



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67354-30-6

 Libellula

www.deiustitia.it

Rivista n° 2 / Aprile 2018 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica – www.deiustitia.it

Fondata da: Dott. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Dott. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Dott. Andrea Aniello Amendola - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Avv. Francesco Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Dott. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Dott. Carlo Giordano - Dott. Davide Giordano - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

La disciplina dei contratti misti alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici: il global service.
di Antonia Foglia **Pag. 4**

*La preziosità della risorsa idrica.
Regolazione e gestione multilevels del servizio.*
di Adabella Gratani **Pag. 18**

La controversa natura delle federazioni sportive.
di Gabriele Pepe **Pag. 35**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

*Criptovalute e finanza islamica.
L'economia islamica innanzi al mercato globalizzato.*
di Alessandro Palma **Pag. 47**

I vincoli di destinazione e le fondazioni di fatto.
di Annunziata Rapillo **Pag. 61**

*Biotestamento e Biocontratto.
Riflessioni bioetiche e giuridiche sulle DAT, dal d.d.l. Calabrò alla legge 219 del 22 dicembre 2017. Tentativi di conciliazione tra enanching, piena disponibilità di sé e funzione del medico.*
di Edda Napolitano **Pag. 85**

PARTE III – DIRITTO PENALE

La sentenza Taricco bis: un timido passo indietro nel rispetto del principio di legalità.
di Adriana Mercurio

Pag. 130

Cass., S.U., u.p. 22 giugno 2017 (dep. 28 novembre 2017), n. 53683, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli.
di Giada Lieto

Pag. 141

L'agente provocatore tra esigenze politico-criminali e diritti inviolabili.
di Valerio Riello

Pag. 146

PARTE IV – FOCUS

Time Charterparty: characteristics, rights and duties of the charterer and of the shipowner.
di Sergio Napolitano

Pag. 169

La disciplina dei contratti misti alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici: il *global service*.

di Antonia FOGLIA*

SOMMARIO: Premessa. **1.** I contratti misti stipulati dalla Pubblica Amministrazione. **2.** Il contratto di *global service*. **3.** Brevi conclusioni.

Premessa.

La tesi della ravvisabilità in capo alla p.a. di una capacità di diritto privato, assunto pacificamente condiviso in dottrina e giurisprudenza, costituisce, come è noto, l'esito di un lungo e complesso percorso evolutivo di cui il legislatore ha mostrato di aver preso atto con talune (relativamente) recenti modifiche del panorama normativo.

Ad una prima fase, nel cui ambito tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno fermamente e categoricamente negato la possibilità per la p.a. di avvalersi di uno strumentario di diritto privato, ha fatto seguito una tappa evolutiva successiva in cui si sono registrate delle "timide" aperture sul punto. Alle origini del dibattito che, in tale sede, si intende sinteticamente riportare, ha prevalso la tesi sostenuta da quanti ritenevano che l'azione della pubblica amministrazione – quale soggetto gerarchicamente sovraordinato rispetto al privato – potesse essere regolata solo da norme di stampo pubblicistico.

La previsione in capo alla stessa del compito di perseguire e soddisfare l'interesse pubblico nella misura più ampia ed efficiente possibile ha, dunque, implicato il radicarsi, in questa prima fase, della convinzione dell'inaccessibilità da parte del soggetto pubblico agli strumenti previsti e regolati dal codice civile.

Presupponendo, infatti, la ravvisabilità tra gli operatori economici di un rapporto di tipo paritetico, gli stessi erano considerati, per definizione, non utilizzabili da parte di un soggetto che, in virtù della sua posizione di sovraordinazione, poteva incidere in via unilaterale e sacrificativa sulla sfera giuridica dei consociati.

In un secondo momento, in una prospettiva volta a garantire il buon andamento e l'efficienza dell'azione amministrativa, si è ammessa la possibilità per la p.a. di

*Dottoranda in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo" presso l'Università Parthenope di Napoli. Cultore della materia in Istituzioni di diritto romano e diritto commerciale romano presso l'Università Federico II di Napoli ed in diritto romano, storia della codificazione nell'esperienza romana ed europea e in fondamenti romanistici del diritto europeo presso l'Università Europea di Roma

fare ricorso agli strumenti di diritto privato nelle sole ipotesi tassativamente individuate dal legislatore.

L'esito di questo articolato e vivace dibattito protrattosi nel tempo è costituito dalla presa d'atto, da parte del legislatore, degli esiti interpretativi cui la più autorevole dottrina e la giurisprudenza amministrativa sono pervenute¹.

La prima disposizione che, ai fini che in tale sede vengono in considerazione, rileva è quella dell'art. 1 co. 1 bis della legge sul procedimento amministrativo. La stessa, introdotta nel corpo della legge 241/1990 per mezzo delle novità apportate con l. 15/2005, stabilisce che la p.a., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo la legge non disponga diversamente.

Costituisce un'ulteriore dimostrazione dell'acquisizione da parte del legislatore dell'assunto dottrinale e giurisprudenziale secondo cui la p.a. è soggetto che, oltre ad essere munito di una speciale capacità di diritto pubblico, è titolare di una normale capacità di diritto comune la previsione di cui all'art. 21 *sexies* della l. 241 /1990.

La disposizione da ultimo richiamata, contemplando la possibilità per il soggetto pubblico di recedere dai contratti, fa, con ogni evidenza, riferimento ad una fattispecie del tutto diversa tanto dalla revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, quanto dal recesso dagli accordi *ex artt.* 11 e 15 della stessa legge².

1. I contratti misti stipulati dalla Pubblica amministrazione

Il riconoscimento a favore della pubblica amministrazione di una generale capacità di diritto privato, tuttavia, non ha fatto venire meno la necessità di prevedere una serie di garanzie volte ad evitare che l'esercizio della stessa si traduca in un'inammissibile e non tollerabile compromissione di un principio fondante il diritto UE, quale è quello della libera concorrenza³.

¹ Cfr. sul punto P.RESCIGNO, *Appalto, Diritto privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, 1988.

² Cfr. sul punto A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (diretto da G. SANTANIELLO), VII, Padova 1994.

³ L'art. 101 TFUE (ex art.81 T.C.E.) prevede, infatti, che: «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare nei rapporti commerciali con altri concorrenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella

Di qui la previsione della procedura di evidenza pubblica, cioè di quella fase pubblicistica destinata a precedere quella privatistica, inaugurata dalla stipulazione del contratto.

La p.a., infatti, può stipulare solo con il soggetto scelto a seguito dell'espletamento di una procedura di carattere concorrenziale, funzionale a consentire a ciascun operatore economico di far valere le proprie capacità e di ottenere, quindi, l'affidamento della commessa pubblica⁴.

Nel novero dei contratti pubblici rientrano tanto gli appalti quanto le concessioni. Quanto ai primi, l'art. 3, co. 1, lett. *ee*), del nuovo Codice dei contratti pubblici⁵ li definisce come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici ed aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

La qualificazione degli stessi come contratti evoca la necessità di una relazione intersoggettiva tra le parti, con la conseguenza che la relativa configurabilità è esclusa nei casi in cui ricorrano i presupposti per un affidamento *in house*⁶.

concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte di altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: - a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese, - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di imprese, e - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.»

Altrettanto significativo è il disposto dell'art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE) secondo cui: «E' incompatibile con il mercato interno ed è vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere, in particolare: a) nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte di altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.»

⁴ Cfr. sul punto R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino 2004.

⁵ Decreto Legislativo, 18 aprile 2016 n°50, *Codice dei contratti pubblici*.

⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 5 del d. lgs. 50/2016 ricorrono i presupposti per un affidamento *in house* allorché siano soddisfatte, contemporaneamente, le seguenti condizioni: 1. un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 2. oltre l'ottanta per cento dell'attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa

Quanto alle concessioni, invece, le lettere *uu*) e *vv*) del sopra ricordato articolo li definiscono come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto, in virtù dei quali una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e gestione di servizi ad uno o più operatori economici, riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestione dell'opera o del servizio, solo o accompagnato da un prezzo.

