza di certezza del diritto. Con parziale superamento della teoria dei c.d. diritti quesiti, a favore di quella c.d. del fatto compiuto, appare ormai prevalente l'opinione secondo la quale il principio di irretroattività preclude l'applicazione della nuova normativa non soltanto ai rapporti giuridici già esauriti, ma anche a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita, qualora gli effetti sostanziali scaturenti da detta normativa siano eziologicamente collegati con un fattore causale non previsto da quella precedente (Cass. 28.9.2002 n. 14073; Cass. 18.7.2002 n. 10436; Cass. 31.1.2006 n. 2126). Diverso è il discorso allorché la nuova legge sia diretta a disciplinare gli effetti ancora non esauriti di un rapporto giuridico con autonoma considerazione dei medesimi, indipendentemente dalla loro correlazione con l'atto o il fatto giuridico che li ha determinati; in un tal caso il principio di irretroattività, secondo la giurisprudenza prevalente, non esclude affatto l'applicazione della nuova legge (Cass. 16.4.2008 n. 9972). La concreta applicazione di tale principio ai rapporti contrattuali ha condotto ad affermare l'inapplicabilità dello *ius superveniens* ai contratti di durata stipulati prima della entrata in vigore delle nuove norme, ma anche l'applicabilità dello stesso al contratto rinnovato tacitamente successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme (Cass. 24.7.2001 n. 10086). Peraltro, con riguardo ad un rapporto contrattuale di durata, si è ritenuto che l'intervento di una nuova disposizione di legge diretta a porre una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, in assenza di una disciplina transitoria che preveda l'ultrattività della precedente disciplina normativa, comporta

che il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce o integra per l'avvenire (ossia per la residua durata del contratto) la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto (Cass. 26.1.2006 n. 1689). A proposito della tematica dei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della l. n. 108/1996: v., S.U. 19.10.2017 n. 24675). Il principio *tempus regit actum* governa anche la successione nel tempo delle **norme processuali** (Cass. pen. 16.1.2002), con la conseguenza che lo *ius superveniens* non può incidere incidere sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati dalla normativa prevalente in forza di un "un generale principio di "affidamento" (Cass. 12.5.2000 n. 6099). La regola *tempus regit actum*, invece, riguardando la successione di leggi, non è riferibile alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, in quanto questa non è una forma di abrogazione, ma una conseguenza dell'invalidità della legge, che ne resta travolta con efficacia retroattiva (Cass. 7.5.2003 n. 6926), salvi i **rapporti esauriti** (Cass. 6.11.2017 n. 26291).

**2. Le leggi interpretative** – Una norma ha carattere interpretativo quando, pur rimanendo immutata la formulazione letterale della disposizione interpretata, se ne chiarisca e precisi il significato, giacché è necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le varianti di senso compatibili col tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore (Cons. Stato, Sez. IV, 8.10.1996 n. 1091; Cass. 19.9.2000 n. 12386; LAVAGNA C., *L'interpretazione autoantica della legge e degli atti giuridici*, Roma, 1942 (Cass. 5.3.2007 n. 5048; Cass. 25.10.1986 n. 6260; abbandonano il requisito della dichiarazione espressa del carattere interpretativo, in favore del carattere interpretativo desumibile dal contenuto precettivo della norma). L'interpretazione del documento normativo è dunque compiuta dall'autore stesso del documento interpretato, di modo che si parla sovente di **leggi di interpretazione "autentica"** (Cass. 5.5.2003 n. 6811), con il chiarimento che soltanto una legge può avere efficacia interpretativa autentica di altra legge (Cass. 10.2.1992 n. 1484; Cass. 8.10.1990 n. 9899). In tale ipotesi l'efficacia retroattiva è stata ritenuta "automatica" (Cass. 5.4.2011 n. 7841; Cass. 2.11.2010 n. 22269). Fatti salvi i limiti costituzionali relativi alle leggi penali incriminatrici, è pertanto pacifico che le leggi interpretative non sono di per sé incostituzionali (Cass. 13.6.2003 n. 9488; C. cost. 1.7.1986 n. 167) né di per sé vulnerano le attribuzioni degli organi giurisdizionali – almeno laddove non mirino a vanificare i giudicati (Cons. Stato, Sez. IV, 26.2.2009 n. 1140; C. cost. 17.11.1992 n. 455) – ed hanno in generale efficacia retroattiva, in quanto non pongono nuove norme, ma si limitano a chiarire il significato di quelle già esistenti (GUA- STINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 85). Infine, in tema di limiti cronologici del **giudicato sostanziale**, si è rilevato che la sopravvenienza di una legge interpretativa che contraddica con l'interpretazione recepita nella sentenza irrevocabile vale a evidenzia-

re l'ingiustizia di questa, ma non a comprometterne il valore, che è indipendente dall'esattezza della statuizione con essa resa (Cass. 11.4.2000 n. 4630).

**3. I decreti-legge interpretativi** – In ordine alla possibilità che una legge venga interpretata attraverso un decreto-legge, si è osservato che questo esplica l'efficacia voluta fin dal giorno della sua emanazione solo se viene, successivamente e nei termini, convertito in legge; in mancanza di tale conversione, il decreto-legge non può avere efficacia retroattiva di interpretazione autentica, anche se la legge di conversione di un successivo decreto, sostitutivo, con modificazioni, di quello non convertito, preveda che siano fatti salvi gli effetti prodottisi in base al provvedimento caducato, perché tale conservazione degli effetti va riferita esclusivamente alle posizioni soggettive prodottesi ed esauritesi *medio tempore* in virtù delle disposizioni del decreto-legge, non certo agli effetti retroattivi che sono peculiari della legge interpretativa (Cass. 10.2.1992 n. 1484).

**4. I contratti collettivi di lavoro** – A seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo (avvenuta con d.l. 23.11.1944 n. 369), si è discusso se la norma contenuta nel co. 2 dell'articolo in commento potesse ancora trovare applicazione. La questione è stata risolta dalla giurisprudenza, che in varie successive sentenze ha riconosciuto l'avvenuta abrogazione della norma (v., da ultimo, Cass. 18.12.1998 n. 12716). Conseguentemente, la norma in esame non risulta applicabile ai contratti collettivi postcorporativi, in relazione ai quali l'autonomia contrattuale delle parti svolge una funzione dispositiva che può estendersi anche al periodo precedente alla stessa stipulazione del contratto collettivo, ossia con efficacia retroattiva (Cass. 12.7.2002 n. 10179; Cass. 10.6.1992 n. 7116). Si avverta, però, la conoscibilità della fonte normativa si atteggia diversamente nel caso di contratto collettivo nazionale del pubblico impiego in cui il giudice procede con mezzi propri, secondo il principio *iura novit curia* (Cass. 16.9.2014 n. 19507).

## 12 Interpretazione della legge

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

### SOMMARIO

1. Diritto e interpretazione. – 2. I criteri legislativi di interpretazione. – 3. Le lacune e l'analogia. – 4. Il diritto "giurisprudenziale" ed il valore del precedente giudiziario. – 5. L'interpretazione delle fonti a produzione non nazionale e delle fonti straniere.

**1. Diritto e interpretazione** – L'applicazione della legge traduce in comandi particolari e concreti, quali sono le sentenze dei giudici, le generali ed astratte previsioni della legge (TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 39). Tale attività presuppone una preliminare e spesso complessa operazione, diretta, da un lato, alla individuazione della norma alla quale ricondurre il caso da risolvere (SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1959, p. 140); dall'altro, alla attribuzione di significato alle norme (VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 311): sia alle norme delle quali si esclude l'applicazione, in quanto il giudizio di non applicabilità presuppone l'attribuzione di un significato (POCAR V., *Guida al diritto contemporaneo*, Roma-Bari, 2002, p. 64), sia a quelle giudicate applicabili, in quanto le si applicherà secondo il significato loro attribuito (GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, p. 104). Questa preliminare operazione, attributiva di uno dei possibili significati alle norme (SACCO R., *L'interpretazione*, in ALPA G., GUARNERI A., MONATERI P.G., PASCUZZI G., SACCO R., *Le fonti del diritto italiano*, 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, p. 159) e selettiva di esse, è l'interpretazione, che deve essere condotta secondo criteri ermeneutici fissati anch'essi per legge, nella disposizione in esame.

**2. I criteri legislativi di interpretazione** – Ai sensi della norma in esame, la legge va interpretata alla lettera, senza possibilità per l'interprete di attribuirle liberamente un senso; e questo criterio di **interpretazione letterale** riflette chiaramente il principio della statualità del diritto ed il ruolo del giudice di mero interprete e non creatore del diritto (Cass. 8.10.1990 n. 9899). Il principale canone di ermeneutica giuridica è, dunque, la lettera del testo normativo (Cons. Stato, Sez. II, 6.11.1996 n. 950), in ossequio al brocardo *in claris non fit interpretatio*, che sottrae al giudice l'indagine sulle conseguenze della sua decisione (Cass. 3.6.2011 n. 12136). A ben vedere, però, anche il criterio di **interpretazione teleologica** riflette il medesimo principio della prevalenza del formante legislativo (per il valore delle c.d. leggi di interpretazione autentica, v. *sub art. 11 Preleggi*): le parole sono solo il mezzo mediante il quale si esprime la "intenzione del legislatore" (la c.d. *ratio legis*, o *mens legis*). L'interpretazione da prescegliere deve essere, dunque, quella che risulti il più possibile aderente al senso letterale delle parole e, al tempo stesso, il più possibile corrispondente all'intenzione del legislatore, quale si desume dalla legge (MONATERI P.G., voce "*L'interpretazione del diritto*", in *Digesto*, 4 ed., *Discipl. privatistiche, Sezione civile*, Torino, 2010, vol. X, p. 32), dovendosi invece riconoscere ai **lavori preparatori** valore unicamente sussidiario, posto che la volontà da essi emergente non può sovrapporsi alla volontà

obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale e dalla intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (*voluntas legis*), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (Cass. 21.5.1988 n. 3550). Tuttavia, l'interpretazione teleologica, secondo la *ratio legis*, è costantemente qualificata come eccezionale dalla giurisprudenza, sul presupposto che "la "norma", intesa come precetto giuridico con efficacia giuridica normativa, per effetto di una ponderazione *ad hoc*, discende dal "testo" (Cons. Stato, Sez. II, 18.10.1995 n. 2527), cosicché il criterio di interpretazione letterale "precede e prevale su ogni altro criterio", giacché, là dove la dizione della legge sia univoca, non vi è spazio per diversi criteri interpretativi (Cons. Stato, Sez. II, 16.4.1997 n. 711). Se ne deduce che "solo eccezionalmente, qualora l'effetto giuridico risultante dalla formulazione legislativa sia incompatibile con il sistema, l'interprete è autorizzato, in base all'*intentio legis*, ad individuare l'effetto giuridico che in realtà i compilatori della norma hanno inteso ricollegare alla tipizzata fattispecie astratta" (Cass. 6.8.1984 n. 4631; Cass. 6.4.2001 n. 5128; Cons. Stato, Sez. I, 9.5.2001 n. 427; Cass. 13.4.1996 n. 3495; Cass. 27.10.1983 n. 6363). Tale ripetuta affermazione, tuttavia, dà una falsa rappresentazione delle operazioni argomentative che i giudici conducono circa il significato proprio delle parole e non è infrequente l'uso di criteri interpretativi non indicati nella disposizione delle Preleggi in esame e che sono stati anche identificati come "argomentazioni complementari" e "argomentazioni condizionate" (LENER G., *Regole dell'interpretazione della legge e analisi economica del diritto*, in RUSSO E. (a cura di), *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, Padova, 2003, p. 56). Con la c.d. **interpretazione estensiva** si attribuisce alle parole della legge un significato più ampio di quello letterale (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 263), facendo applicazione di un criterio ermeneutico dedotto da quello teleologico e pertanto implicito nella disposizione in esame (Cass. 24.7.1990 n. 7494; Cass. 25.10.1989 n. 4373); un criterio, invece, non indicato nelle Preleggi, ma largamente praticato, è quello dell'**interpretazione sistematica** (LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica*, Torino, 1965, p. 55), la quale muove dalla considerazione che ciascuna norma concorre, insieme alle altre, a formare un sistema unitario, onde il senso che si attribuisce all'una deve essere compatibile con il senso che si attribuisce alle altre, ed elementi per l'interpretazione di una norma possono essere ricavati da altre norme. Una forma di interpretazione sistematica, largamente praticata per adeguare l'interpretazione del codice civile ai precetti costituzionali – ma anche alle norme comunitarie (Cass. 8.10.2007 n. 21023) e alle previsioni della CEDU (C. cost. n. 49/2015 cit.) –, è la c.d. **interpretazione adeguatrice**: a tale riguardo si è osservato che "in materia di interpretazione della legge, tra le varie interpretazioni in astratto possibili debbono scegliersi quelle che non si pongono in contrasto con la Costituzione (ALPA G., *Storia, Fonti, Interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2000, p. 312; Cass. 31.5.2003 n. 8827 e n. 8828 – v. anche *sub artt.* 2043 e 2059 – confermano come l'interpretazione giurisprudenziale, nella specie adeguatrice rispetto ai valori costituzionali, possa condurre sino alla abrogazione del dato letterale della norma, di guisa che l'art. 2059 risulta oggi abrogato per interpretazione giu-

risprudenziale nella parte in cui limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali "solo nei casi determinati dalla legge"; come recentemente ribadito dalla Suprema Corte, infatti, "al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili", la tutela risarcitoria è certamente "estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione" (Cass. S.U. 11.11.2008 n. 26972), e va privilegiata quella ad essa più conforme" (Cass. 22.10.2002 n. 14900; v. anche Cass. 20.10.1994 n. 8554). Si parla, infine, di **interpretazione evolutiva** quando ad una norma si attribuisce un significato diverso da quello attribuitole in passato, o perché è mutato il sistema di norme entro il quale la norma in questione è destinata ad operare, oppure perché appaiono superati i referenti economici e sociali della norma, e questa viene interpretata in modo adeguato ai nuovi dati della realtà economica o sociale (Cass. 9.8.2007 n. 17579; Cass. 7.2.1996 n. 978). Tra i criteri di interpretazione della legge va infine menzionata l'interpretazione secondo il diritto comunitario: (Cass. S.U. 17.11.2008 n. 27310). L'utilizzazione dei criteri interpretativi ai quali si è fatto riferimento dà conto della reale portata delle operazioni interpretative che i giudici conducono ben al di là del dichiarato ossequio al primato dell'interpretazione letterale: le recenti sentenze in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale.