Oggi, diversamente da quanto accadeva sotto il vigore della disciplina recata dal "vecchio" codice del 2006, non solo le concessioni di lavori, ma anche quelle di servizi sono soggette alla medesima disciplina dettata in tema di appalti.

In virtù di quanto previsto dagli artt. 164 e ss. del Codice, infatti, si applicano alle concessioni, salva l'ipotesi dei servizi non economici di interesse generale, tutte le norme di cui alla Parte I e II del testo normativo del 2016⁷.

L'elemento che consente di distinguere l'una e l'altra tipologia di fattispecie negoziali, tuttavia, deve essere rintracciato nel diverso tipo di corrispettivo con cui viene remunerato l'operatore economico.

Diversamente da quanto accade nel caso degli appalti, nelle concessioni esso corrisponde in via prioritaria al diritto di gestione dell'opera o del servizio. Proprio questa previsione implica che, per effetto dell'aggiudicazione della concessione, si produce un trasferimento del rischio operativo dalla stazione appaltante al privato. La corresponsione di un prezzo, infatti, è consentita solo allorché la prestazione oggetto della concessione non sia particolarmente remunerativa o il concessionario sia tenuto a praticare una tariffa di favore nei confronti dell'utenza.

Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia⁸, osservando come non si rientri nell'ambito che in tale sede interessa ogni qual volta sia previsto un sistema di compensazione delle perdite patite dal privato mediante ricorso a sovvenzioni pubbliche, venendo in tal caso meno il rischio operativo che caratterizza le concessioni.

Conseguentemente, allora, risulta evidente la ragione per cui si sostiene che, mentre nel caso degli appalti si configura una relazione bilaterale, laddove

affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da un ente aggiudicatore, nonché da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice; 3. nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

⁷ Cfr. sul punto, C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015.

⁸ Si veda tra le tante, Corte di Giustizia UE, 10 novembre 2011, causa C – 348/2010.

sussiste una concessione ricorrono gli estremi di una relazione trilaterale, che coinvolge la p.a., il concessionario e l'utenza⁹.

Tanto premesso in ordine ai caratteri generali delle fattispecie negoziali alla cui stipulazione la p.a. può addivenire nell'esercizio dell'autonomia privata ormai pacificamente riconosciuta in via generale, non può in tale sede omettersi di constatare come tanto l'appalto quanto la concessione siano destinati a sollevare non pochi dubbi interpretativi allorché assumano i connotati di contratti misti¹⁰.

Il problema principale concerne, in particolare, la disciplina applicabile.

Assume sotto questo profilo un'importanza centrale il disposto dell'art. 28 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in forza del quale i contratti o le concessioni che hanno ad oggetto due o più tipi di prestazioni sono aggiudicabili in applicazione delle disposizioni relative al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione.

Il problema dell'individuazione della disciplina applicabile ai c.d. contratti misti, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, veniva affrontato e risolto sulla base del disposto dell'art. 14 del codice del 2006.

Quest'ultima disposizione al co.2, prevedeva, infatti, l'applicazione della disciplina dettata in tema di appalti di lavori pubblici nel caso in cui l'importo dei lavori oggetto del contratto misto fosse stato superiore al cinquanta per cento, salvo il caso in cui gli stessi avessero assunto una connotazione accessoria rispetto all'oggetto principale del contratto, corrispondente a servizi o forniture. La norma da ultimo richiamata, pertanto, individuava nella prevalenza economica e/o funzionale di una prestazione rispetto all'altra il criterio dirimente ai fini dell'individuazione della disciplina in concreto applicabile.

A fronte della sempre più capillare diffusione di siffatte fattispecie contrattuali nella prassi, il legislatore del 2016 ha avvertito l'esigenza di occuparsi della tematica in modo organico.

Nel tentativo di individuare la disciplina destinata a trovare di volta in volta applicazione, tuttavia, non si è discostato in modo significativo dalle scelte compiute con il Codice del 2006.

⁹ Cfr. P. MANTINI, *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e autonomie speciali*, in *Giustamm.it* 2016, 2.

¹⁰ Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016.

Con l'art. 28, comma 1, infatti, sostanzialmente recependo le indicazioni rese dal Consiglio di Stato¹¹, lo stesso legislatore delegato ha disposto che «i contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione».

Il criterio della caratterizzazione dell'oggetto principale del contratto in questione, con ogni evidenza, risulta, al di là della differente denominazione impiegata, sostanzialmente coincidente con quello della prevalenza, cui la norma precedentemente vigente faceva ricorso ai fini della definizione della disciplina in concreto applicabile a contratti il cui oggetto comprenda congiuntamente lavori, servizi e forniture, o, almeno, due di siffatte tipologie di prestazioni.

La precisazione che, tuttavia, ai fini che in tale sede interessano, assume rilievo essenziale, riguarda la circostanza che la "caratterizzazione dell'appalto", come intesa dal nuovo Codice, è strettamente, ma non esclusivamente, correlata al valore economico delle singole prestazioni in esso giustapposte.

In tal senso è, peraltro, significativa la constatazione secondo cui, già sotto il vigore della previgente disciplina, il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori era temperato da quello sostanzialistico della prestazione. Come evidenziato dai giudici del Consiglio di Stato, infatti, il co. 4 dell'art. 14, nel ribadire la necessità di garantire il rispetto e l'attuazione dei principi – di rilievo comunitario – della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti misti, finiva per ribaltare il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori nell'individuazione dell'oggetto del contratto.

Al riguardo i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come «la prevalenza, sul maggiore importo dei lavori rispetto ai servizi, della funzione obiettiva del contratto in relazione alle finalità dell'amministrazione che ha indetto la gara comporta inevitabilmente la svalutazione della rilevanza economica delle prestazioni la cui rigidità, nell'individuazione dell'affidatario, recede nei confronti della considerazione dell'attività che egli è chiamato a svolgere e della sua idoneità ad adempiere agli obblighi convenzionalmente assunti.»¹².

Il criterio del valore economico, in conclusione, ha assunto espressamente ed autonomamente dirimente solo nel caso dei contratti aventi ad oggetto diverse

¹¹ Consiglio di Stato, parere n. 855, reso in data 1° aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo deliberato "in prima lettura" dal Consiglio dei Ministri.

¹² Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765, *Foro amm. CDS* 2007, 5, p. 1515.

tipologie di servizi – e, segnatamente, i servizi “sociali” di cui agli artt. da 142 a 144, giustapposti a servizi di altra natura – e in quello degli appalti misti di servizi e forniture¹³.

Infine, il terzo ed ultimo periodo dell’art. 28 co. 1 del nuovo codice dei contratti pubblici dispone che «l’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto»¹⁴.

Tutto ciò premesso, non vi è chi possa negare che la disposizione di cui all’art. 28 d.lgs. 50/2016 presenta profili di maggiore e più significativa innovatività nei commi successivi al primo, in particolare allorquando introduce il criterio discrezionale dell’oggettiva separabilità o meno delle prestazioni giustapposte nell’appalto.

Sebbene, infatti, ai co. 3 e ss. la disposizione sopra richiamata faccia riferimento alle diverse parti di un contratto, non vi è dubbio che la lettera della stessa debba intendersi come riferita alle diverse prestazioni oggetto del contratto misto.

Il primo problema che la norma pone e che occorre risolvere in via preliminare, al fine di definirne l’ambito di operatività, corrisponde alla necessità di stabilire cosa il legislatore abbia voluto intendere discorrendo di “oggettiva separabilità”. Una volta perimetrato lo spazio applicativo della disposizione in questione, poi, è necessario stabilire quando due o più prestazioni possano dirsi “oggettivamente separabili”¹⁵.