**3. Le lacune e l'analogia** – Ogni ordinamento giuridicoattuale rivendica a sé il carattere della completezza: esso non può ammettere di avere lacune, dovendo essere in grado di dare una soluzione ad ogni possibile conflitto. A tal fine, il co. 2 della disposizione in esame indica lo strumento dell'**applicazione analogica** del diritto. Il ricorso all'analogia è, dunque, consentito solo quando manchi nell'ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo contrastante con il disegno complessivo dell'ordinamento (Cass. S.U. 14.4.2008 n. 9741) altrimenti incolmabile in sede giudiziaria (Cass. 12.5.2003 n. 7185; Cass. 6.7.2002 n. 9852; Cass. 29.4.1995 n. 4754; per i limiti all'applicazione analogica, v. *sub art.* 14 Preleggi). In tal caso, il giudice può e deve cercare la regola da applicare al caso concreto in una norma che contenga un caso analogo (*analogia legis*), ossia istituti diversi aventi solo qualche punto in comune con il caso da decidere (Cass. 24.7.1990 n. 7494; Cass. 25.10.1989 n. 4373). In assenza di norme relative a casi analoghi delle quali fare applicazione analogica. Egli dovrà allora decidere secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico (*analogia iuris*), che possono fondare l'individuazione della regola da applicare al caso concreto quando manchi nell'ordinamento una specifica norma regolante, anche in via analogica, la fattispecie concreta (GIANFORMAGGIO L., voce "*Analogia*", in *Digesto*, 4 ed., *Discipl. privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1987, p. 327), e quando non sussistono neppure i presupposti per il ricorso all'argomentazione *a contrario* (Cass. 26.8.1997 n. 8051). I principi generali sono regole non scritte che si ricavano per induzione da una pluralità di norme e che rappresentano le direttive fondamentali cui appare essersi ispirato il legislatore.

**4. Il "diritto giurisprudenziale" ed il valore del precedente giudiziario** – La tradizionale tripartizione tra applicazione

diretta, applicazione analogica ed applicazione dei principi generali non rende appieno la varietà e complessità dell'argomentazione giuridica, mentre gli stessi concetti di applicazione e interpretazione appaiono inadeguati: quando di una norma il giudice dà una interpretazione sistematica o evolutiva, egli non interpreta la norma di legge, bensì crea una nuova norma entro i limiti di compatibilità con la previsione (v. *supra*, il riferimento a Cass. 31.5.2003 n. 8827 e n. 8828): le migliaia di massime di giurisprudenza che, ogni anno, vengono pubblicate nei repertori sono altrettante *regulae iuris* che integrano le norme della legge e che vengono universalmente accolte come "**diritto giurisprudenziale**" (GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale: Gli Articoli da 1 a 15*, in *Tratt. Rescigno*, vol. 1, *Premesse e Disposizioni Preliminari*, Torino, 1982, p. 212). Significativo, in questo contesto, appare il sempre più raro riferimento nell'argomentazione del giurista all'art. 12 Preleggi: si muove, piuttosto, dalla premessa che esistono norme esplicite e norme implicite nel sistema legislativo per fare applicazione (diretta) delle norme e dei principi impliciti nel sistema (MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009). Ora, a parte il tema della interpretazione del giudicato come regola del caso concreto, da condurre secondo i criteri di esegesi delle norme e non dei negozi giuridici – vista la sua assimilabilità per natura ed effetti agli atti normativi (Cass. S.U. 9.5.2008 n. 11501; v. anche Cass. S.U. 28.11.2007 n. 24664; Cass. S.U. 25.5.2001 n. 226, sul piano delle fonti generali, è stato rilevato che "benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di **nomofilachia**, senza una ragione giustificativa" (Cass. pen., Sez. III, 1.12.1995; v., oggi, l'art. 374, co. 3, c.p.c.; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2010, p. 113; da ultimo, poi, va segnalata la nuova formulazione dell'art. 360-bis, n. 1), c.p.c., introdotto dalla l. 18.6.2009 n. 69). Coerenti con tale assunto appaiono due principi espressi dalla Cassazione: da un lato, il giudice di merito soddisfa l'obbligo di motivazione della sentenza, impostogli dall'art. 132, n. 4, c.p.c., anche con il "mero riferimento alla giurisprudenza della Cassazione" (Cass. pen., Sez. III, 11.4.2001; Cass. 13.5.1983 n. 3275); dall'altro, il giudice di merito, per quanto "libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici" ed anche "di non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione", ha pur tuttavia l'obbligo di "addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato" (Cass. 3.12.1983 n. 7248). Non sono mancate, poi, pronunce che hanno attribuito il valore di vero e proprio **precedente vincolante** alle sentenze di Cassazione che si pronunciano sulla corretta applicazione, da parte del giudice di merito, delle norme "elastiche", ossia norme che si avvalgono di concetti indeterminati o che esprimono clausole generali: in tale ipo-

tesi, infatti, la pronuncia del giudice di merito è frutto non di un giudizio di fatto, ma di un giudizio di diritto, creatore di nuove *regulae iuris* (Cass. 22.10.1998 n. 10514; Cass. 18.1.1999 n. 434; Cass. 28.7.2004 n. 14198

**5. L'interpretazione delle fonti a produzione non nazionale e delle fonti straniere** – Il rapporto tra fonte normativa ed interpretazione si pone in termini diversi con riferimento alle fonti a produzione non nazionale (PIZZORUSSO A. e FERRERI S., *Le fonti del diritto italiano*, Vol. 1, *Le fonti scritte*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 305; v. anche *sub art.* 1 Preleggi) ed in particolare con riferimento alle convenzioni internazionali di diritto uniforme. In tale caso, infatti, al legislatore nazionale non è consentito intervenire attraverso lo strumento della legge interpretativa, da cui scaturisce altresì l'esigenza di una maggiore aderenza da parte dei giudici al testo legislativo e di un maggior ossequio alla volontà del legislatore sovranazionale, espressa e codificata nell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 23.5.1969, sul diritto dei trattati (BARIATTI S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 175), ma non meno rilevante con riferimento alla Convenzione di Vienna dell'11.4.1980, sulla vendita internazionale di beni mobili e a tutte le convenzioni di diritto sostanziale uniforme successive (TORSELLO M., *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the Vienna Sales Convention*, Monaco di Baviera, 2004, p. 276). Al tempo stesso, tuttavia, l'esigenza di non frustrare lo scopo ultimo della **uniformazione del diritto**, in particolare in materia di diritto privato, impone l'adozione di una **interpretazione autonoma** dei testi convenzionali (criterio interpretativo ora imposto anche dall'art. 2, co. 2, l. 31.5.1995 n. 218; v. commento *infra*), che prescindano dal significato attribuibile a norme interne di contenuto simile a quella da interpretare, e faccia invece riferimento ai precedenti giurisprudenziali, pur non vincolanti, resi in altri ordinamenti (Cass. 25.1.2018 n. 1867): di qui, dunque, l'opportunità di una **interpretazione interconvenzionale**, o sistematica, delle convenzioni di diritto uniforme, che valorizzi l'elemento di internazionalità proprio di tali testi normativi ed al tempo stesso tenga conto della necessità di una progressiva edificazione di un ordinamento sovranazionale dotato di coerenza e sistematicità.

Questione diversa attiene all'interpretazione e all'applicazione del diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato del foro. Ai sensi dell'art. 15 della l. 31.5.1995 n. 218 la legge straniera "è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo". Tale previsione dovrebbe necessariamente condurre l'interprete alla valorizzazione di tutti i formanti (legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) che compongono il diritto vivente dell'ordinamento richiamato (ma v., in senso contrario, Cass. 26.2.2002 n. 2791),

## 13 Esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative (1)

*Omissis.*

(1) Norma abrogata per effetto del r.d.l. 9.8.1943 n. 721 e del d.l.l. 23.11.1944 n. 369.

## 14 Applicazione delle leggi penali ed eccezionali

Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati

### SOMMARIO

1. Le leggi penali. – 2. Le leggi eccezionali. – 3. Interpretazione estensiva delle leggi penali ed eccezionali.

**1. Le leggi penali** – La norma in esame pone il divieto di estendere attraverso il ricorso all'analogia l'applicazione di norme di carattere penale o eccezionale a casi diversi da quelli espressamente previsti nelle norme stesse (Cass. S.U. 28.5.1998 n. 5288). La nozione di legge penale attiene, in primo luogo, alle norme penali incriminatrici (MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 167), ma la valorizzazione del generale principio di legalità proprio del diritto penale conduce ad un giudizio di incostituzionalità dell'applicazione analogica o estensiva di qualsiasi norma limitativa dei diritti dell'individuo (PICOTTI L., *Il principio di legalità*, in BRICOLA F. e ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, p. 53; in giurisprudenza v. Cass. pen. 5.12.2007 n. 2867; Cass. pen. S.U. 22.2.2007 n. 21833). Quanto, invece, alle norme favorevoli all'imputato, si è osservato che, anche se hanno l'apparenza di disposizioni eccezionali, nella realtà esse fanno eccezione all'eccezione, cosicché ne dovrebbe essere consentita l'applicazione analogica (*contra*, tuttavia, Cass. pen. 4.6.1998; Cass. pen. 20.1.1984).

**2. Le leggi eccezionali** – Sono leggi eccezionali quelle che contengono norme derogative non già di un principio generale dell'ordinamento, ma di una norma più generale della propria stessa fattispecie, non distinguendosi, pertanto, rispetto alle leggi speciali. Più in particolare, è stato rilevato che il rapporto tra norma eccezionale (o speciale) e norma generale è dato dal fenomeno della "deroga": la norma generale è la norma derogata; la norma eccezionale è la norma derogante (MODUGNO F., *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1978, p. 520). Sulla base di tale qualificazione, sono state considerate norme eccezionali, e ne è perciò stata negata la applicabilità analogica, norme che, derogando a regole o principi altrimenti applicabili, importino limitazioni alla capacità o ai diritti dei singoli (Cass. pen. 26.1.2011 n. 13485; Cass. 12.2.2009 n. 3488; Cass. 10.3.2008 n. 6328; Cass. 29.2.2008 n. 5524; Cass. 19.5.2003 n. 7844; Cass. 1.4.2003 n. 4914).

**3. Interpretazione estensiva delle leggi penali ed eccezionali** – La giurisprudenza largamente prevalente distingue tra **applicazione analogica** delle norme penali ed eccezionali, vietata, ed **interpretazione estensiva**, che si ritiene ammessa, e della quale la giurisprudenza si serve frequentemente quale strumento idoneo ad offrire tutela a beni giuridici esposti a nuove modalità di aggressione (FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 356; GIUNTA F., *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 14; RINALDI G.M., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 195; per un'ipotesi di interpretazione estensiva, v. Cass. 16.7.2013 n. 38978 – dep. 20.9.2013, Fregnan). Può essere qualificata come estensiva l'interpretazione che estende il significato *prima facie* di una disposizione in modo da includere nel suo ambito di applicazione anche fattispecie che, secondo l'interpretazione letterale, non vi rientrerebbero (GUSTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 368) ma che appaiono in realtà implicitamente considerate dalla *regola iuris* (Cass. 5.3.2009 n. 5297; Cass. 26.8.2005 n. 17396). Nell'intento, tuttavia, di limitare il rischio di eccessiva discrezionalità e possibili elusioni del divieto posto dalla norma in esame (BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 208), si è precisato che l'interpretazione estensiva di disposizioni eccezionali o derogatorie, rispetto ad una norma avente natura di "regola", se pure in astratto non preclusa, deve ritenersi comunque circoscritta alla ipotesi in cui il *plus* di significato, che si intenda attribuire alla norma interpretata, non riduca la portata della norma costituente la regola con l'introduzione di nuove eccezioni, bensì si limiti ad individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di *ratio* con quella espressamente contemplata (Cass. 1.9.1999 n. 9205).

## 15 Abrogazione delle leggi

Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

### SOMMARIO

1. L'abrogazione per legge successiva. – 2. Il referendum abrogativo. – 3. L'illegittimità costituzionale.

**1. L'abrogazione per legge successiva** – L'abrogazione per legge successiva può essere espressa o tacita. È espressa quando l'abrogazione si compie per effetto di una norma che esplicitamente si qualifichi come abrogativa ed identifihi le precedenti disposizioni da abrogare. L'abrogazione espressa di per sé si limita ad eliminare una o più disposizioni previgenti, senza sostituire a queste nuove disposizioni (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, p. 190). L'abrogazione è, invece, **tacita** quando il fenomeno abrogativo si produce pur in assenza di una esplicita disposizione abrogatrice. Ciò può avvenire in due casi distinti: nell'ipotesi di **abrogazione per incompatibilità**, che si verifica quando fra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge derivi necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra (Cass. 21.2.2001 n. 2502; Cass. 18.2.1995 n. 1760); oppure nell'ipotesi di **abrogazione per nuova disciplina**, che ricorre quando una intera materia viene disciplinata con nuove disposizioni anche se non necessariamente incompatibili con la disciplina precedente (ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1989; Tar Lazio 10.7.2015 n. 9305, in *Foro it.*, 2015, 11, III, p. 632). Vale, in ogni caso, il principio *lex posterior derogat priori*: di tale principio di priorità cronologica si è rilevato che esso è la proiezione sull'atto normativo della competenza normativa attuale dell'organo che emette l'atto normativo e si risolve quindi in una *potestas abrogandi* dello stesso organo o di organi gerarchicamente superiori, oltre che degli organi a competenza concorrente (QUADRI R., *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 321; PUGLIATTI S., *Abrogazione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 142; SORRENTINO F., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 25). Si è osservato, tuttavia, che il criterio cronologico non è applicabile in almeno due circostanze (GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 196): da un lato, se le norme confliggenti si pongono su piani diversi nella gerarchia delle fonti, la norma prevalente dovrà essere determinata sulla base del criterio della prevalenza gerarchica; dall'altro, se il conflitto si produce in relazione a materie per le quali vi sia una competenza esclusiva per una determinata fonte, questa prevarrà a prescindere dalla successione cronologica in forza del principio di competenza. Una ulteriore deviazione dal principio di priorità cronologica è talvolta espressa con il brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (per un'applicazione di tale principio si veda Cons. Stato 28.10.2013 n. 5188, *Riv. giur. amb.*, 2014, 2, p. 237; Cass. 17.5.2017 n. 12302). Si è osservato, tuttavia, che tale ultimo principio può tutt'al più condurre ad una mera presunzione semplice di prevalenza del criterio di specialità rispetto a quello cronologico, presunzione comunque vincibile sulla base delle risultanze delle disposizioni di carattere generale. Il principio, infatti, che si giustifica per la migliore aderenza della norma speciale alle caratteristiche proprie della fattispecie oggetto della sua previsione, non può valere, e deve quindi cedere alla regola dell'applicazione della legge suc-

cessiva, allorché dalla lettera e dal contenuto di quest'ultima legge si evince la volontà di abrogare la legge speciale anteriore, ovvero allorché la discordanza tra le due disposizioni sia tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva (Cons. Stato, commiss. spec., 19.1.1998 n. 390; Cass. 20.4.1995 n. 4420; C. cost. 19.2.1976 n. 29). Per quanto riguarda, invece, l'effetto dell'abrogazione di una legge sulle fonti di grado sottordinato, si è detto che "una fonte di rango regolamentare di esecuzione ed attuazione di una fonte legislativa può essere abrogata tacitamente da una fonte legislativa soltanto in via riflessa, cioè se questa fonte successiva abbia effetti abrogativi taciti od espressi della fonte legislativa, in esecuzione od attuazione della quale quella regolamentare sia stata emanata, e sempre che quest'ultima abbia contenuti tali che la sua permanenza risulti incompatibile con la sopravvenuta vigenza della nuova legge" (Cass. 6.6.2006 n. 13252).

**2. Il referendum abrogativo** – Un'ulteriore forma di abrogazione espressa, non contemplata dalla norma in esame, ma espressamente prevista dall'art. 75 Cost. (e disciplinata dalla l. 25.5.1970 n. 352) è quella del *referendum popolare*. Il quesito referendario può riguardare tanto una legge ordinaria dello Stato, quanto una legge regionale (v. art. 123 Cost.) e la delibera referendaria abrogativa deve essere considerata quale atto avente forza di legge, stante la sindacabilità da parte della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. (C. cost. 3.2.1987 n. 26). Tale delibera diviene efficace dal giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del presidente della Repubblica che dichiara l'avvenuta abrogazione della legge per *referendum*.

**3. L'illegittimità costituzionale.** – Fenomeno diverso dalla abrogazione della legge è quello conseguente alla dichiarazione della sua illegittimità costituzionale: questa non è una forma di abrogazione, ma una conseguenza dell'invalidità della legge, che ne comporta l'efficacia retroattiva, nel senso che investe anche le fattispecie anteriori alla pronuncia di incostituzionalità (Cass. 7.5.2003 n. 6926), salvi i rapporti esauriti. Una norma di legge che sia in contrasto con la Costituzione o con le altre leggi costituzionali è viziata da illegittimità costituzionale. Il relativo giudizio, tuttavia, non è demandato a qualsiasi giudice (c.d. **controllo di costituzionalità diffuso**), come avviene in altri ordinamenti, ma è riservato ad un apposito organo giurisdizionale (c.d. **controllo di costituzionalità accentrato**), la Corte costituzionale (art. 134 Cost.). Se la Corte costituzionale dichiara illegittima una norma di legge, questa cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (Cass. 7.5.2003 n. 6926; Cass. 8.11.2001 n. 13839). Tale retroattività dell'effetto abrogativo, tuttavia, non può fare riaprire casi giudiziari definiti con sentenza passata in giudicato, non può ridare efficacia a fatti o ad atti che hanno oramai esaurito i propri effetti, né può fare rivivere diritti oramai prescritti (Cass. 21.11.2001 n. 14632).

## 16 Trattamento dello straniero

Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali.

Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere.

### SOMMARIO

1. Natura e funzione della condizione di reciprocità nell'ordinamento italiano. – 2. Condizione di reciprocità e diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. – 3. Condizione di reciprocità e diritti civili. – 4. Condizione di reciprocità e ripartizione dell'onere della prova. – 5. Condizione di reciprocità e persone giuridiche straniere.

**1. Natura e funzione della condizione di reciprocità nell'ordinamento italiano** – L'art. 16 delle Preleggi stabilisce che lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino "a condizione di reciprocità" (CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994). Presupposto di applicazione della norma è che il soggetto interessato non possieda la cittadinanza italiana, di modo che la norma non si applica a chi possiede più cittadinanze, tra cui anche quella italiana. La norma, inoltre, non si applica quando il soggetto interessato è un cittadino dell'Unione europea, posto che il diritto dell'Unione preclude qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità (Trib. Bolzano, 27.11.2000, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 2001, p. 67) e quando tra l'Italia ed il paese di nazionalità dello straniero esista una convenzione bilaterale per l'assistenza giudiziaria (Trib. Milano 27.1.2009, in *Dir. marittimo*, 2010, p. 655; Trib. Roma, 11.5.1996, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 1997, p. 332). La previsione era stata espunta dal codice civile del 1865, ma è stata reintrodotta nel codice civile del 1942, in un clima più sensibile al principio di nazionalità, ed anche a tutela del significativo flusso migratorio degli italiani verso l'estero (CINGANO V., *La condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 Preleggi e il risarcimento danni da provvedimento amministrativo illegittimo*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2328). Si è a lungo dibattuto se la norma debba essere qualificata come disposizione di diritto internazionale privato, in quanto, per un verso, è destinata a regolare il rinvio ad ordinamenti stranieri ponendosi come norma strumentale di collegamento (BALLARINO T., BALLARINO E., PRETELLI I., *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2016) e, per altro verso opera sul piano materiale quale presupposto del riconoscimento allo straniero dei diritti civili riconosciuti dal diritto italiano (FOCARELLI, *La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia*, in *Riv. dir. int.*, 1989, 832). L'introduzione nell'ordinamento interno della legge n. 218/1995 sembra avere adottato la seconda delle posizioni descritte, in quanto l'art. 73 ha determinato l'abrogazione delle norme di diritto internazionale privato precedentemente contenute negli artt. 17-31 delle Preleggi, ma non ha abrogato l'articolo 16 (NASCIMBENE B., *Rilievi sull'art. 16 delle disposizioni preliminari al cod. civ.*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Napoli, 1996, p. 139). Sono rimaste minoritarie, dunque, le posizioni dottrinali che hanno ritenuto l'articolo 16 abrogato per effetto della *Riforma*, così come, ancor prima, quelle che avevano ritenuto la norma tacitamente abrogata per effetto della Costituzione repubblicana, nonché, da ul-

timo, quelle che ritengono che l'effetto abrogativo discenda dalla l. n. 40/1998, che espressamente equipara lo straniero al cittadino italiano nel godimento dei diritti civili (CARBONE S.M., IVALDI P., *Lezioni di diritto internazionale privato*).

**2. Condizione di reciprocità e diritti fondamentali costituzionalmente garantiti** – Ben presto, ridimensionato il ruolo del principio di nazionalità che aveva condotto all'adozione della norma in esame, il principio di reciprocità è stato sottoposto a valutazione critica in relazione agli effetti concreti della sua applicazione, tali da poter portare alla negazione allo straniero di diritti fondamentali, in termini incompatibili con i valori costituzionali. Nonostante forti critiche, la norma è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale (C. cost. 23.3.1968 n. 120), la quale ha però precisato che l'articolo 16 può trovare applicazione solo per i "diritti civili", mentre rimangono esclusi dal suo ambito di operatività i diritti inviolabili della persona umana, in quanto garantiti dalla Costituzione. Tale approccio può oggi dirsi unanimemente riconosciuto e costantemente applicato dalla giurisprudenza (cfr. Cass. 11.1.2011 n. 450; Cass. 4.11.2014 n. 23432; Cass. 4.11.2014 n. 23432). Tale interpretazione costituzionalmente orientata, peraltro, trova ora riscontro anche nel d.P.R. n. 286/1998, il cui art. 2 prevede che allo straniero siano in ogni caso riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dall'ordinamento interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Il novero dei diritti fondamentali comunque riconosciuti allo straniero, peraltro, non può essere limitato ai soli diritti specificamente tutelati da norme costituzionali, ma costituisce un elenco aperto, in forza, in particolare, dell'art. 10 Cost., che impone l'adeguamento dell'ordinamento alle norme ed ai trattati internazionali (Cass. 10.2.1993 n. 1681). Certamente ricompreso tra i diritti riconosciuti allo straniero, in particolare, ed anche a prescindere dalla condizione di reciprocità, è il diritto al risarcimento del danno alla persona, compreso il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona (Cass. 4.4.2013 n. 8212).

**3. Condizione di reciprocità e diritti civili** – L'ambito di applicazione della condizione di reciprocità, dunque, risulta oggi limitato alla categoria dei diritti civili, costituita essenzialmente da diritti di credito di fonte contrattuale o extracontrattuale (ad eccezioni dei diritti scaturenti dalla lesione di diritti fondamentali), dal diritto di proprietà e dal possesso. La casistica giurisprudenziale, peraltro, sembra

indicare una prevalenza di applicazione della norma ad alcuni specifici diritti civili, quali il diritto all'acquisto di beni immobili siti in Italia (cfr. Trib. Roma, 30.8.1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 739; Trib. Torino, 30.8.1989, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, 425; Trib. Chieti 4.2.2005, in *PQM*, 2005, 2, 76; lodo Camera Arbitrale di Milano, 3.8.2016), il diritto di costituzione di società (Cass. 16.11.2000 n. 14870), il diritto di surrogarsi nei diritti dell'assicurato (Cass. 6.7.2015 n. 13923; Cass. 2.2.2012 n. 1493), il diritto di esercitare pretese contrattuali, o pretese risarcitorie per danni a cose (Cass. 11.1.2011 n. 450).

**4. Condizione di reciprocità e ripartizione dell'onere della prova** – La natura della norma in esame quale norma di diritto internazionale privato, ovvero norma sostanziale deputata a definire i presupposti di fatto per l'esercizio di un diritto, ha una ripercussione diretta anche sul piano della ripartizione dell'onere della prova in giudizio. Infatti, qualificando la condizione di reciprocità come norma di collegamento si può sostenere che essa debba essere accertata d'ufficio dal giudice, in applicazione degli artt. 14 e 15 della legge n. 218 del 1995, mentre se si qualifica la disposizione in esame come una norma materiale, l'onere della prova spetta allo straniero che invoca il diritto sulla base del diritto italiano. Ancora oggi trova seguito la tesi – largamente prevalente in passato – secondo la quale l'accertamento giudiziale dell'attribuzione del diritto (e, dunque, la prova che in una circostanza analoga il diritto sarebbe riconosciuto ad un cittadino italiano sulla base del

diritto nazionale dello straniero) debba essere posto a carico dello straniero, quanto meno allorché la controparte contesti la sussistenza della condizione di reciprocità (Cass. 30.6.2014 n. 14811; Cass. 30.10.2008 n. 26063). In anni recenti, tuttavia, sembra farsi progressivamente strada, soprattutto nella giurisprudenza di merito, la tesi opposta, secondo la quale il giudice avrebbe un vero e proprio obbligo di ricercare le fonti del diritto straniero, in forza dell'art. 14 della legge n. 218 del 1995 (in questo senso, da ultimo, Cass. 25.1.2018 n. 1867), e tale obbligo troverebbe applicazione, secondo il principio *iura aliena novit curia*, anche alla conoscenza del diritto straniero funzionale all'applicazione dell'art. 16 delle Preleggi (Trib. Chieti 4.2.2005 n. 114, in *PQM*, 2005, 2, 76).

**5. Condizione di reciprocità e persone giuridiche straniere** – Il secondo comma dell'articolo 16 delle Preleggi trova applicazione allorché un ente straniero chieda di poter beneficiare in Italia di diritti che il diritto italiano riconosce ad analoghi enti italiani. Si tratta, allora, di verificare se un ente italiano sia ammesso a godere all'estero di diritti analoghi a quelli invocati dall'ente straniero. Talvolta, tuttavia, si pone il problema di quale ordinamento analizzare a tal fine, posto che non sempre il diritto applicabile all'ente è quello della sede legale, ma talvolta è quello del luogo di amministrazione. Una guida interpretativa è oggi offerta dall'art. 25 della l. n. 218/1995 (v. *sub* art. 25, l. n. 218/1995), che fa propendere per la soluzione secondo la quale è necessario fare riferimento al luogo della sede legale dell'ente.

## 17 Legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone e dei rapporti di famiglia (1)

*Omissis.*

## 18 Legge regolatrice dei rapporti personali tra coniugi (1)

*Omissis.*

## 19 Legge regolatrice dei rapporti patrimoniali tra coniugi (1)

*Omissis.*

## 20 Legge regolatrice dei rapporti tra genitori e figli (1)

*Omissis.*

## 21 Legge regolatrice della tutela (1)

*Omissis.*

## **22** Legge regolatrice del possesso, della proprietà e degli altri diritti sulle cose (1)

*Omissis.*

## **23** Legge regolatrice delle successioni per causa di morte (1)

*Omissis.*

## **24** Legge regolatrice delle donazioni (1)

*Omissis.*

## **25** Legge regolatrice delle obbligazioni (1)

*Omissis.*

## **26** Legge regolatrice della forma degli atti (1)

*Omissis.*

## **27** Legge regolatrice del processo (1)

*Omissis.*

## **28** Efficacia delle leggi penali e di polizia (1)

*Omissis.*

## **29** Apolidi (1)

*Omissis.*

## **30** Rinvio ad altra legge (1)

*Omissis.*

## **31** Limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume (1)

*Omissis.*

(1) Gli articoli dal 17 al 31 sono stati abrogati dall'art. 73 della l. 31.5.1995 n. 218.