Ad avviso di chi scrive, l’analisi che in tale sede si intende condurre non può prescindere dalla preliminare, nonché essenziale, constatazione che varie sono le ragioni che possono indurre l’ente aggiudicatore alla stipula di un contratto misto, al fine di conseguire da un unico interlocutore contrattuale prestazioni ascrivibili a tipologie differenti.

La prima e più frequente ipotesi – cui, peraltro, sembra conformarsi la stessa disciplina dell’art. 28 – è quella in cui ricorra tra le varie prestazioni una

¹³ Con riferimento a quest’ultima ipotesi la norma dell’art. 28 co. 1 d. lgs. 50/2016 è del tutto coincidente con quella del vecchio art. 14, co. 2, lett. b), d.lgs.163/2006.

¹⁴ Sul punto il Consiglio di Stato ha evidenziato come l’intento del legislatore del 2006 si dovesse rinvenire nella volontà di prevedere una combinazione delle differenti discipline, al fine di applicare ciascuna di esse alla propria corrispondente componente contrattuale. Cfr. Consiglio di Stato, 28 febbraio 2012, n. 1153, *Foro amm. CDS* 2012, 2, p.368.

¹⁵ Cfr. P. COSMAI, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici. Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2016.

connessione funzionale¹⁶; non è escluso, tuttavia, che il ricorso a tale modello contrattuale dipenda dalla necessità di acquisire le stesse in modo coordinato o temporalmente congiunto.

Nel caso in cui non siano oggettivamente separabili, trova applicazione la disciplina ex art. 28 co.9, in forza della quale il regime applicabile si desume avendo riguardo all'oggetto principale del contratto, da determinarsi mediante ricorso al criterio – prima indicato – della prevalenza economica e/o funzionale¹⁷. Se, invece, è dato rinvenire l'oggettiva separabilità, sono destinate a trovare applicazione le disposizioni di cui ai co. 5, 6 e 7.

La norma del co. 5 dell'art. 28 del codice, in particolare, prevedendo che «se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori decidono di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali appalti distinti è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi», impone, in relazione a ciascuna prestazione, l'applicazione del regime giuridico per essa legislativamente stabilito.

Il co.6 della disposizione in esame, invece, nel fare riferimento alla diversa ipotesi in cui il soggetto pubblico opti per la stipula di un contratto misto, enuncia il principio dell'attrazione della disciplina del Codice.

Contemplando l'applicazione della disciplina recata dal nuovo codice dei contratti pubblici «a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette», impone l'operatività della stessa anche rispetto a quelle parti degli appalti misti che, ove autonome, sarebbero aggiudicate e stipulate secondo modalità integralmente privatistiche, con tutte le implicazioni pubblicistiche che da ciò possono derivare.

Infine, ai fini che in tale sede interessano, rileva il disposto dell'art. 28 co. 7 che, prevedendo l'applicazione delle disposizioni codicistiche relative ai settori ordinari ai contratti che contengono elementi di appalti di lavori, servizi, forniture inerenti agli stessi e di concessioni, la subordina alla circostanza che la prima

¹⁶ Vi sono casi in cui la connessione funzionale è tanto intrinsecamente connaturata ad una tipologia contrattuale da implicare la sua riqualificazione in termini di fattispecie tipica. Emblematico, ad esempio, è il caso della fornitura con posa in opera che ha storicamente acquisito – nel settore degli appalti pubblici di lavori – dignità sistematica ed autonoma. Cfr. Corte di Giustizia, III, sent. 29 marzo 2007, un causa n. 111/05, Aktiebolaget NN *contra* Skatteverket.

¹⁷ Cfr. sul punto L. TORCHIA., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, Torino, 2017, p. 2.

delle sopra ricordate parti del contratto abbia un valore – calcolato secondo l’art. 35 – pari o superiore ad alcuna delle soglie di cui alla stessa norma.

In parte diversa è la disciplina dettata dal codice con riferimento al caso del contratto misto afferente ai settori speciali¹⁸.

Il comma 10 della norma dell’art. 28, facendo riferimento all’ipotesi in cui l’ente aggiudicatore si induca all’aggiudicazione /stipulazione di contratti distinti aventi ad oggetto parti distinte, prevede la sottoposizione di ciascuno di essi a regimi giuridici differenti, determinati in ragione delle caratteristiche delle prestazioni che ne formano l’oggetto.

Con riguardo alla diversa ipotesi in cui, invece, lo stesso opti per l’aggiudicazione/stipulazione di un contratto misto unitario, il co. 11 enuncia la regola della funzionalizzazione.

Prevedendo, in particolare, che al contratto misto avente ad oggetto prestazioni inerenti a differenti settori speciali «si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui è destinato», implica l’esigenza di ravvisare lo scopo ultimo del contratto unitariamente considerato.

Profili di maggiore problematicità sono quelli ravvisabili nell’ipotesi in cui oggetto di un unico contratto siano prestazioni afferenti a settori ordinari, speciali e a concessioni.

In forza del disposto del co. 12, nel caso in cui concorrano a formare l’oggetto del contratto prestazioni inerenti tanto a settori ordinari quanto a settori speciali, lo stesso è destinato a soggiacere al regime giuridico contemplato con riferimento alle prime.

Nella diversa ipotesi in cui, invece, l’oggetto del negozio sia riconducibile, *in parte qua*, alla disciplina dettata con riferimento ai settori speciali e, *in parte qua*, a quella enunciata con riguardo alle concessioni, la norma in esame accorda preferenza alla prima¹⁹.

Infine, la lett. c) dell’art. 12 accorda prevalenza alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 nel caso in cui l’oggetto del contratto sia in parte riconducibile ai settori speciali e, in parte, ad una differente normativa.²⁰

¹⁸ Per tali intendendosi quelli indicati dall’ art. 115 all’art. 121 del nuovo Codice.

¹⁹ Cfr. sul punto F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma 2017.

²⁰ La logica, con ogni evidenza, è quella di garantire nella misura più ampia possibile il rispetto delle regole della concorrenza. Ciò significa che, in via preferenziale, occorre dare attuazione alla disciplina recata dal Codice e, in particolare, alla parte della normativa del 2016 che si occupa dei settori ordinari.

2. Il contratto di *global service*.

Tra i contratti misti ha assunto negli ultimi anni un ruolo di primo piano il contratto di *global service*.

L'espressione, di derivazione anglosassone, individua un servizio fornito con responsabilità di risultato; non avrebbe, dunque, il significato di insieme o di globalità di servizi che, pur essendogli correntemente assegnato in Italia, sarebbe più propriamente riferibile al *facility management*²¹.

A fronte dell'esiguità dei riferimenti normativi, la ricostruzione della disciplina della fattispecie ha richiesto un significativo impegno ermeneutico.

In tal senso ha costituito un'utile base di partenza il disposto della norma UNI 10682/1998, secondo cui il contratto in questione «comprende una pluralità di servizi sostitutivi delle normali attività di manutenzione, con piena responsabilità dei risultati da parte dell'assuntore».

All'esame di siffatta disciplina si è affiancato, tuttavia, quello della norma UNI 104/16²².

Quest'ultima, pur non facendo riferimento all'assunzione di una globalità di servizi da assicurare in modo completo e coordinato, è quanto mai rilevante – ai fini che in tal sede interessano – in quanto concepisce l'impegno dell'assuntore in una prospettiva diversa e più ampia rispetto a quella in cui opera un appaltatore tradizionale.

La norma, infatti, prevedendo che «egli deve eseguire i lavori sotto la propria ed esclusiva responsabilità, assumendone tutte le conseguenze nei confronti del committente e dei terzi», impone un obbligo di risultato circa la corretta esecuzione delle prestazioni.