# **CODICE CIVILE**



# LIBRO PRIMO

## DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA

### TITOLO I DELLE PERSONE FISICHE

## 1 Capacità giuridica

La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.

I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.

[Le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali.] (1)

(1) Comma abrogato prima dall'art. 1, r.d.l. 20.1.1944 n. 25, successivamente dall'art. 1, r.d.l. 20.1.1944 n. 26 e, da ultimo, dall'art. 3, d.lgs.lgt. 14.9.1944 n. 287, recante provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Costituzione della Repubblica Italiana* (delib.ne Assemblée Costituente 22.12.1947) ✓ *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile* (d.P.R. 3.11.2000 n. 396) ✓ *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte* (l. 29.12.1993 n. 578) ✓ *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (l. 1.4.1999 n. 91) ✓ *Aggiornamento del decreto 22.8.1994 n. 582 relativo al: "Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte d.m. 11.4.2008)* ✓ *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (l. 19.2.2004 n. 40) ✓ *Legge sulla interruzione volontaria della gravidanza* (l. 22.5.1978 n. 194) ✓ *Nuove norme sulla cittadinanza* (l. 5.2.1992 n. 91) ✓ *Forma del riconoscimento* (art. 254 c.c.) ✓ *Rappresentanza e amministrazione* (art. 320 c.c.) ✓ *Nomina di un curatore speciale* (art. 321 c.c.) ✓ *Forza probatoria degli atti* (art. 451 c.c.) ✓ *Apertura della successione* (art. 456 c.c.) ✓ *Capacità delle persone fisiche* (art. 462 c.c.) ✓ *Amministrazione in caso di eredi nascituri* (art. 643 c.c.) ✓ *Obblighi e facoltà degli amministratori* (art. 644 c.c.) ✓ *Revocazione per sopravvenienza di figli* (art. 687 c.c.) ✓ *Donazione a nascituri* (art. 784 c.c.)

### SOMMARIO

1. La capacità giuridica, la soggettività giuridica e lo status. – 1.1. L'acquisto della capacità giuridica. – 1.2. La perdita della capacità giuridica. – 2. Il concepito e/o il nascituro. – 2.1. La tutela risarcitoria. – 3. L'embrione e la procreazione medicalmente assistita.

**1. La capacità giuridica, la soggettività giuridica e lo status** – I soggetti giuridici, ovvero i titolari di posizioni giuridiche, si dividono essenzialmente in persone umane ovvero in enti giuridici (associazioni, fondazioni, ecc.).

L'uomo, soggetto giuridico per eccellenza che gode dei diritti inviolabili dell'uomo e del principio di uguaglianza sanciti dagli artt. 2 e 3 Cost., è una persona fisica, ovvero un centro di imputazione di diritti e doveri (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 143).

In assenza di una definizione normativa la **capacità giuridica** viene definita come "l'**attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici**" (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 2002, p. 24; GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 143 la definisce "l'**attitudine ad essere titolare di diritti e doveri**" in tal senso anche ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 116) o, ancora, come "l'**attitudine alla titolarità di posizioni giuridiche**" (ossia a ricevere posizioni giuridiche), queste ultime definite come le posizioni garantite o sanzionate da una norma giuridica (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol.

1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., pp. 135 e 216; il quale chiarisce che la capacità giuridica è un diritto fondamentale ed il suo riconoscimento a tutte le persone rappresenta la prima condizione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) il cui rispetto è garantito altresì dall'art. 22 Cost. laddove recita che nessuno può essere privato della capacità giuridica per motivi politici).

Si distingue altresì tra capacità giuridica **generale** e quella **speciale**, che designa la capacità della persona rispetto a determinati rapporti e richiede particolari requisiti (ad es., la capacità lavorativa o matrimoniale) (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 214 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 122). La capacità giuridica generale spetta nel nostro ordinamento in principio ad ogni uomo ed è limitata in dipendenza di determinate qualità di carattere naturale o sociale dell'individuo investito di uno stato (l'età, la salute, l'onore della persona): la capacità giuridica, in relazione al variare di tali circostanze, può essere limitata così da avere incapacità speciali (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine*

*Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 2002, p. 24). Abbandonata una nozione di *status* in senso discriminatorio spesso utilizzata in passato (si pensi allo *status libertatis* che distingueva gli uomini liberi dagli schiavi nel diritto romano classico), lo **status tende a qualificare i soggetti in funzione dell'appartenenza a determinati gruppi sociali** o ad una collettività ed è suscettibile di creare legittime differenze tra soggetti: lo stato di cittadino (la l. n. 91/1992 disciplina i modi di acquisto dello *status* di cittadino italiano) ovvero gli stati familiari, ma il termine viene utilizzato in termine meno tecnico per richiamare l'applicazione di norme specifiche come nel caso dello "*status* del consumatore" (GIARDINA, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 357).

Lo *status* identifica quindi la **posizione soggettiva di un individuo nei confronti della collettività**. Storicamente lo *status* rivestiva un ruolo di rilievo, specialmente in ambito pubblicistico (lo *status civitatis*, lo *status familiae*). Ora si assiste ad una rivalutazione del concetto di *status*, volta a definirlo come un insieme di obblighi e diritti che un individuo assume per la posizione che ricopre (si pensi allo *status* di figlio, il quale ha acquisto rilevanza in conseguenza della valorizzazione del singolo all'interno del gruppo famiglia a partire dalla riforma di diritto di famiglia del 1975; oppure allo *status* di cittadino comunitario, il quale conferisce prerogative e privilegi come la libera circolazione in tutto il territorio dell'UE (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 70).

Diversa dalla capacità è la **soggettività** che presuppone la capacità giuridica ma ha un significato differente definibile come la qualità di un soggetto di essere centro di imputazione giuridico (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 136 ss.).

Anche la **persona giuridica** è dotata di capacità giuridica (Cons. Stato 11.5.1999 n. 596) ed il momento dell'acquisto è da collegarsi al riconoscimento formale dell'ente, mentre la perdita della capacità giuridica coincide con il provvedimento di estinzione (nel senso che la soppressione "*ex lege*" di un ente pubblico con la successione allo stesso di un altro ente dia luogo ad un fenomeno equiparabile alla morte o alla perdita della capacità di stare in giudizio della persona fisica, v. Cass. 3.10.1998 n. 9822; v. anche i commenti *sub artt. 27, 2312, 2495*). La S.C. ha inoltre di recente statuito che la capacità giuridica delle società, in mancanza di specifiche limitazione stabilite dalla legge, è generale, sicché esse possono porre in essere qualsiasi atto o rapporto giuridico (inclusa la donazione) con la conseguenza che lo scopo di lucro e l'oggetto sociale non costituiscono un limite alla capacità giuridica delle società, ma piuttosto un limite ai poteri di gestione e di rappresentanza degli organi sociali (Cass. 21.9.2015 n. 18449).

Nel senso che anche l'**associazione professionale** (non riconosciuta) ha la capacità giuridica di concludere contratti e quindi può divenire titolare di diritti e di doveri in maniera autonoma rispetto ai singoli professionisti si v. Trib. Padova 22.5.2014 in *Pluris.it*. In tal caso l'intero studio professionale – inteso come parte complessa – e non il singolo professionista) potrà figurare come unica parte contrattuale senza che ciò implichi il superamento dell'*intuitus personae* (*contra*, Cass. 26.4.1960 n. 927 secondo la quale le associazioni non riconosciute, a differenza di quelle rivestite di personalità giuridica, non sono configurabili come soggetti autonomi di diritto).

**1.1. L'acquisto della capacità giuridica** – La norma in commento dispone che la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita (Tar Napoli 12.5.2014 n. 2618) che coincide, tenuto conto degli sviluppi medici, oltre al di-

stacco del feto dal grembo materno con l'**inizio della respirazione polmonare** senza che rilevi l'autonomia della respirazione o la vitalità del soggetto né, tantomeno, la sua idoneità alla sopravvivenza (CABEDDU, *Dir. priv. Patti*, Padova, 2016, p. 66).

Gli artt. 29 e 30 del d. p.r. 396/2000 disciplinano il contenuto dell'atto di nascita e le tempistiche e modalità della dichiarazione di nascita resa all'ufficiale dello stato civile da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata.

Anche lo **straniero**, in virtù dell'art. 16 delle preleggi, è ammesso a godere dei diritti civili a condizione di reciprocità, fatte salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Il criterio della reciprocità circoscrive la capacità giuridica dello straniero negli stessi limiti stabiliti per i cittadini italiani dall'ordinamento dello stato al quale lo straniero appartiene (ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 117). La condizione di reciprocità non vale per il godimento dei diritti inviolabili e delle libertà che la Cost. garantisce ad ogni uomo (sul diritto alla salute dello straniero irregolare Cass. 22.9.2006 n. 20561).

**1.2. La perdita della capacità giuridica** – La capacità giuridica si perde al momento della **morte** della persona ossia con l'evento che indica la fine della vita umana. Ai sensi dell'art. 1, l. n. 578/1993, tale momento che coincide con la **cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo** Il verificarsi dell'evento morte e le modalità di accertamento (definite dal Ministero della Salute con d.m. 11.4.2008) rilevano anche ai fini dell'applicazione della l. n. 91/1999, la quale regola le **attività di prelievo e di trapianto di tessuti e di espianto e di trapianto di organi**, anche da soggetto vivente.

Il codice civile prevede un'apposita disciplina a seguito della perdita della capacità giuridica del soggetto per effetto della morte (v. *sub artt. 456 c.c. ss.* in tema di successioni). La morte, determina anche conseguenze in ambito **processuale**: in particolare la S.C. ha ritenuto che notificazione della citazione introduttiva del giudizio di prime cure effettuata ad una persona già deceduta è inefficace da giuridica inesistenza (Cass. 6.6.2013 n. 14360).

**2. Il concepito e/o il nascituro** – La situazione del concepito (o nascituro), ovvero dell'embrione umano dal momento del suo concepimento, è un argomento che ha suscitato e suscita tuttora vivaci dibattiti in dottrina e giurisprudenza. Si è in particolare posta la questione se il concepito possa essere considerato un soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica in un momento anteriore alla nascita.

La norma in commento prevede che **i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita**.

Secondo alcuni autori, l'ordinamento considera il concepito come portatore di interessi meritevoli di attuale tutela e, per tale motivo, riconosce al concepito una sorta di **capacità provvisoria o anticipata** che diviene definitiva se il concepito, secondo il suo ciclo naturale, viene alla nascita e che **si risolve retroattivamente se tale evento non segue** (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., p. 224). Secondo altri, l'attribuzione di diritti previsti dal codice civile non deve far pensare ad una **anticipazione della personalità sulla nascita**, ma deve pensarsi piuttosto alla costituzione di un **centro autonomo di rapporti giuridici in**

**previsione ed attesa della persona** (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 2002, p. 26, *contra* GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 123, secondo il quale il legislatore detta una tutela conservativa, in relazione ad un patrimonio attualmente privo di titolare; la *fictionis iuris* della retroattività evita soluzioni di continuità sul piano circolatorio).

Secondo un'altra tesi, il concepito sarebbe titolare di una capacità sottoposta alla **condizione sospensiva dell'evento della nascita**, destinata, al verificarsi di quest'ultima, a retroagire al momento del concepimento (Cass. 7.7.1988 n. 4469; v. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, p. 10099 *contra* DOGLIOTTI, *Persone e Famiglia I*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, p. 21).

La S.C. qualifica la nascita come **condicio juris** all'acquisto della titolarità del diritto al risarcimento dei danni subiti da parte del soggetto nella vita prenatale: Cass. 11.5.2009 n. 10741, la quale afferma altresì che il **nascituro è un soggetto giuridico**, precisando che quella della soggettività giuridica è una nozione più ampia di quella di capacità e di quella di personalità giuridica; v. anche Cass. 7.8.1972 n. 2646, secondo la quale il diritto oggetto della delazione creditoria in favore del nascituro non ancora concepito sorge sottoposto alla condizione sospensiva impropria (*condicio juris*) della nascita dell'istituito.

Secondo altri, posto che il concepito non è un soggetto, esso non può essere titolare del diritto alla vita costituzionalmente tutelato; conseguentemente, la tutela del concepito non esclude l'interruzione volontaria della gravidanza, ma implica un **bilanciamento di interessi**, ivi compresi quelli legati alla salute della madre sia in senso fisico che come benessere psichico e morale (PIZZORUSSO, *sub artt.* 1-4, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, pp. 117-118). Con sentenza della C. cost. 18.2.1975 n. 27, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implicasse danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre sancendo che *“l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione”*. Il conflitto di interessi tra il diritto della madre alla salute (art. 32 Cost.) e quello del concepito alla vita (art. 2 Cost.) deve quindi risolversi in **favore della madre** in quanto soggetto già in vita.

C'è chi osserva però che **la mancata nascita non è equiparabile alla morte** poiché essa non determina alcuna delle conseguenze che si si verificherebbero per effetto della morte di un soggetto di diritto, anche se questa intervenga subito dopo la nascita (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 146).

Quanto ai diritti del nascituro, il codice civile: i) riconosce al concepito la capacità successoria (art. 462 c.c.); ii) attribuisce ai genitori del concepito la rappresentanza e l'amministrazione dei beni (art. 320, co. 1, c.c., art. 643 c.c.); iii) prevede la possibilità di effettuare donazioni a favore di chi è soltanto concepito (art. 784 c.c.); iv) estende la revocazione delle disposizioni testamentarie per sopravvenienza di figli anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento (art. 687 c.c.); v) prevede che il riconoscimento del figlio è fatto nell'atto di nascita, oppure con una

apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento (art. 254 c.c.).

Superata l'impostazione per la quale al concepito verrebbero semplicemente “conservati” fino alla nascita i diritti al medesimo derivanti da successioni ovvero da atti di liberalità, si è dunque affermato **che il concepito è portatore di interessi** che devono essere fatti valere attualmente e che possono essere esercitati dal rappresentante legale del concepito in suo nome e per suo conto (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., pp. 222-223). Secondo altra impostazione, la capacità giuridica non richiede una necessaria correlazione con una persona: BUFFONE, *Persone, famiglia, medicina*, in *Tratt. Cendon*, vol. I, Padova, 2014, p. 672.

Pare confermare la tesi che il concepito sia portatore di interessi il Trib. Milano 31.5.2016 in *Pluris.it* il quale ha ritenuto ammissibile l'azione cautelare, promossa dalla madre del nascituro, concepito fuori dal matrimonio, dopo la morte del padre, per accedere a materiale biologico del medesimo al fine di conservare elementi di prova da spendere nel futuro giudizio di paternità, da instaurare ex art. 269 c.c.; l'azione può in particolare essere promossa dove il corpo del presunto padre non possa essere oggetto di esumazione, per effetto della programmata cremazione.

La S.C. si è pronunciata in materia numerose volte affermando che **il nascituro ha il diritto a nascere sano**, in virtù, in particolare, degli artt. 2 e 32 Cost. (nonché dell'art. 3 della Dichiarazione di Diritti fondamentali dell'Unione europea) (Cass. 11.5.2009 n. 10741). Si è discusso, inoltre, sull'ammissibilità di un **diritto del concepito a non nascere se non sano (c.d. wrongful life)**. La S.C. ha da tempo affermato che non esiste nell'ordinamento italiano un diritto a non nascere se non sano, in quanto non c'è rapporto biunivoco e diretto tra malformazione prenatale e interruzione volontaria della gravidanza. Alla luce dell'art. 6, l. n. 194/1978, è infatti esclusa la possibilità di praticare l'aborto c.d. eugenetico o selettivo (ossia per la sola causa che il feto è malformato), essendo invece requisito essenziale il pericolo di vita o di integrità della salute psicofisica della donna. Si può dunque parlare di un diritto a nascere sani suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione (Cass. 11.5.2009 n. 10741; Cass. 14.7.2006 n. 16123, Cass. 29.4.2004 n. 14488 *contra* Cass. civ., Sez. III, 2.10.2012 n. 16754, per la quale deve essere riconosciuta al nato la **legittimazione attiva a far valere il “danno da nascita malformata”**, originatosi nel momento del concepimento, a causa dell'omessa o errata diagnosi prenatale e Cass. 3.5.2011 n. 9700 per la quale, in caso di lesione colposamente cagionata al feto prima della nascita deriva, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il patito danno alla salute).

**2.1. La tutela risarcitoria** – La **tutela dei diritti del concepito** e dei suoi **genitori e/o parenti** è stata oggetto di numerose pronunce della S.C.

In materia, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione (**sentenza 22.12.2015 n. 25767**), le quali hanno affermato innanzi tutto che in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, **il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza** – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite *“praesumptio hominis”*,

in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psicofisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale (Cass. 31.10.2017 n. 25849, Cass. 11.4.2017 n. 9251).

Sulla **legittimazione del nato** a pretendere il risarcimento, invece, la S.C. ha statuito che, **in astratto, non può essere negata la titolarità di un diritto (oltre che della legittimazione attiva) del figlio handicappato alla tutela risarcitoria**, non trovando essa un ostacolo insormontabile nell'antiorità del fatto illecito rispetto alla nascita (in tal senso anche Cass. 22.11.1993 n. 11503) – giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.c. – né nelle teorie della causalità giuridica, perché tra causa ed evento lesivo può intercorrere uno spazio intertemporale, tale da differire il relativo diritto al ristoro solo al compiuto verificarsi dell'effetto pregiudizievole purché senza il concorso determinante di concause sopravvenute. **In concreto**, tuttavia, ove il figlio handicappato lamenti di essere nato non sano perché la propria madre, non essendo stata informata dal medico della ricorrenza della malattia genetica fetale, non ha potuto ricorrere all'interruzione della gravidanza, **fa difetto un danno conseguenza**, quale consacrato dall'art. 1223 c.c., giacché il danno riuscirebbe legato alla stessa vita del bambino.

Il risarcimento del c.d. **“danno da nascita indesiderata”** da parte dei sanitari spetta non solo ai genitori del bimbo nato malformato, ma anche ai suoi **fratelli** (Cass. 2.10.2012 n. 16754), qualora vi sia stata **inosservanza** del principio del c.d. **consenso informato**, ovvero sia mancata informazione ovvero la prescrizione di farmaci che abbiano provocato malformazioni al concepito (Cass. 11.5.2009 n. 10741). In materia di **responsabilità per attività medico-chirurgica** – in caso di omessa informazione ad una gestante dei rischi connessi ad una possibile malformazione genetica del nascituro – la S.C. ha di recente affermato che il rispetto, da parte del sanitario, delle **“linee guida”** mediche – pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, peraltro in relazione alla verifica della sola perizia del sanitario – non esime il giudice dal valutare, nella propria discrezionalità di giudizio, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta (Cass. 9.5.2017 n. 11208) e che il sanitario che riscontri una normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali, i quali tuttavia non ne consentano, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha **l'obbligo d'informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione**, nella prospettiva della determinazione della gestante ad interrompere la gravidanza, ancorché gli accertamenti diagnostici più completi siano invasivi e implicanti maggiori fattori di rischio per il feto (Cass. 27.11.2015 n. 24220); però la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. B), l. n. 194/1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fe-

tale non può derivare un danno risarcibile sia a favore della madre che del figlio (Cass. 11.4.2017 n. 9251).

La giurisprudenza riconosce altresì che **l'uccisione del padre** lede la sfera giuridica del nascituro e riconosce al soggetto nato dopo la morte del padre, verificatasi durante la gestazione a causa del fatto illecito di un terzo, il diritto nei confronti del responsabile al risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita del rapporto parentale (Cass. 3.5.2011 n. 9700).

Non risulta invece risarcibile il **danno da procreazione** lamentato dal figlio verso i genitori che gli hanno trasmesso una malattia ereditaria (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 148).

**3. L'embrione e la procreazione medicalmente assistita** – La l. n. 40/2004 disciplina la procreazione medicalmente assistita, **assicurando i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito** al quale viene riconosciuta *expressis verbis* la natura giuridica di **oggetto**: (BUFFONE, *Persona, famiglia, medicina*, in *Tratt. Cendon*, vol. I, Padova, 2014 p. 672; per un commento sulla l. n. 40/2004 v. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, 11, p. 1405 ss.

Ai sensi dell'art. 14 della l. n. 40/2004, è vietata la **crioconservazione** e la **soppressione** di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla l. 22.5.1978 n. 194 (co. 1), inoltre le tecniche di produzione degli embrioni non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre (co. 2). Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile (co. 3). La **Corte cost.**, con sentenza **1.4-8.5.2009 n. 151** ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, l. n. 40/2004, limitatamente alle parole **“ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”** e dell'art. 14, co. 3, l. n. 40/2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Anche la Cedu, Grande Sez., con pronuncia 27.8.2015 (proc. n. 46470/11), dopo aver premesso che nel sistema giuridico italiano l'embrione umano è soggetto di diritto, ha stabilito che il **divieto di sperimentazione sugli embrioni** contenuto nella l. n. 40/2004 è **legittimo** riconoscendo la **“protezione del potenziale dell'embrione per la vita”**, in quanto titolare di diritti e di libertà. Vedi però Trib. Cagliari 9.11.2012, in *Corr. merito*, 2013, 4, p. 42, sull'assenza nella l. n. 40/2004 di un divieto espresso di **diagnosi e selezione preimpianto**.

La C. cost. è intervenuta numerose volte sulla l. n. 40/2004: i) con sentenza 14.5-5.6.2015 n. 96, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, co. 1 e 2, e 4, co. 1, della presente legge, nella parte in cui **non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili**, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, lett. b), l. 22.5.1978 n. 194, accertate da apposite strutture pub-

bliche; ii) con sentenza 10.6.2014 n. 162 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, l. 19.2.2004 n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, co. 1, della medesima legge, **il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed**

**irreversibili.** Ad avviso della Corte, il dichiarato scopo della l. n. 40/2004 di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, contrasta con la preclusione di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e introduce la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi.

### Correlazioni alla Normativa tributaria

– *Imposte sui redditi* (d.P.R. 22.12.1986 n. 917 – Tuir) ✓ *Soggetti passivi* (art. 2, co. 1) ✓ *Coniugi e figli minori* (art. 4).

## 2 Maggiore età. Capacità di agire (1)

La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa.

Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

(1) Articolo così sostituito dall'art. 1, l. 8.3.1975 n. 39, sull'attribuzione della maggiore età.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Costituzione della Repubblica Italiana* (delib.ne Assemblea Costituente 22.12.1947) ✓ *Diritto del minore ad una famiglia* (l. 4.5.1983 n. 184) ✓ *Attribuzione della maggiore età ai cittadini che hanno compiuto il diciottesimo anno* (l. 8.3.1975 n. 39) ✓ *Divorzio* (l. 1.12.1970 n. 898 – l. 6.3.1987 n. 74) ✓ *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (l. 22.5.1978 n. 194) ✓ *L. sull'amministrazione di sostegno* (l. 9.1.2004 n. 6) ✓ *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali* (l. 10.12.2012 n. 219) ✓ *Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti* (l. 17.10.1967 n. 977) ✓ *Norme in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità* (d.lgs. 26.3.2001 n. 151) ✓ *Età* (art. 84 c.c.) ✓ *Assistenza del minore* (art. 90 c.c.) ✓ *Intervento del giudice* (art. 145 c.c.) ✓ *Capacità del minore* (art. 165 c.c.) ✓ *Dello stato di figlio* (artt. 231-290 c.c.) ✓ *Condizioni adozione* (art. 291 c.c.) ✓ *Diritti e doveri del figlio* (art. 315-bis c.c.) ✓ *Rappresentanza e amministrazione* (art. 320 c.c.) ✓ *Della tutela e dell'emancipazione* (artt. 343-397 c.c.) ✓ *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale* (artt. 414-432 c.c.) ✓ *Incapacità delle parti* (art. 1425 c.c.) ✓ *Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte* (art. 2048 c.c.) ✓ *Incapacità delle parti* (art. 1425 c.c.) ✓ *Minore degli anni quattordici* (art. 97 c.p.)

### SOMMARIO

1. La capacità di agire. – 1.1. L'acquisto e la perdita della capacità di agire. – 1.2. La capacità di agire del minore di età. Le limitazioni e le eccezioni. – 1.3. La capacità speciale di lavoro.

**1. La capacità di agire** – La persona può essere dotata o meno della capacità di agire, definibile come “**l'attitudine all'attività giuridica concernete la sfera giuridica propria della persona**” (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 2002, p. 34) ovvero “**l'attitudine del soggetto a compiere atti giuridici mediante i quali acquistare diritti o assumere doveri**” (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 158) o, ancora, come la “**generale idoneità del soggetto a compiere e ricevere atti giuridici incidenti sulla propria sfera personale e patrimoniale**” che si specifica nella **capacità negoziale**, quale idoneità del soggetto alla diretta esplicazione della sua autonomia privata; nella **capacità extraneoziale**, quale idoneità del soggetto al compimento e alla ricezione degli atti giuridici in senso stretto, e **nella capacità di stare in giudizio**, quale idoneità del soggetto ad esercitare direttamente le azioni e ad essere convenuto (diversa dalla capacità giuridica processuale, ossia l'idoneità del soggetto ad essere parte di giudizi civili). **La capacità di agire presuppone la capacità giuridica del**

soggetto ma costituisce un concetto distinto: l'incapacità di agire non implica dunque una mancanza o menomazione della capacità giuridica poiché l'incapace di agire è sempre titolare delle posizioni giuridiche che acquista e di cui dispone attraverso il suo rappresentante (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., pp. 231-232).

Sono privi della capacità di agire: a) i minori; b) gli interdetti giudiziali; c) gli interdetti legali. In tali casi gli atti devono essere compiuti dal rappresentante legale.

Dall'incapacità di agire del minore consegue l'**incapacità negoziale di quest'ultimo**, il quale è soggetto alla potestà dei genitori o alla tutela e deve agire tramite rappresentante legale a pena di annullabilità degli atti negoziali compiuti direttamente dal minore (art. 1425 c.c.): si tratta di un rimedio posto a favore del minore (l'azione può essere esercitata dal rappresentante legale in nome e per conto del minore, ovvero dal minore stesso al raggiungimento della maggiore età) ma non può essere esercitata dal terzo che ha contrattato con il minore senza cautela (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., p. 236).

Il **minore non ha la capacità di stare in giudizio** in via autonoma ma tramite il proprio rappresentante legale (art. 75 c.p.c.), il quale deve essere autorizzato dal giudice per promuovere giudizi relativi agli atti di straordinaria amministrazione (art. 320 c.c.).

Quanto agli **atti extra-negoziali**, la mancanza della capacità di agire **preclude al minore il compimento di atti giuridici leciti** le comunicazioni e partecipazioni, le dichiarazioni di scienza, aventi valore di prova circa l'esistenza di fatti produttivi di effetti giuridici) ma non impedisce di porre in essere **fatti giuridici** dai quali derivino effetti giuridici per l'incapace (è efficace ai sensi dell'art. 1191 c.c. il pagamento del proprio debito eseguito dall'incapace; l'incapace può acquistare la proprietà per occupazione, possedere ed acquistare la proprietà per usucapione: GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., pp. 158-159).