Queste ultime, peraltro, non hanno per oggetto la mera erogazione di quanto tecnicamente necessario ai fini del «mantenimento di uno stato di efficienza di un prodotto o bene d'uso» o di «riportare un prodotto o bene d'uso da uno stato di inefficienza o indefinito ad uno stato di efficienza definito» o della «riparazione di un prodotto o bene d'uso guasto», ma sono comprensive della messa a

²¹ Per tale intendendosi – secondo la norma e la definizione ufficiale europea: EN 15221 – la scienza aziendale inerente alla gestione di edifici e loro impianti, ma anche i servizi di pulizia, ristorazione aziendale, portineria, giardinaggio ecc..

²² Cui la disposizione precedente, con ogni evidenza, si ispira, per di più richiamandola espressamente.

disposizione di «una organizzazione tecnico – amministrativa tale da soddisfare le esigenze contrattuali».²³

I riferimenti normativi fin qui indicati, seppure scarni, rendono, allora, evidente che quello in esame è un contratto complesso, risultante dalla combinazione e coesistenza di elementi propri di più negozi giuridici, che perdono la propria individualità e consentono la realizzazione di un risultato ulteriore e diverso, corrispondente alla gestione efficiente di un bene o di un'attività propria del committente.

La circostanza che la manutenzione non costituisca oggetto di una fattispecie contrattuale tipica, peraltro, non toglie che la relativa disciplina possa essere ricostruita mediante combinazione di elementi propri di diversi modelli contrattuali²⁴.

Tradizionalmente si ritiene che la disciplina del contratto di *global service* sia la risultante della combinazione di elementi propri del contratto di appalto, vendita, somministrazione e locazione.

La manutenzione di un immobile è, dunque, in primo luogo, un appalto: il proprietario, il titolare del diritto reale o personale di godimento o, più in generale, chiunque abbia un potere di disposizione del bene, affida ad un terzo – che assume, con organizzazione dei mezzi necessari e a proprio rischio, la gestione – il compito di porre in essere tutte le attività necessarie a garantire funzionalità ed efficienza del bene stesso, dietro pagamento di un corrispettivo. Su questo schema contrattuale, tuttavia, si innestano elementi propri degli schemi negoziali sopra richiamati; di regola, infatti, il soggetto chiamato a porre in essere l'attività di manutenzione, non può limitarsi alla prestazione dell'opera o del servizio, dovendo provvedere anche alla fornitura di beni e prodotti o alla loro vendita o cessione in affitto, al fine di assicurare la relativa conservazione funzionale.

Il contratto in esame, nato in ambito privatistico quale fattispecie idonea a consentire l'affidamento di tutte le prestazioni di manutenzione e gestione inerenti ad un certo patrimonio immobiliare ad un unico soggetto, a partire dagli

²³ Di indubbia significatività, rispetto a tale completa assunzione di compiti e responsabilità, è anche la previsione secondo cui «l'assuntore deve provvedere a propria cura e spese alla direzione dei lavori nominando un tecnico avente le competenze specifiche...», di cui all'art. 12.12.

²⁴ In forza del disposto dell'art. 1322 c.c., come noto, non è preclusa ai privati la possibilità di addivenire alla stipula di un contratto che non sia riconducibile ad alcuno dei tipi oggetto di un'espressa previsione da parte del legislatore, ferma restando la necessità che, per mezzo dello stesso, siano perseguiti «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Anni '90 del secolo scorso ha conosciuto una notevole diffusione anche nel settore pubblicitario.

Il recepimento della tipologia contrattuale in parola da parte della p.a., con ogni probabilità, è stato determinato dalla tendenza, progressivamente manifestata dal soggetto pubblico, ad abbandonare la logica dell'emergenza per abbracciare quella della valutazione preventiva degli interventi manutentivi.

In una prospettiva di razionalizzazione di questi ultimi e dei relativi costi, pertanto, deve essere ricercata la predilezione per una gestione programmata della manutenzione del patrimonio immobiliare pubblico, oltre che per verifiche programmate e pianificate, piuttosto che per interventi "a guasto".

Attraverso il contratto di *global service*, infatti, il committente affida per un periodo predefinito la manutenzione di un bene ad un terzo, denominato assuntore, sul quale grava l'obbligo di mantenere il bene nello stato di conservazione richiesto, oltre che di provvedere all'espletamento del servizio ad esso correlato. Tale modello contrattuale, quindi, consente alla p.a. un'esternalizzazione di alcuni dei suoi compiti istituzionali, con conseguente devoluzione del relativo svolgimento ad un soggetto terzo.

Sebbene, infatti, un contratto di *global service* sia caratterizzato, principalmente, dallo svolgimento di attività manutentive²⁵, accanto a queste, spesso, coesistono prestazioni di differente natura, quali, ad esempio, la predisposizione di report statistici di tipo tanto operativo quanto amministrativo; la gestione di banche dati su supporto informatico ed il monitoraggio costante dello stato fisico e prestazionale degli immobili gestiti.

I settori cui, più di frequente, si fa ricorso a siffatto modello contrattuale, inoltre, sono quelli:

²⁵ Allorquando si ha riguardo alle attività di manutenzione, si suole distinguere tra manutenzione riparativa non programmabile, manutenzione programmata (o preventiva) e manutenzione su richiesta.

Allorquando si ha riguardo alla prima, si fa riferimento al complesso delle attività che si rendono necessarie a fronte di anomalie idonee ad alterare il ciclo economico del bene e la conservazione del complesso delle condizioni di partenza. Si tratta, in conclusione, di interventi volti a fronteggiare situazioni di emergenza e a garantire la continuità del servizio.

La seconda tipologia di manutenzione cui sopra si è fatto riferimento comprende, invece, l'insieme delle attività volte a garantire la conservazione ed il prolungamento delle funzionalità del bene, mediante ricorso ad una pluralità di interventi e metodologie idonee a prevenire l'insorgenza di anomalie.

Infine, discorrendosi di manutenzione su richiesta, si allude ad interventi non costituenti oggetto di una specifica pattuizione, richiesti dal committente durante lo svolgimento del rapporto contrattuale.

della pubblica illuminazione²⁶;del patrimonio immobiliare;²⁷del verde pubblico²⁸ e del calore²⁹.

La cospicuità ed eterogeneità delle prestazioni oggetto del contratto, da un lato, e l'assunzione di un obbligo di risultato da parte del c.d. assuntore, dall'altro, sono due tra i caratteri distintivi fondamentali di questa innovativa figura che, al pari di ogni altra forma di *outsourcing* di funzioni aziendali, è nata con l'intento di sollevare un soggetto – sia esso pubblico o privato – da compiti ed attività che, quantunque essenziali ai fini della "sopravvivenza", esulano dal *core business*.

Il contratto di *global service*, conseguentemente, rileva quale strumento idoneo a consentire il recupero e la valorizzazione di risorse materiali ed umane.

Per effetto, infatti, dell'affidamento a soggetti terzi di compiti inerenti al servizio di *reception*, di portineria, alla gestione del verde, del sistema calore ecc. il committente può impiegare le proprie forze per lo svolgimento, in via esclusiva, dei suoi veri compiti istituzionali, con tutti i vantaggi che ciò comporta in termini di efficienza e di economie di scala.

Non vi è, tuttavia, chi possa negare, che le utilità ritraibili dalla fattispecie contrattuale in parola sono tanto più evidenti quanto più stretto e stabile è il rapporto che, mezzo della stessa, si instaura tra affidante ed assuntore. A tal proposito è senz'altro significativo osservare che le più sofisticate e riuscite forme di *global service*, non a caso, si sono ottenute proprio mediante ricorso a soluzioni caratterizzate da stabilità ed interconnessione, tra cui possono essere annoverate, a titolo esemplificativo, strutture consortili, compagini societarie a composizione mista o figure autonome comunque derivanti da precedenti fenomeni di *spin - off*³⁰.