Secondo Cass. 13.10.2017 n. 24077, il minore è senz'altro capace di compiere e ricevere atti giuridici in senso stretto (non negoziali), ossia gli atti (dichiarazioni di scienza, comunicazioni, etc.) che costituiscono il presupposto di determinati effetti giuridici ad essi ricollegati dalla legge (e non direttamente imputabili all'atto di disposizione quale atto di autonomia privata), per il relativo compimento non essendo richiesta la capacità di agire e fermo restando il limite del pregiudizio che dal relativo compimento o ricezione possa derivare al minore stesso. Con riguardo agli atti **extra-negoziali illeciti**, si ritiene comunemente che non sussiste una specifica disciplina della capacità delittuale del minore, con la conseguenza che questi è esentato da responsabilità in quanto si dimostri che non era in grado di intendere e volere al momento dell'illecito (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. I, cit., pp. 240-241). In definitiva, la capacità di intendere e di volere del minore, autore di fatti dannosi, sia per indurme la sua responsabilità personale, sia per determinare il diverso ambito della responsabilità dei genitori con lui coabitanti (art. 2048 c.c.), deve essere accertata caso per caso, prescindendo dalla presunzione assoluta di non imputabilità posta dall'art. 97 c.p. nei confronti dei minori degli anni quattordici (Cass. 18.6.1953 n. 1812).

Più complesso il tema della la capacità di agire dei minori in caso di **atti c.d. personalissimi**, negata dalla dottrina tradizionale (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX ed., Napoli, 2002, p. 25), ma che conosce significative aperture nella dottrina più recente (v. *infra*, sub I.1).

Diversa dalla incapacità legale, pur determinando l'annullamento degli atti compiuti dal soggetto che ne è colpito ai sensi degli artt. 428 e 1425, co. 2, c.c., è l'**incapacità naturale**, ossia lo stato psichico abnorme, pur se improvviso e transitorio, non dovuto a una tipica infermità mentale o a un vero e proprio processo patologico, che abolisca o faccia notevolmente scemare le facoltà intellettive o volitive in modo da impedire od ostacolare una seria valutazione degli atti stessi o la formazione di una volontà cosciente (Cass. 3.6.2009 n. 12831).

**1.1. L'acquisto e la perdita della capacità di agire** – La capacità di agire si consegue con il **raggiungimento della maggiore età**: si presume che al compimento del diciottesimo anno ogni persona abbia raggiunto la maturità necessaria di intendere e volere autonomamente (presunzione *juris et de jure*). La l. 8.3.1975 n. 39 ha sostituito il precedente art. 2 c.c. in virtù del quale la maggiore età era fissata a ventun anni.

La **capacità di agire si perde**: i) con la **morte**, ii) per **interdizione giudiziale** (art. 414 c.c. ss.), iii) con riferimento agli atti che richiedono la rappresentanza esclusiva dell'**amministratore di sostegno**, istituto introdotto con la l. 9.1.2004 n. 6 (art. 409 c.c. ss.) e iv) per **interdizione legale** a causa di gravi condanne penali per gli atti di natura patrimoniale (art. 32 c.p.). La capacità di agire **si riduce per l'inabilitazione** (art. 415 c.c. ss.) relativamente agli atti che richiedono necessariamente l'assistenza del tutore e negli altri casi previsti dalla legge con finalità sanzionatorie.

**1.2. La capacità di agire del minore di età. Le limitazioni e le eccezioni** – Il minore può eccezionalmente compiere determinati atti giuridici.

Il **sedicenne**, accertata la sua maturità psico-fisica: i) può essere dal tribunale autorizzato, per gravi motivi, a contrarre matrimonio (art. 84, co. 2); ii) può riconoscere il figlio naturale (art. 250, co. 5), iii) può compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere dell'ingegno da lui create ed esercitare le azioni relative (art. 108, l. 22.4.1941 n. 633, come sostituito dall'art. 13, l. 8.3.1975 n. 39); iv) deve essere sentito dal giudice tutelare in vista della nomina del suo tutore (art. 348, co. 3) e deve intervenire, ove possibile, alla formazione dell'inventario dei suoi beni che segue all'apertura della tutela (art. 363 c.c.). Sulla tematica dell'audizione del minore, v. immediatamente *infra*. Il **minore emancipato può compiere gli atti di ordinaria amministrazione**, ed è capace di prestare il suo consenso per tutte le eventuali convenzioni matrimoniali, con l'assistenza dei genitori (art. 165 c.c.); ai sensi degli artt. 390-397 c.c., l'emancipazione può essere legale se avviene con il matrimonio oppure può essere giudiziale se concessa dal giudice tutelare. I minori emancipati hanno una ridotta capacità di agire che richiede per il compimento di alcuni atti l'assistenza di un curatore (art. 90 c.c.).

In altri casi ancora la legge attribuisce, eccezionalmente, **effetti giuridici alla volontà del minore**, benché incapace di agire. Sono casi nei quali emerge la necessità di proteggere la personalità del minore e la sua libertà di scelta circa la sua condizione personale (art. 250, co. 2, c.c.; art. 273, co. 2, c.c.; art. 252, co. 2, c.c.; art. 244, co. 6, c.c.; art. 315-bis, co. 3, c.c.; art. 7, l. 4.5.1983 n. 184; art. 145 c.c.; art. 4, co. 8, l. 1.12.1970 n. 898). La l. di riforma n. 219/2012 prevede, in generale, l'**audizione del minore** che abbia compiuto dodici anni in tutte le questioni che lo riguardano.

In questo ordine di casi rientra anche quello dell'**aborto**: la donna minore può interrompere la propria gravidanza, su autorizzazione del giudice tutelare, anche senza l'assenso di chi esercita su di essa la potestà o la tutela, quando vi siano seri motivi per non consultare genitori o tutore o quando costoro abbiano rifiutato l'assenso (art. 12, l. 22.5.1978 n. 194).

Il **minore di dieci anni o il minore di età inferiore ove capace di discernimento** dev'essere invece sentito per le deliberazioni che riguardano il luogo dove il medesimo deve essere allevato e la sua educazione ove sia sottoposto a tutela (art. 371 c.c., v. Cass. 27.3.2017 n. 7762, secondo la quale l'audizione dei minori è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano e l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse).

La *ratio* di ciascuna di queste norme è la **tutela della personalità del minore** (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 160; BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. I, cit., p. 234 per il quale l'incapacità di agire del minore è prevista in funzione protettiva del soggetto al fine di evitare che la mancanza di un'adeguata maturità lo pregiudichi nella vita di relazione).

A livello internazionale la tutela dei minori si evince: i) dalla Convenzione di New York, 20.11.1989, ratificata con l. 27.5.1991 n. 176; ii) dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996, ratificata con l. 20.3.2003 n. 77 (artt. 1-3). Vi sono poi casi in cui la legge prevede **una posticipazione dell'età** in cui si diventa legalmente capaci di porre in essere certe attività: si pensi all'adozione del maggiorenne (art. 291 c.c.) e allo svolgimento dell'attività di perito, per il quale l'età minima è tuttora di ventuno anni (Cass. pen. 12.1.1984).

**1.3. La capacità speciale di lavoro** – Ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.c. sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. La l. n. 977/1967, che si applica ai minori dei diciotto anni che hanno un contratto o un rapporto di lavoro, anche speciale, disciplinato dalle norme vigenti, prevede che l'età

**per l'ammissione al lavoro** è fissata al momento in cui il minore ha **concluso il periodo di istruzione obbligatoria** e comunque **non può essere inferiore ai quindici anni compiuti** (artt. 1 e 3).

È vietato adibire al lavoro i bambini, ma la direzione provinciale del lavoro può autorizzare, previo assenso scritto dei titolari della responsabilità genitoriale, l'impiego dei minori in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale (art. 4).

Nei casi suddetti il contratto di lavoro è concluso dall'esercente la legale rappresentanza ma il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

Alle **lavoratrici minori gestanti**, puerpere o in allattamento si applicano le disposizioni del d.lgs. 26.3.2001 n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), ma sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione.

### Correlazioni alla Normativa tributaria

- *Imposte sui redditi* (d.P.R. 22.12.1986 n. 917 – Tuir) ✓ *Soggetti passivi* (art. 2, comma 1) ✓ *Coniugi e figli minori* (art. 4) ✓ *Detrazioni per carichi di famiglia* (art. 12).
- *Accertamento II.DD.* (d.P.R. 29.9.1973 n. 600) ✓ *Dichiarazione dei soggetti passivi* (art. 1).

## 3 Capacità in materia di lavoro (1)

*Omissis.*

(1) Articolo abrogato dall'art. 2, L. 8.3.1975 n. 39, sull'attribuzione della maggiore età.

## 4 Commorienza

Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

- ✓ *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile* (d.P.R. 3.11.2000 n. 396) ✓ *Dichiarazione di morte presunta dell'assente* (art. 58 c.c.) ✓ *Data della morte presunta* (art. 61 c.c.) ✓ *Diritti spettanti alla persona di cui si ignora l'esistenza* (art. 69 c.c.) ✓ *Della rappresentazione* (art. 467 ss. c.c.) ✓ *Del diritto all'accrescimento* (art. 674 c.c.) ✓ *Delle sostituzioni* (art. 688 c.c.) ✓ *Della donazione con patto di reversibilità* (artt. 791-792 c.c.) ✓ *Prestazione del terzo dopo la morte dello stipulante* (art. 1412 c.c.) ✓ *Indennità in caso di morte* (art. 2122 c.c.)

### SOMMARIO

1. La definizione di commorienza. – 1.1. La morte della persona fisica. – 1.2. La c.d. presunzione di commorienza.

**1. La definizione di commorienza** – Con il termine **commorienza** si fa riferimento alla situazione in cui, decedute due o più persone, nello stesso evento, o anche in luoghi e circostanze diversi (compresi disastri collettivi di grandi dimensioni), la loro morte sia accertabile con certezza, ma non si possa invece stabilire la premorienza dell'una rispetto all'altra (TOTI, *sub*

art. 1, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 398).

L'art. 4 c.c. stabilisce pertanto che, quando un effetto giuridico dipenda dalla sopravvivenza di una persona ad un'altra e non consti quale di loro sia morta per prima, tutte si considerano morte nello stesso tempo. La disposizione si connette a due principi fondamentali: quello dell'**onere del-**

la **prova**, secondo cui chi vuol far valere un diritto deve provarne il fatto costitutivo (art. 2697 c.c.); nonché al principio secondo cui il fatto dell'**esistenza in vita della persona deve essere provato in relazione al momento dell'acquisto del diritto** (art. 69 c.c.) (TOTI, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, pp. 398-399).

La prova può essere data da chi vi abbia interesse con ogni mezzo, anche mediante le presunzioni legali, che fanno coincidere la morte con l'ultima notizia dell'assente (art. 58 e 61 c.c.) o con la *praesumptio hominis* sulla maggiore o minore resistenza fisica della persona deceduta (DOGLIOTTI, *Persone e Famiglia I*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, p. 26).

L'effetto principale della commorienza si rinviene proprio nella **successione a causa di morte** posto che, escludendo sia la sopravvivenza, sia la premorienza, le rispettive successioni delle persone decedute si aprono indipendentemente l'una dall'altra, a favore di altri chiamati a titolo universale, per legge o per testamento, esclusi i commorienti (in caso di commorienza tra testatore e legatario, invece, il legato si estingue). La commorienza, al pari della premorienza, dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta è intesa quale impossibilità (*casus impotentiae*) di accettare del primo chiamato e quindi funziona quale **presupposto oggettivo per la rappresentazione** (art. 467 c.c. ss.), **la sostituzione** (art. 688 c.c. ss.) e **l'accrescimento** (art. 674 c.c. ss.) (TOTI, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, pp. 399-400).

La commorienza rileva anche in relazione agli **acquisti inter vivos e/o iure proprio**: si pensi all'assicurazione sulla vita a favore del terzo (art. 1412, co. 2, c.c.), al risarcimento del danno dei superstiti, alle indennità in caso di morte del prestatore di lavoro (art. 2122 c.c.), alla donazione con patto di reversibilità (artt. 791-792 c.c.: in caso di commorienza di donante e donatario, il bene donato non torna al donante, ma resta definitivamente nel patrimonio del donatario).

**1.1. La morte della persona fisica** – In condizioni normali, il decesso di una persona si attesta con l'**atto di morte** del soggetto.

La **morte** è infatti un fatto suscettibile di accertamento e di **iscrizione/trascrizione nei registri dello stato civile** e perciò l'onere della prova del suo accadimento nonché nelle sue coordinate spaziali e temporali, è normalmente as-

solto con la produzione dell'atto di morte estratto dai registri dello stato civile o di certificato rilasciato dall'ufficiale di stato civile. L'atto di morte è un atto dello stato civile (artt. 449 ss. c.c., novellati dagli artt. 71 ss., d.P.R. n. 396/2000) e assolve ad una funzione **pubblicitaria** (certezza pubblica di un determinato evento produttivo di effetti giuridici) e **probatoria certificativa** (con efficacia *erga omnes*) dell'avvenuto decesso, enunciandone, tra l'altro, il luogo, il giorno e l'ora (e i minuti) (TOTI, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, cit., pp. 396-397).

**1.2. La c.d. presunzione di commorienza** – Sin dall'art. 924 c.c. contenuto nel codice civile del 1865, si è ritenuto che l'art. 4 c.c. non stabilisca una presunzione legale di commorienza (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 128; TOTI, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 411 *contra* CABEDDU, *Diritto privato Patti*, Padova, 2016, p. 72, secondo la quale ove sia provato che non ci sia stata simultaneità di morte, ma manchi una prova positiva sulla cadenza temporale degli eventi e sulla sopravvivenza di una persona all'altra, le persone si presumono morte nello stesso momento), ma costituisca una **regola di diritto probatorio** che specifica il principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c., in base al quale chi voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (PIZZORUSSO, *sub artt. 1-4*, in *Comm. Scialoja-Branca, Persone Fisiche*, Bologna-Roma, 1988, p. 118).