La necessità dell'assunzione, da parte del committente, di un ruolo "forte", particolarmente incisivo sull'attività *dell'outsourcer*, diventa quanto mai evidente

²⁶ Si pensi all'ipotesi della fornitura di energia elettrica e a quella della manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti.

²⁷ Generalmente sono ricomprese le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria, oltre che quella degli impianti, i servizi di pulizia e quelli di vigilanza.

²⁸ Settore, questo, comprensivo di attività inerenti alla pavimentazione, ai rifacimenti delle aree verdi, alle pulizie e allo stralcio d'erba.

²⁹ Al fine di assicurare la conduzione di impianti di riscaldamento, condizionamento, la fornitura di combustibile, gas ed energia elettrica.

³⁰ Si pensi all'ipotesi delle imprese Kodak, Digital; in Italia si cita l'esperienza del gruppo Finsiel, costituito da società verticali che operano sinergicamente con società specialistiche di natura orizzontale, tra cui la Netsiel, che fornisce al gruppo capacità e tecnologie produttive.

nel caso in cui la stabilità cui sopra si faceva riferimento non sia ravvisabile nel caso concreto.

3. Brevi conclusioni.

La fortuna della figura contrattuale in tale sede considerata, tuttavia, è stata determinata, con ogni probabilità, dalla circostanza che per "forza" non si deve intendere quell'ingerenza che è propria dell'appalto civilistico.

È, infatti, indiscutibile che l'autonomia dell'assuntore sia alla base dell'obbligazione dallo stesso assunta; essendo questi chiamato a realizzare quel vantaggio corrispondente alla non dispersione di energie utili ai fini dell'attuazione della "missione" istituzionale dell'ente affidante, deve senz'altro riconoscersi allo stesso la possibilità di operare le scelte organizzativo – funzionali che reputa più idonee rispetto alla realizzazione di un certo obiettivo.

Ciò non esclude, ovviamente, la necessità della presenza dell'*outsourcer*, questi, infatti, oltre a dover provvedere all'adempimento di una serie di obblighi su di lui gravanti³¹, deve porsi in una condizione che gli consenta un'efficace rappresentazione delle esigenze che hanno dato origine all'affidamento, l'indicazione di strategie e l'intervento in caso di impreviste criticità.

Perché ciò sia possibile, ad avviso di chi scrive, è quanto mai indispensabile che "l'interfaccia" sia munito, da parte del vertice aziendale, di quei poteri formali e sostanziali che consentano di indirizzare le prestazioni rese dall'*outsourcer* in modo efficiente e coordinato rispetto al raggiungimento degli obiettivi aziendali prefissati.

³¹ Si pensi, ad esempio, ai compiti in materia di sicurezza del cantiere, ma anche a quelli previdenziali, assistenziali ed assicurativi.

La preziosità della risorsa idrica. Regolazione e gestione *multilevels* del servizio.

di Adabella GRATANI*

SOMMARIO: **1.** Premessa. Il diritto all'acqua. L'acclamazione in sede internazionale. **2.** La regolazione del servizio idrico. **3.** La gestione affidataria del servizio. **4.** La nuova Autorità indipendente del servizio idrico. **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa. Il diritto all'acqua. L'acclamazione in sede internazionale.

L'esigenza di avocare e riconoscere un diritto nasce proprio quando si cerca di porre un limite a quell'esercizio.

È alquanto peculiare e caratteristico, che data la vastità¹ della risorsa idrica sul pianeta, anzi la considerazione scientifica che circa 3,5 miliardi di anni fa, vi fosse solo acqua, che il nostro pianeta fu appellato col nome "Terra". È altrettanto strabiliante che, nonostante oggi le acque occupino quasi il 71 % della superficie totale, ovvero i due/terzi (circa 360 milioni di chilometri quadrati) dell'intera superficie (510 milioni di chilometri quadrati) si inizi a parlare del diritto alla risorsa idrica e che debbano essere avvocati costantemente i principi fondamentali dedicati all'accessibilità di tale bene vitale.

Fin dai tempi dei Romani che portarono l'acqua ogni dove, attraverso i loro acquedotti, è stato chiaro che un sistema idrico, affinché sia efficiente², deve saper garantire il pieno riconoscimento del "diritto all'acqua"³ ed ai servizi ad esso connessi.

Nel contesto internazionale, le prime attenzioni verso il riconoscimento del *diritto all'acqua*, come diritto fondamentale, si affermano con la prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua, tenutasi in Argentina nel marzo 1977, in cui è approvato il "*Mar del Plata Action Plan*"⁴, ove si ha la "*presa di coscienza su scala globale*"⁵

* Avvocato del foro di Milano.

¹ A.PICCOLOMINI, *Della grandezza della terra et dell'acqua. Trattato di Alessandro Piccolomini, nuovamente mandato in luce*, in Venetia, appresso Giordano Ziletti, 1561, in www.libriantichionline.com/cinquecento/alessandro_piccolomini_grandezza_terra_acqua_1561

² A.BAHRI, *Integrated Urban Water Management*, in Global Water Partnership Technical Committee (T.E.C.), 2012, n. 16, «*Urban water management is now on the verge of a revolution in response to rapidly escalating urban demands for water as well as the need to make urban water systems more resilient to climate change*».

³ F. GUELLA, *Le acque pubbliche tra "bene comune" e tutela della concorrenza: limiti e spazi per l'autonomia speciale nella disciplina del servizio idrico integrato*, *Federalismi*, 15/2017.

⁴ *Report* inserito nella Resolution adopted by the General Assembly n. 32/158, 107th plenary meeting, 19 dicembre 1977, www.unric.org.

⁵ C. RICCI, *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, 2012, p. 112.

della limitatezza della risorsa idrica, e che ogni soggetto, indipendentemente da qualsivoglia condizione socio-economica, ha il diritto di accedere all'acqua potabile in qualità e in quantità corrispondenti ai propri bisogni⁶.

Principi ripresi anche nel "*The Dublin Statement on Water and Sustainable Development*"⁷, redatto in occasione della Conferenza Internazionale delle Nazioni Unite su *Acqua e Ambiente* all'inizio del 1992, allorché la risorsa idrica è additata di essere una merce con un valore economico: «*Water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good*»⁸, tanto da differenziarla dagli altri beni economici in quanto "*essential to sustain life, development and the environment*"⁹.

La particolare attenzione alla problematicità di assicurare l'accessibilità della risorsa, ha portato, le Nazioni Unite alla fissazione, nel 2000, dei "*Millennium Development Goals*"¹⁰, in particolare all'obiettivo di dimezzare "*the proportion of people who are unable to reach or to afford safe drinking water*" entro il 2015, ad elevare il diritto all'acqua potabile e ai servizi igienici a "*diritto umano essenziale*" nel 2010, per il pieno godimento della vita e di tutti i diritti umani. Principi ribaditi nel 2015 con la successiva "*2030 Agenda for Sustainable*

⁶ Resolutions cit. "*II. Community water supply*", Considering a), p. 63: «*All peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs*».

⁷ Conferenza Internazionale O.N.U. sull'Acqua e sull'Ambiente, tenutasi a Dublino, in Irlanda il 31 gennaio 1992, che diede origine alla Dichiarazione di Dublino, in <http://un-documents.net/h20-dub.htm>.

⁸ Vd. Dichiarazione di Dublino, cit. Principle No. 4 secondo cui: «*it is vital to recognize first the basic right of all human beings to have access to clean water and sanitation at an affordable price. Past failure to recognize the economic value of water has led to wasteful and environmentally damaging uses of the resource. Managing water as an economic good is an important way of achieving efficient and equitable use, and of encouraging conservation and protection of water resources*», www.un.org.

⁹ Vd. Dichiarazione di Dublino cit., Principle No. 1 "*Fresh water is a finite and vulnerable resource, essential to sustain life, development and the environment*", www.un.org.