Più precisamente, la locuzione "presunzione di commorienza", di cui all'art. 4 c.c., comporterebbe l'onere della prova della sopravvivenza di una persona ad un'altra a carico di chi intenda avvalersene ovvero di chi invoca la sopravvivenza/premorienza per l'acquisto di un diritto o per la produzione di un altro effetto giuridico con la conseguenza che, in difetto di tale prova, non soccorre una presunzione di commorienza, ma rimane semplicemente senza prova la situazione di sopravvivenza e non si produrrà alcun effetto dipendente dalla sopravvivenza di una persona rispetto ad un'altra (TOTI, *sub art. 1*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, pp. 411-412). Anche la Cass. ha affermato che chi intende avvalersi degli effetti giuridici scaturiti dalla sopravvivenza di una persona ad un'altra deve fornire **prova certa** (Cass. 18.2.1986 n. 963).

## 5 Atti di disposizione del proprio corpo

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando comportino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile* (d.P.R. 3.11.2000 n. 396) ✓ *Legge sul diritto d'autore* (l. 22.4.1941 n. 633) ✓ *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte* (l. 29.12.1993 n. 578) ✓ *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (l. 1.4.1999 n. 91) ✓ *Aggiornamento del decreto 22.8.1994 n. 582 relativo al: "Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte"* (d.m. 11.4.2008) ✓ *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (l. 19.2.2004 n. 40) ✓ *Legge sulla interruzione volontaria della gravidanza* (l. 22.5.1978 n. 194) ✓ *Costituzione della Repubblica Italiana* (delib.ne Assemblea Costituente 22.12.1947) ✓ *Nuove norme sulla cittadinanza* (l. 5.2.1992 n. 91) ✓ *Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati* (l. 9.1.1989 n. 13) ✓ *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* (13.12.2006 ratificata con l. 3.3.2009 n. 18) ✓ *Direttiva per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (dir. 2000/78/CE) ✓ *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* ((2000/C 364/01) 18.12.2000) ✓ *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* (l. 5.2.1992 n. 104) ✓ *Tutela del diritto al nome e dello pseudonimo* (artt. 7-9 c.c.) ✓ *Abuso dell'immagine altrui* (art. 10 c.c.) ✓ *Forma del riconoscimento* (art. 254 c.c.) ✓ *Norme riguardanti la proprietà condominiale*

(artt. 1117-1128 c.c.) ✓ *Risarcimento per fatto illecito* (art. 2043 c.c.) ✓ *Danni non patrimoniali* (art. 2059 c.c.) ✓ *Dei diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali* (artt. 2575-2594 c.c.) ✓ *Cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo* (l. 29.12.1993 n. 578) ✓ *Nuove norme sulla cittadinanza* (l. 5.2.1992 n. 91) ✓ *Dei delitti contro la persona* (artt. 575-623 bis c.p.) ✓ *Prelievo delle cornee da cadavere a scopo di trapianto* (l. 12.8.1993 n. 301) ✓ *Normativa in materia di protezione dei dati personali* (l. 30.6.2003 n. 196 – dir. 24.10.1995 n. 95/46/CE – reg. (UE) 2016/679) ✓ *Istituzione del servizio sanitario nazionale* (L. 23.12.1978 n. 833) ✓ *Codice del consumo* (d.lgs. 6.9.2005 n. 206) ✓ *Decreto Balduzzi* (d.l. 13.8.2012 n. 158) ✓ *Codice dell'ambiente* (d.lgs. 3.4.2006 n. 152) ✓ *Diritto del minore ad una famiglia* (l. 4.5.1983 n. 184) ✓ *Disposizioni sulla stampa* (l. 8.2.1948 n. 47 – l. 5.8.1981 n. 416) ✓ *Disposizioni sulla sperimentazione clinica* (d.lgs. 24.6.2003 n. 211 – d.P.R. 21.9.2001 n. 439 – d.lgs. 6.11.2007 n. 200 e d.lgs. 24.4.2006 n. 219) ✓ *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso* (l. 14.4.1982 n. 164) ✓ *Disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie* (l. 25.2.1992 n. 210 – l. 29.10.2005 n. 229) ✓ *Disposizioni relative alle malattie mentali e al ricovero coatto* (l. 13.5.1978 n. 180 – l. 23.12.1978 n. 833) ✓ *Riordino della disciplina in materia sanitaria* (d.lgs. 30.12.1992 n. 502) ✓ *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore* (l. 15.3.2010 n. 38) ✓ *Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza)* (7.12.2000)

## SOMMARIO

1. Introduzione: i diritti della personalità. a) Il diritto alla vita; b) Il diritto alla salute (o integrità psicofisica); c) Il diritto al sepolcro; d) Il diritto all'identità personale; e) Il diritto all'identità di genere; f) Il diritto all'integrità morale; g) La cronaca e la critica; h) Il diritto di satira; i) Il diritto alla riservatezza (o *privacy*); l) Il diritto all'oblio; m) Il trattamento dei dati personali; n) Il diritto all'anonimato. – 1.1. I diritti delle persone con disabilità e tutela dei soggetti più deboli. – 1.2. Gli strumenti di tutela dei diritti alla personalità. – 2. Gli atti di disposizione del proprio corpo e le limitazioni poste dall'art. 5. – 2.1. Atti di disposizione vietati perché comportano una diminuzione permanente dell'integrità fisica. – 2.2. Atti di disposizione vietati perché contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume. – 2.3. Gli effetti della violazione dei divieti posti dall'art. 5: profili risarcitori e casistica.

**1. Introduzione: i diritti della personalità** – I diritti dell'uomo detti anche diritti della persona umana o della personalità o fondamentali sono **diritti soggettivi** spettanti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal sistema politico o sociale nel quale vive, che ogni stato ha il dovere di riconoscere e garantire (GALGANO F., *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 172). I diritti della personalità sono quei diritti che tutelano la persona nei suoi valori essenziali; essi sono diritti che tutelano gli interessi inerenti la persona ossia i suoi diretti interessi materiali e morali e vengono definiti dalla Costituzione come “**inviolabili**” (art. 2 Cost.) (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. I, cit., pp. 139-140).

I diritti della personalità sono **diritti non patrimoniali**. Trattandosi di **diritti caratterizzanti l'individuo**, costituiscono il portato di un determinato ambiente, di una data cultura e soprattutto di una certa epoca storica. Solo alcuni di essi sono codificati, mentre gli altri si impongono con il tempo grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, pp. 179-180).

In dottrina si sono sviluppate due correnti di pensiero: una più risalente, ossia la **teoria atomista** o **pluralista**, secondo la quale la personalità è tutelabile nei limiti in cui sia possibile individuare specifiche situazioni giuridiche protette e previste dalla legge, così creandosi tanti singoli diritti della personalità quanti sono gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; un'altra, detta **monista**, che identifica nella personalità individuale un valore la cui protezione e garanzia si fonda nella Costituzione (ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 146). Ad avviso della dottrina e della giurisprudenza, anche costituzionale (C. cost. 11.5.2001 n. 120), deve **prevalere** la concezione unitaria dei diritti della personalità riconosciuti dal-

l'art. 2 Cost., quale “**clausola generale ed aperta**” all'emersione di interessi sempre nuovi (in tal senso BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. I, cit., p. 145; ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 146; Cass. 25.8.2014 n. 18174 secondo la quale è ormai acquisita una nozione “monistica” dei diritti della persona umana con fondamento costituzionale nell'ambito della quale l'individuo non è considerato come un punto di aggregazione di valori ma come un *unicum*, per cui la lesione di uno qualunque di tali valori costituisce sotto il profilo qualitativo sempre lesione della persona umana e l'art. 2 Cost. deve essere inteso quale clausola generale aperta all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile di apprestare **copertura costituzionale anche a nuovi valori emergenti della personalità**, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela “del pieno sviluppo della persona umana”, di cui al successivo art. 3 Cost.; in tal senso anche ALPA, RESTA, *Le persone fisiche ed i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006, p. 76 per i quali non è possibile fornire un elenco dei diritti della persona poiché esiste un **diritto globale**, le cui facce, immagini, aspetti, sono di volta in volta derivati dalla situazione in cui la persona vive. I diritti della persona disciplinati dal codice civile sono dunque alcuni degli aspetti più rilevanti e comuni della persona, ma non esauriscono l'intero quadro dei diritti della personalità).

Secondo altri, il dibattito circa l'esistenza di un unico diritto della personalità che considera l'uomo in ogni sua manifestazione qualificante ovvero se sussistano tanti diritti della personalità quanti la legge ne prevede o il giudice ne individua nel tessuto dell'ordinamento giuridico e sociale, risulta superato con l'entrata in vigore della Costituzione che protegge qualsivoglia interesse funzionalmente colle-

gato alla realizzazione della personalità dell'individuo. I diritti della personalità trovano il loro **fondamento costituzionale nell'art. 2** e, proprio grazie alla formulazione della norma, secondo la quale *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]”*, si evince come tali diritti siano **“trovati” e “riconosciuti” dall'ordinamento** e non creati dallo stesso (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, pp. 179-180; v. anche Cass. 10.5.2001 n. 6507) La concezione dei giuridicisti secondo i quali i diritti spettano a tutti gli uomini in quanto tali e sono inviolabili da parte dei detentori del potere politico ha ispirato le Costituzioni moderne del XIX e del XX secolo, che li hanno recepiti nei loro principi fondamentali (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 172). In tempi più recenti sono state elaborate diverse “dichiarazioni” internazionali, come i) la “Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”, approvata dall'assemblea della Organizzazione delle Nazioni Unite (New York 10.12.1948); ii) la “Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”, approvata dal Consiglio d'Europa il 4.11.1950 (CEDU), ratificate dall'Italia con l. n. 848/1955; iii) il “Patto internazionale sui diritti civili e politici”, firmato a New York nel 1966, reso esecutivo in Italia con l. n. 881/1977; iv) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza del dicembre 2000), nel testo modificato dalla Carta di Strasburgo del 2007, sostitutivo della precedente dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e v) la dichiarazione di Helsinki del 1.8.1975 secondo la quale gli Stati promuovono ed incoraggiano l'esercizio effettivo delle libertà e dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali e di tutti gli altri diritti che derivano dalla dignità inerente la persona e sono essenziali al suo libero e pieno sviluppo.

I diritti sociali si evolvono in una prospettiva di giustizia sociale che richiede il rispetto della personalità oltre l'impegno sociale inteso ad assicurare all'individuo le condizioni materiali di una vita dignitosa: accanto alla tradizionale esigenza di libertà emerge allora l'esigenza della sicurezza sociale quale salvaguardia dell'individuo dai bisogni materiali fondamentali (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., p. 142).

**La normativa** di protezione dei diritti della personalità si sviluppa a vari livelli. Il **codice civile** disciplina e protegge alcuni di questi diritti: i) il diritto all'integrità fisica (art. 5 c.c.); ii) il diritto al nome (artt. 7-9 c.c., art. 22 Cost.); iii) il diritto alla propria immagine (art. 10 c.c. integrato dagli artt. 96 e 97 della l. autore); iv) il diritto morale d'autore e di inventore (artt. 2577, co. 2, e 2589 c.c.). Altri diritti della persona si evincono da **fonti differenti**: i) il diritto alla vita e all'incolumità fisica si desume dalle norme che puniscono l'omicidio (art. 575 c.p.) e le lesioni (art. 582 c.p.); ii) il diritto all'onore si desume dal codice penale che punisce l'ingiuria (art. 594 c.p.) e la diffamazione (art. 595 c.p.); iii) il diritto alla libertà personale si desume dalle norme sul sequestro di persona (art. 605 c.p.) e sulla violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) e quello alla libertà morale dalle norme sulla violenza privata (art. 610 c.p.) e la inviolabilità del domicilio (art. 614 c.p.); iv) il diritto all'identità personale viene legislativamente menzionato dalla l. n. 675/1996 ed ora nel “Codice in materia di protezione dei dati personali” (d.lgs. n. 196/2003, all'art. 2 co. 1; il Regolamento (UE) 2016/679, all'art. 4, co. 1 n. 1 richiama il

concetto di “identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale”). Nella **Carta Costituzionale** sono racchiuse le più ampie indicazioni: oltre all'art. 2, si ricorda l'art. 3, co. 3, Cost. che persegue il tendenziale raggiungimento di un'eguaglianza sostanziale tra cittadini; gli artt. 4 e 36 Cost. che tutelano il lavoro; l'art. 41, co. 2, Cost. in materia di iniziativa economica; l'art. 32 Cost. in materia di salute; gli artt. 13 ss. Cost. richiamano, in funzione garantista le varie libertà (accomunate dalla loro inviolabilità). Il catalogo dei diritti dell'uomo è in continua espansione, in connessione con l'evolversi della coscienza sociale ed in dipendenza delle nuove minacce cui gli sviluppi della civiltà espongono gli individui (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 180).

I diritti della personalità sono: diritti **innati**, ossia inerenti la persona umana non appena venga ad esistenza, **assoluti**, che si possono far valere verso chiunque, ovvero nei confronti di qualsiasi appartenente alla comunità, a prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridico (*erga omnes*); **non patrimoniali** ma con possibili riflessi patrimoniali (si pensi alla tutela risarcitoria ovvero ai contratti di sponsorizzazione), **indisponibili, inviolabili**, ovvero il titolare di tali diritti **non può alienarli** (è inammissibile il trasferimento dell'oggetto persona: sono **intrasmisibili**), **né rinunciare** all'interesse tutelato da essi. In concreto l'indisponibilità si esplica nel divieto degli atti di disposizione del proprio corpo lesivi del diritto alla vita e all'incolumità fisica (art. 5 c.c.), con la possibilità del titolare di revocare in ogni momento ed incondizionatamente l'eventuale consenso a subire le conseguenze della violazione del diritto da parte di un terzo; **imprescrittibili** (ferma la prescrizione dell'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.) (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 172; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, p. 283; ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 146). L'indisponibilità dei diritti fondamentali non ne esclude in via assoluta una parziale limitazione o rinuncia ma gli atti che importino tali limitazioni o rinunce parziali possono reputarsi validi se alla stregua della coscienza sociale essi siano compatibili con la dignità della persona umana (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., p. 147).