¹⁰ Resolution "*United Nations Millennium Declaration*" adopted by the General Assembly n. 55/2, 8th plenary meeting, l' 8 settembre 2000, www.unric.org. Vd anche Resolution adopted by the General Assembly n. 64/292, 108th plenary meeting, 28 luglio 2010, che ricorda tutte le precedenti risoluzioni e i principi statuti dal Human Rights Council.

*Development*¹¹ puntando entro il 2030, al raggiungimento di un accesso equo e di qualità dell'acqua¹² e dei servizi igienico-sanitari¹³.

Tutte le statuizioni, affermatesi in ambito internazionale, esplicano la presa di posizione dell'Assemblea delle Nazioni Unite e hanno la funzione di "guidare l'azione degli Stati"¹⁴. Va, dunque, ribadito come tali deliberazioni rappresentino il punto di partenza del processo di formazione – che recepisce le diverse sensibilità maturate a livello internazionale – per la produzione di altre norme. Benché gli atti dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite non siano giuridicamente vincolanti per gli Stati, anche se assunti in maniera solenne e all'unanimità, la caratteristica che la sede delineata è "un foro politico di negoziazione e di dibattito sui grandi temi (politici, giuridici, economici, ecc.) delle relazioni internazionali non fa, dal punto di vista giuridico, dell'A.G. [Assemblea Generale delle Nazioni Unite] una sorta di «Parlamento», di legislatore mondiale, mancando a monte quella struttura istituzionale-pubblicistica che, a livello internazionale, è la condizione assolutamente necessaria affinché una simile trasformazione socio-giuridica si possa verificare", tuttavia le esortazioni ivi contenute possono, ben rappresentare una "base per una nuova norma consuetudinaria"¹⁵.

Oltre alle petizioni, l'esercizio del "diritto all'acqua", richiede una serie di prestazioni e una complessa rete di infrastrutture adibite a serbatoi di accumulo,

¹¹ World leaders adopt Sustainable Development Goals, Resolution adopted 2030 Agenda for Sustainable Development by the General Assembly n. 70/1, 4th plenary meeting, 25-27 settembre 2015, pubblicato Distr.: General 21 October 2015 in www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1, "The Goals and targets will stimulate action over the next 15 years in areas of critical importance for humanity and the planet".

¹² Vd anche la Risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 9 settembre 2016 a sostegno dell'attuazione dello sviluppo sostenibile obiettivo 14: conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine per lo sviluppo sostenibile. L'Assemblea generale, ricordando la risoluzione 70/226 del 22 dicembre 2015 nella sua interezza, e la sua decisione di convocare la conferenza di alto livello delle Nazioni Unite per sostenere l'attuazione di sviluppo sostenibile obiettivo 14, riconosce le sinergie tra l'agenda del 2030 per lo sviluppo sostenibile, e l'agenda d'azione di Addis Abeba del terzo Conferenza internazionale sul finanziamento allo sviluppo, l'accordo di Parigi adottato nell'ambito della convenzione quadro delle Nazioni Unite sul clima e il quadro di Sendai per la riduzione del rischio di catastrofe 2015 – 2030.

¹³ "By 2030, achieve universal and equitable access to safe and affordable drinking water for all. By 2030, achieve access to adequate and equitable sanitation and hygiene for all and end open defecation, paying special attention to the needs of women and girls and those in vulnerable situations", in www.undp.org.

¹⁴ V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, 2009, pp. 6 e ss.. Principio derivante dal riconoscimento delle Risoluzioni delle Nazioni Unite come strumento per la "sistemazione dei principi generali di diritto" o per il consolidamento di consuetudini internazionali, secondo C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, p. 264.

¹⁵ C. ZANGHÌ, *Op. cit.* A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 144.

acquedotti, potabilizzatori, reti di distribuzione, fognature e depuratori per rendere la risorsa disponibile.

Ciò rappresenta la gestione del servizio idrico, tanto da essere definito come "integrato" perché ricomprende non solo l'approvvigionamento, ma anche la reintroduzione nel processo dell'acqua utilizzata¹⁶.

2. La regolazione del servizio idrico.

Valutata l'estensione della risorsa idrica su tutto il pianeta, sopra e sottosuolo, la sua regolamentazione non è più, da anni, materia di competenza del singolo Paese, ma deve ubbidire ai principi internazionali ed europei. Il Considerando 1 della Direttiva quadro n. 2000/60/CE¹⁷, sottolinea il medesimo principio assunto in sede O.N.U. che indica "L'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale". La fornitura idrica è individuata come un "servizio d'interesse generale"¹⁸, da gestirsi in maniera "sostenibile"¹⁹, tale da giungere a chiunque, quale servizio pubblico locale²⁰, con rilevanza economica²¹.

¹⁶ A. BONANNI *et al.*, *Riorganizzazione e gestione del servizio idrico integrato*, Milano, 2003, p. 13, «Si sviluppa perciò un nuovo concetto: non si parla più soltanto del servizio di approvvigionamento (acquedotto), ma si deve obbligatoriamente considerare la reintroduzione nel processo dell'acqua usata, pena la crescente degradazione dell'ambiente; di qui l'unicità del Servizio Idrico Integrato (S.I.I.) che comprende anche le fognature e la depurazione, per concentrare responsabilità e capacità di pianificazione e programmazione».

¹⁷ Direttiva quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, la n. 2000/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000, in G.U.UE n. 327 del 22 dicembre 2000.

¹⁸ Vd. Considerando 15 della Direttiva n. 2000/60/CE, *cit.*. Vedere anche Considerando 16 «È necessario integrare maggiormente la protezione e la gestione sostenibile delle acque in altre politiche comunitarie come la politica energetica, dei trasporti, la politica agricola, la politica della pesca, la politica regionale e in materia di turismo. La presente direttiva dovrebbe rappresentare la base per un dialogo continuo e per lo sviluppo di strategie tese ad ottenere una maggiore integrazione tra le varie politiche. La presente direttiva può altresì apportare un contributo decisivo in altri settori della cooperazione tra Stati membri, tra l'altro la «Prospettiva per lo sviluppo territoriale europeo»...».

¹⁹ Art. 1, par. I, lett. b) della Direttiva n. 2000/60/CE, *cit.*, lo scopo è istituire un quadro per la protezione idrica che, tra le altre accortezze, "agevoli un utilizzo idrico sostenibile fondato sulla protezione a lungo termine delle risorse idriche disponibili".

²⁰ Sono servizi pubblici locali quelle attività economiche caratterizzate dalla diretta e immediata soddisfazione di un "bisogno primario della collettività locale" (espressione di R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, pp. 149 e ss.), erogate a prezzi sostenibili secondo determinati modelli qualitativi.

²¹ Il servizio idrico integrato è un servizio pubblico ascrivibile alla categoria, di origine comunitaria, dei servizi locali a rete di carattere economico. L'attività deve essere svolta con metodo economico: essa, pertanto, deve essere finalizzata alla copertura dei costi mediante i ricavi di qualsiasi natura, ivi compresi i finanziamenti pubblici (si veda, Corta Costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325). La giurisprudenza, sia interna che della Corte di Giustizia UE, ha ricondotto la rilevanza economica di un servizio pubblico all'esercizio di un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi, assunti dall'Amministrazione come necessari, in quanto diretti a realizzare anche fini sociali, nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari

La direttiva citata fa propri gli assunti e le linee guida della Commissione risalenti al 1996, per pervenire, negli Stati membri, ad una *“politica comunitaria integrata in materia di acque”*²². Recepita dal c.d. *“Codice dell’ambiente”*²³, essa risulta²⁴ ancora oggi una regolamentazione *“frammentata e disomogenea”*²⁵, definita come una gestione amministrativa d’insieme della captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, che *“deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. Le presenti disposizioni si applicano anche agli usi industriali delle acque gestite nell’ambito del servizio idrico integrato”*²⁶.

Il principio ispiratore di derivazione europea, è l’utilizzo della risorsa secondo i criteri di solidarietà, salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future, nonché favorendo il rinnovo delle risorse senza pregiudicare il patrimonio ambientale²⁷.

La gestione della risorsa idrica è strettamente connessa, nel contesto europeo, alla libera circolazione delle merci, alle politiche ambientale, agricola, allo sviluppo tecnologico e alla tutela della concorrenza. Sono sufficienti, quanto ai profili interni di cui all’art. 117 Cost., le avocazioni del settore ambientale e della libera concorrenza, per attirare la regolamentazione della risorsa idrica

condizioni, su un determinato mercato, anche potenziale (si vedano, al riguardo, Corte di Giustizia UE, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01 e C-354/01, AOK Bundesverband; Corte di Giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV.

²² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo di politica comunitaria in materia di acque del 1996 in COM/1996/59/FINAL, Bruxelles, 21 febbraio 1996. Considerando 9 Direttiva n. 2000/60/CE

²³ D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (G.U.RI n. 88 del 14 aprile 2006).

²⁴ Cfr. l’art. 141, comma I, prevede: *«Oggetto delle disposizioni contenute nella presente sezione è la disciplina della gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato per i profili che concernono la tutela dell’ambiente e della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni del servizio idrico integrato e delle relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane»*.

²⁵ F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l’evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi*, 8/2016. L’A. assume che la frammentarietà è dovuta al *“Il servizio idrico è stato interessato da una evoluzione legislativa caratterizzata dall’alternanza di lunghi periodi di stasi e di brevi periodi in cui si sono concentrati repentini e confusi mutamenti normativi”*. Vd. anche *Indagine sulla gestione del servizio idrico integrato in Lombardia. Assetto organizzativo e analisi dei principali indicatori economico-finanziari* di Finlombarda S.p.A., Luglio 2012, in cui si legge che: *“La normativa italiana in materia di servizio idrico integrato si presenta molto articolata e incerta”*.

²⁶ cfr. l’art. 141, comma II D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

²⁷ cfr. l’art. 141, comma II e III D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

nell'ambito della esclusiva competenza statale²⁸, con compiti²⁹ centrali esercitati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Alle Regioni spettano le competenze quanto alla gestione del territorio e spettano agli enti locali attraverso il c.d. "ente di governo dell'ambito" ("E.G.A."; art. 142, comma III Cod. Amb.) le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, quanto alla scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe e di affidamento del servizio e del relativo controllo. Tale ultimo organismo è costituito da tutti i Comuni rientranti nell'Ambito Territoriale Ottimale ("A.T.O.")³⁰, ed è adibito alla gestione integrata delle risorse idriche sull'intero territorio, con il compito di tutelare i beni demaniali relativi alla gestione idrica (art. 143, comma II Cod. Amb.)³¹.

Compito dell'ente di governo è la redazione (o aggiornamento) del c.d. "piano d'ambito" (art. 149) quale strumento essenziale³² per procedere all'affidamento del servizio idrico integrato e che permette di pianificare³³, sulla scorta degli accertamenti sullo stato di fatto (art. 149, comma I, lett. a Cod. Amb.), gli

²⁸ Sul punto, cfr. Corte Cost., n. 50 del 28 marzo 2013 (G.U.R.I n. 14 del 3 aprile 2013): «*La giurisprudenza costituzionale è inoltre univoca nel ritenere che la disciplina normativa di tale servizio ricade nelle materie della «tutela della concorrenza» e della «tutela dell'ambiente», entrambe di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Di conseguenza, la potestà legislativa regionale deve contenersi nei limiti, negativi e positivi, tracciati dalla legislazione statale*». Idem Corte costituzionale n. 128 del 13 aprile 2011 ove assume la disciplina delle Autorità di ambito rientra nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente, di competenza esclusiva dello Stato, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità delle Regioni nell'organizzazione del servizio, scegliendo i moduli organizzativi che meglio ne garantiscano l'efficienza.

²⁹ La Corte costituzionale ha ricondotto alla materia concorrenza e ambiente, esclusiva e trasversale, tanto la regolamentazione della tariffa del servizio idrico integrato (Corte Costituzionale sentenze nn. 67/2013, 142/2010, 29/2010, 246/2009), quanto le regole sull'affidamento al soggetto gestore del servizio stesso e – a monte – le modalità ammissibili per la sua gestione pubblica o privata. (Corte Costituzionale sentenze nn. 117/2015, 32/2015, 228/2013, 62/2012, 187/2011, 128/2011, 325/2010).

³⁰ Cfr. l'art. 147, comma I, gli enti locali devono parteciparvi obbligatoriamente: in caso di mancata adesione, il Presidente della Regione, previa diffida, esercita i poteri sostitutivi (comma I *bis*). Previsione inserita dal c.d. Decreto Sblocca Italia, D.L. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 (G.U.R.I n. 262 dell'11 novembre 2014). Le Regioni possono modificarne le delimitazioni ove tale modifica si renda ottimale per il miglioramento della gestione del servizio idrico integrato, assicurando comunque "lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità" (comma II).

³¹ Per l'elenco degli Ambiti Territoriali Ottimali e dei relativi Enti di governo dell'ambito www.acqua.gov.it.

³² L. TRAMONTANO, F. CAPPILLI, *Art. 149 Piano d'ambito*, in *Codice dell'ambiente spiegato. Il Testo Unico Ambientale commentato con la dottrina*, Piacenza, 2012, p. 158 e ss.

³³ A. CAPPELLI, L. FRANCHINI, *Il piano di ambito: una nuova concezione nell'impianto normativo del decreto ambientale*, in AA.VV., *Lo stato dell'acqua: Manuale operativo per la regolazione del servizio idrico integrato*, Milano, 2017, pp. 102 e ss. «*Dalla lettura approfondita delle norme emerge appieno la volontà del legislatore di individuare il Piano d'Ambito come l'atto formale di programmazione di lungo termine della riorganizzazione del Servizio Idrico Integrato, nell'ambito territoriale ottimale cui si riferisce*».

obiettivi qualitativi e quantitativi dei servizi stessi. Per individuare le finalità cui mira il piano, è necessario che, oltre alla ricognizione degli elementi fattuali, preveda un programma degli interventi che individui le infrastrutture, le manutenzioni straordinarie e i tempi di realizzazione, nonché un piano economico finanziario al quale va allegato anche un modello gestionale e organizzativo. In base al contenuto, ciascun ente di governo dell'ambito procede a deliberare la forma di gestione per l'affidamento del servizio – nel pieno rispetto delle previsioni in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali di stampo europeo (art. 149-*bis*, comma I Cod. Amb.) – il quale verrà regolamentato in base ad apposite convenzioni predisposte dall'ente stesso, previa adozione dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (art. 151 Cod. Amb.).

Durante la gestione del servizio, l'ente di governo ha potere di controllo e di sostituzione qualora vi siano inadempienze da parte del gestore stesso, il quale si vede assegnata una concessione d'uso a titolo gratuito delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali (artt. 152 e 153 Cod. Amb.). Qualora l'ente di governo dell'ambito non intervenga, o comunque ritardi il proprio intervento, incombe alla Regione, previa diffida e sentita l'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, esercitare i necessari poteri sostitutivi, mediante nomina di un commissario ad acta (art. 152 Cod. Amb.).

Il quadro delineato si caratterizza per un protagonismo dell'ente di governo d'ambito, quale titolare dei compiti di programmazione e di gestione vera e propria del servizio tramite l'affidamento al terzo gestore, e delle Regioni quali sentinelle con un dovere di vigilanza sulle attività degli stessi enti di governo d'ambito³⁴.

3. La gestione affidataria del servizio.

La regolazione del servizio è svolta a differenti livelli istituzionali ed è caratterizzata da un coordinamento prevalentemente locale, di natura incentivante e stipulata tramite contratto³⁵ per ciascun A.T.O..