Secondo l'impostazione tradizionale, l'esercizio dei diritti della personalità ha carattere strettamente personale (c.d. **atti personalissimi**): ciò che il minore non può consentire non possono, in suo nome, consentire neppure i suoi legali rappresentanti. Ne consegue che gli “atti di disposizione” non possono essere qualificati come contratti, né come atti unilaterali nel senso degli artt. 1321 c.c. e 1324 c.c. e nessuna delle norme a questi relative risultano ad essi applicabili (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., p. 178).

**a) Il diritto alla vita** – il diritto alla vita tutela l'interesse dell'essere umano al godimento del fenomeno naturale della propria esistenza ed è garantito al suo titolare mediante sanzioni penali (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., p. 161). Tale diritto è proclamato nella Dichiarazione delle Nazioni Unite (art. 3) e nella Convenzione di Roma (art. 2), mentre non è espressamente menzionato nella Costituzione italiana, la quale ammette la sanzione della pena di morte solo nei casi previsti dalle leggi militari di guerra (art. 27, co. 4, Cost.). Degli aspetti e dei valori più rilevanti della persona, **la vita e l'integrità fisica** sono certamente quelli che rivestono la maggiore importanza anche se il nostro ordinamento preferisce dedicare alcune disposizioni alla personalità dell'individuo e curare gli aspetti anche non me-

ramente biologici della vita, come le condizioni sociali ed economiche, la tutela della salute e la difesa dell'ambiente dall'inquinamento, la tutela del posto di lavoro e l'igiene nell'ambiente di lavoro, e così via (artt. 2, 3, 9, 32, 35 ss. Cost.) (ALPA, RESTA, *Le persone fisiche ed i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006, pp. 78-80).

Uno dei profili più problematici della tutela della vita è rappresentato dall'eutanasia, che deve concettualmente essere distinta dal rispetto della volontà del paziente di non essere sottoposto a trattamenti sanitari (v., infatti, art. 1, 6° co., l. n. 217/2017; tuttavia, la qualificazione della alimentazione e dell'idratazione artificiali come trattamenti sanitari pone delicati problemi di distinzione, quando la loro necessità sorga non per una condizione patologica, ma per una scelta suicidiaria dell'individuo: v. Corte europea dei diritti dell'uomo 14.5.2013, *Gross c. Svizzera*; Corte europea dei diritti dell'uomo 31.3.2009, *Horoz c. Turchia*: in dottrina, sulla nuova legge, v. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 138).

Non sono lecite nel nostro ordinamento le condotte di sanitari (così come di altri familiari) che compiano **interventi eutanasi** vietati dagli artt. 579 c.p. (omicidio del consenziente) e 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio) e dalla deontologia medica (art. 17 Cod. deont. med.).

Parte della dottrina distingue tra **eutanasia attiva** ed **eutanasia passiva**: la prima si verifica qualora un soggetto intervenga attivamente per far sopraggiungere la morte del paziente (es. con la somministrazione di sostanze letali); la seconda, invece, si basa su una condotta omissiva o astensionistica nella quale, di fronte a pazienti in fase terminale, si sospendono intenzionalmente cure essenziali al loro mantenimento in vita (D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodecisione*, cit., p. 140). La materia è stata oggetto, come detto, della l. n. 217/2017, che richiama la l. 15.3.2010 n. 38 (disposizioni per garantire l'accesso alle **cure palliative e alla terapia del dolore**).

Sotto un diverso profilo, si è ritenuto, che, in assenza di prova della sussistenza di uno stato di coscienza della persona nel breve intervallo tra il sinistro e la morte, **la lesione del diritto alla vita non è suscettibile di risarcimento**, neppure sotto il profilo del danno biologico, a favore del soggetto deceduto, essendo inconcepibile l'acquisizione in capo a lui di un diritto che deriva dal fatto stesso della morte, di modo che ai congiunti spetta in questo caso il solo risarcimento conseguente alla lesione della possibilità di godere del rapporto parentale con la persona defunta (Cass. S.U. 22.7.2015 n. 15350; Cass. 28.1.2013 n. 1871; Cass. 20.9.2011 n. 19133). Ancora la volontà di tutelare il diritto alla vita giustifica il riconoscimento del diritto **della madre di partorire anonimamente**. A proposito di quest'ultimo e della possibilità che la madre decida di revocare tale indicazione, la giurisprudenza ha chiarito che, in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza delle C. cost. n. 278/2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte suddetta, idonee ad assicu-

rare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità (Cass. S.U. 25.1.2017 n. 1946. Quanto al profilo dell'**obbligo delle autorità dello Stato di proteggere la vita delle persone**, v. CEDU 2.3.2017, ric. n. 41237/14).

**b) Il diritto alla salute (o integrità psicofisica)** – La salute (o integrità psicofisica) è il bene dell'interesse e sanità dell'organismo umano che esige il rispetto ma anche la cura della persona ed è tutelato dall'art. 32 Cost., che individua nella salute un fondamentale diritto dell'individuo di portata immediatamente precettiva sia per i pubblici poteri che per i privati (in tal senso DOGLIOTTI, *Persone e Famiglia I*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, p. 87) oltre che dagli artt. 2 e 3 Cost., dalla l. 23.12.1978 n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), l'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. 6.9.2005 n. 206 (Codice del consumo, per il quale ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti alla tutela della salute); dal d.l. 13.9.2012 n. 158 (c.d. Decreto Balduzzi) convertito in l., con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 8.11.2012 n. 189 e, infine, dalla cit. l. n. 219 del 2017. Il potere pubblico non può imporre normativamente né eseguire trattamenti che importino violenze o menomazioni psicofisiche a carico degli individui (ne consegue il divieto di ricorrere alla tortura come sanzione penale; le sanzioni penali non possono essere contrarie al senso di umanità (art. 27, co. 3, Cost.)). Il diritto all'integrità psicofisica è tutelata sul piano della responsabilità extracontrattuale, dando luogo al risarcimento del danno biologico (v. *sub* art. 2043 c.c., art. 2059 c.c.) (BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 1, cit., pp. 162-163).

La salute viene intesa **in senso ampio** dalla giurisprudenza e dalla legge (v. Cass. 16.10.2007 n. 21748: la salute ha raggiunto una nuova dimensione non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coincidente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza). Espressione della tutela della salute si rinviene nelle norme per la tutela sociale della **maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza** (l. 22.5.1978 n. 194) che protegge la salute fisica o psichica della donna consentendo l'interruzione della gravidanza (**aborto**) in specifici casi (infatti, è esclusa la possibilità di praticare l'aborto c.d. eugenetico o selettivo, in quanto requisito essenziale del trattamento il pericolo di vita o di integrità della salute psicofisica della donna: Cass. 14.7.2006 n. 16123; conf. Cass. 29.7.2004 n. 14488.); La tutela della salute si esprime anche nella diritto ad un **ambiente salubre** (v., anche i principi contenuti nel d.lgs. 3.4.2006 n. 152), che impone una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844: il giudice deve pertanto effettuare una valutazione concreta e media tra i contrastanti diritti dei proprietari dei fondi oggetto di controversia, tenendo conto delle condizioni dei luoghi, della natura, dell'entità e della causa delle immissioni, delle necessità generali ed assolute, quotidiane e civili, della umana coesistenza e, sussidiariamente, anche della priorità dell'uso (Cass. 9.1.2013 n. 309).

Strettamente correlato alla salute è il principio di **autodecisione**, oggi ribadito dalla l. n. 219/2017, inteso come il diritto di decidere in merito alla propria sorte e ai

trattamenti ai quali sottoporsi (ZATTI, *Manuale di dir. civ.*, Padova, 2009, p. 151). La Cass. ha da tempo ribadito che l'inadempimento da parte del sanitario dell'obbligo di richiedere il **consenso informato al paziente** nei casi previsti costituisce violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione (Cass. S.U. 11.11.2008 n. 26972; Cass. 28.7.2011 n. 16543, Cass. 9.2.2010 n. 2847), che va riconosciuto anche quanto dal rifiuto delle cure consegua il sacrificio del bene della vita (Cass. 15.9.2008 n. 23676; v. Cass. 16.10.2007 n. 21748) giacché la salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva, salvo il dovere di verificare che il rifiuto della cura sia informato, autentico ed attuale). Il fondamento normativo di tale diritto, come detto ribadito di recente dalla l. n. 219 del 2017, si rinviene negli artt. 2, 3 e art. 32, co. 2, Cost., nell'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4.4.1997, ratificata dall'Italia con l. 28.3.2001 n. 145; nell'art. 3 della Carta di Nizza del 7.12.2000 ed ora trasposta, nella l. 21.10.2005 n. 219, art. 3 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati); nella l. 19.2.2004 n. 40, art. 6 (Norme sulla procreazione medicalmente assistita); nella l. 23.12.1978 n. 833, art. 33 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), oltre che dal codice di Deontologia Medica, ma che soprattutto trova fondamento nella dignità di ogni essere umano, che ha trovato consacrazione anche a livello internazionale nell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla biomedicina del 12.1.1998 n. 168. Il consenso informato svolge dunque la **funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona**: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, al punto che deve essere ritenuto un principio fondamentale in tema di tutela della salute (Cass. 28.7.2011 n. 16543). Il consenso informato, la cui formazione presuppone una specifica informazione da parte del sanitario su quanto ne forma oggetto, implica la **piena conoscenza della natura dell'intervento** medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative. **L'informativa** deve essere tanto più **precisa e dettagliata** in relazione ad interventi non necessari (ad es. di chirurgia estetica) ossia non finalizzati al recupero della salute in senso stretto (Cass. 23.5.2001 n. 7027; Cass. 15.1.1997 n. 364; sulla **forma del consenso** v. Cass. 27.11.2012 n. 20984, secondo la quale il consenso del paziente ad un trattamento sanitario deve essere personale, **reale, attuale, effettivo** (per la posizione di minori e incapaci, v. l'art. 3 della l. n. 219/2017) v. anche, in generale, Cass. 4.2.2016 n. 2177).

Il paziente ha sempre diritto di **rifiutare le cure**.

In tale contesto, il **trattamento sanitario obbligatorio (t.s.o.)**, ispirato alla tutela della salute pubblica (art. 32, co. 2, Cost.), costituisce (unitamente ai casi di urgenza) un'**eccezione al principio del consenso informato**. Il t.s.o. può essere disposto solo se vi sono alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere (v. Cass. 29.2.2016 n. 3900, a proposito della pretesa risarcitoria del destinatario di un provvedimento di t.s.o.)

**L'intervento in difetto di richiesta del consenso** è consentito inoltre nell'ipotesi in cui si verifichi, durante la esecuzione di quello già programmato ed assentito, un **fatto nuovo che ponga a repentaglio la vita del paziente** e venga ritenuto **medi-**

**calmente indispensabile** (Cass. 28.7.2011 n. 16543).

**c) Il diritto al sepolcro** – Lo *ius sepulchri*, è il diritto, spettante al titolare di concessione cimiteriale, ad essere **tumulato nel sepolcro**.

Ogni persona fisica può scegliere liberamente le modalità ed il luogo della propria **sepoltura**. La volontà può essere espressa all'interno delle proprie disposizioni testamentarie – la legge infatti consente esplicitamente che tra esse rientrino anche quelle a carattere non patrimoniale (art. 587, co. 2, c.c.) – o, quando manchi la scheda testamentaria, attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti, senza rigore di forma (Cass. 23.5.2006 n. 12143). Qualora con riguardo alla *electio sepulchri* il *de cuius* non abbia designato un determinato destinatario per l'esecuzione del relativo incarico, deve intendersene presuntivamente conferito il mandato al congiunto più prossimo ovvero, cumulativamente, alle stesse persone alle quali la *electio* sia stata confidata e legate al *de cuius* da particolari vincoli di affetto e di amicizia: Cass. 13.3.1990 n. 2034. Le modalità di sepoltura dei cadaveri sono disciplinate dal r.d. 27.7.1934 n. 1265 (T.U. delle leggi sanitarie), e s.m.i. e nel d.P.R. 10.9.1990 n. 285 (regolamento di polizia mortuaria). La pratica funeraria della cremazione, nonché, nel rispetto della volontà del defunto, la dispersione delle ceneri sono consentite ai sensi della l. 30.3.2001 n. 130.

Il diritto al sepolcro ha portata diversa dallo *jus eligendi sepulchrum* e garantisce al concessionario ampi poteri di godimento del bene e si atteggia come un **diritto reale** nei confronti dei terzi. Ciò significa che, nei rapporti interprivati, la protezione della situazione giuridica è piena, assumendo la fisionomia tipica dei **diritti reali assoluti di godimento** ed è suscettibile di **tutela possessoria** (Cons. Stato, Sez. V, 28.10.2015 n. 4943; Cass. 18.1.2008 n. 1009). L'individuazione dell'originaria titolarità del *ius sepulchri* riguarda aspetti che esulano dagli ambiti pubblicistici e concerne unicamente la titolarità di un diritto di matrice civilistica (Cons. Stato 23.6.2016 n. 3796, secondo il quale il diritto al sepolcro è questione di competenza del giudice ordinario).

Ai sensi dell'art. 1, co. 40, l. 20.5.2016 n. 76, ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.

**d) Il diritto all'identità personale** – Il diritto all'identità personale viene definito come il diritto a che **non sia travisata la propria immagine politica, etica o sociale** con l'attribuzione di azioni non compiute dal soggetto o di convinzioni da lui non professate. L'elemento differenziale rispetto al diritto all'**onore** sta nel fatto che il diritto all'identità personale è leso anche se le azioni o le convinzioni attribuite al soggetto non sono di per sé disonorevoli e lesive della sua reputazione (GALGANO, *Tratt. di diritto civile*, vol. I, cit., pp. 191-192). Tale diritto viene espressamente richiamato dalla legge: l. n. 675/1996 poi confluita nel Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003). La giurisprudenza (Cass. 22.6.1985 n. 3769), coerentemente a tale ricostruzione, ha valorizzato l'interesse del soggetto 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 tal sen-