In materia di affidamenti, le Direttive europee³⁶ sulla gestione degli appalti e delle concessioni hanno operato un riordino della disciplina secondo un

³⁴ G. LA BANCA, *Il servizio idrico integrato alla luce dei recenti interventi legislativi*, Quotidiano Enti Locali & Pa, 5 gennaio 2015.

³⁵ Così individuato dalle *Linee guida per un'analisi di benchmarking nel Servizio Idrico Integrato* redatte dalla Direzione Generale per le dighe, e infrastrutture idriche ed elettriche, Quaderno tecnico n. 9, 2008, in www.sirsi.mit.gov.it.

³⁶ Direttiva n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, Direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva n. 2004/18/CE e Direttiva n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, tutte in G.U.UE n. 94 del 28 marzo 2014.

"*approccio integrato*"³⁷. In tale riorganizzazione³⁸, il sistema idrico integrato è escluso dall'applicazione dei "settori ordinari" della nuova regolamentazione europea³⁹, ed è qualificato un "settore speciale", così da rispettare "*al massimo grado le scelte di politica legislativa adottate dai singoli Stati membri in merito alle possibili modalità di organizzazione e gestione di queste attività*"⁴⁰.

La Direttiva n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali regola in modo autonomo e distinto gli appalti degli enti erogatori di acqua, quanto alla messa a disposizione, gestione e alimentazione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile. Di conseguenza, per il resto⁴¹ rimane, così, sottoposta alla sola normativa di settore prevista nel Codice dell'ambiente⁴².

Le funzioni di organizzazione, di affidamento della gestione e di controllo sono esercitate dagli "*enti di governo degli ambiti*"⁴³. L'individuazione del soggetto

³⁷ R. DE NICTOLIS, *Servizio idrico integrato, green economy e appalti pubblici, intervento al convegno "Servizi idrici e green economy: opportunità e difficoltà nella governance del sistema idrico in Italia"*, Roma, 18 luglio 2016.

³⁸ Direttive recepite dal D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (G.U.R.I n. 91 del 19 aprile 2016) Cfr. Art. 12, rubricato "*Esclusioni specifiche per le concessioni nel settore idrico*", "1. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni aggiudicate per: a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) alimentare tali reti con acqua potabile. 2. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al comma 1: a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio; b) smaltimento o trattamento delle acque reflue".

³⁹ R. DE NICTOLIS, *Op. cit.* Cfr. anche Considerando 30 Direttiva n. 2014/23/UE: «(...) Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della presente direttiva. L'esclusione riguarda le concessioni di lavori e di servizi per la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o l'alimentazione di tali reti con acqua potabile. Anche le concessioni per lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue e per progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio (in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio) dovrebbero essere escluse nella misura in cui siano collegate a una attività esclusa ».

⁴⁰ Vd. sul punto D. SCALERA, *Il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni Focus sui settori idrico-ambientali*, in Amministrazione in Cammino a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 13 aprile 2016.

⁴¹ D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 cit.

⁴² D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e succ. modifiche e integrazioni

⁴³ Cfr. l'art. 3-*bis*, comma I-*bis*, D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 (G.U.R.I n. 188 del 13 agosto 2011), conv. con modificazioni dalla L. n. 148 del 14. settembre 2011, (G.U.R.I n. 216 del 16 settembre 2011): «Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o

affidatario avviene attraverso le procedure di gara, ricchi di appositi capitoli con l'indicazione precisa delle opere che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio. L'affidamento diretto del servizio può avvenire a favore di società interamente pubbliche in possesso dei requisiti previsti per la gestione *in house* e attraverso organismi partecipati dagli enti locali ricadenti nell'A.T.O (art. 149 *bis*, comma II-*bis* Cod. Amb.)⁴⁴.

Dal 2012⁴⁵, la procedura da adottare, nel rispetto della disciplina dell'UE e dei relativi principi di parità tra gli operatori e di economicità della gestione, è effettuata sulla base di apposita relazione che specifica le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo. Il servizio di rilevanza economica può essere affidato mediante gara a evidenza pubblica, ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato (attraverso una società mista e, quindi, con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio dell'organismo misto e per la gestione del servizio), ovvero, ancora, attraverso l'affidamento diretto *in house*, senza previa gara⁴⁶ (attraverso un soggetto che, sostanzialmente, è "*un diretto strumento operativo*"⁴⁷ della stazione appaltante, nei casi in cui sia dotato dei requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo sulla società affidataria analogo e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano)⁴⁸. L'affidamento è subordinato alla prestazione, da parte del gestore, di idonea garanzia fideiussoria (art. 151, comma V, Cod. Amb.).

Terminata la procedura di affidamento e individuato il soggetto affidatario del servizio, i rapporti tra l'ente di governo dell'ambito e il soggetto gestore sono regolati da apposite convenzioni predisposte sulla base di "*convenzioni tipo*" e

bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

⁴⁴ L'art. 149 cit. non indica espressamente quali siano gli strumenti di affidamento del servizio, limitandosi a richiamare le forme di gestione "previste dall'ordinamento" Vd. F. SCALIA, *Op. cit.*

⁴⁵ Cfr. l'art. 34, comma XX, D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012 in G.U.R.I n. 245 del 19 ottobre 2012, conv. con modificazioni dalla L. n. 221 del 17 dicembre 2012 in G.U.R.I n. 294 del 18 dicembre 2012.

⁴⁶ Quest'ultima procedura "*costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano*", in Cons. Stato, Sez. V, n. 4599 del 10 settembre 2014, www.giustiziaamministrativa.it.

⁴⁷ Termine ripreso da T.A.R. Lombardia, Sez. III Milano, n. 1781 del 3 ottobre 2016, www.giustiziaamministrativa.it.

⁴⁸ Elenco indicato da T.A.R. Lombardia, *ibidem*.

di disciplinari⁴⁹ adottati dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico ("A.R.E.R.A.")⁵⁰.

Il settore è stato affidato ad una Autorità Amministrativa indipendente, optando per un modello di regolazione particolarmente attento alla separazione dalla politica e alla tutela dell'utente nel mercato, dapprima istituendo nel maggio 2011 l'Autorità nazionale di vigilanza sulle risorse idriche⁵¹ e, successivamente, trasferendo le competenze dell'appena concepita nuova amministrazione – in particolare nella fissazione delle tariffe, da operare tenendo conto dell'abrogazione del criterio di adeguata remunerazione⁵² – alla preesistente Autorità per l'energia elettrica e il gas ("A.E.E.G.S.I.")⁵³.

⁴⁹ Tali documenti, secondo l'art. 151, comma II, devono prevedere: «a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) la durata dell'affidamento, non superiore comunque a trenta anni; b-bis) le opere da realizzare durante la gestione del servizio come individuate dal bando di gara; c) l'obbligo del raggiungimento e gli strumenti per assicurare il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; d) il livello di efficienza e di affidabilità del servizio da assicurare all'utenza, anche con riferimento alla manutenzione degli impianti; e) i criteri e le modalità di applicazione delle tariffe determinate dall'ente di governo dell'ambito e del loro aggiornamento annuale, anche con riferimento alle diverse categorie di utenze; f) l'obbligo di adottare la carta di servizio sulla base degli atti d'indirizzo vigenti; g) l'obbligo di provvedere alla realizzazione del Programma degli interventi; h) le modalità di controllo del corretto esercizio del servizio e l'obbligo di predisporre un sistema tecnico adeguato a tal fine, come previsto dall'articolo 165; i) il dovere di prestare ogni collaborazione per l'organizzazione e l'attivazione dei sistemi di controllo integrativi che l'ente di governo dell'ambito ha facoltà di disporre durante tutto il periodo di affidamento; l) l'obbligo di dare tempestiva comunicazione all'ente di governo dell'ambito del verificarsi di eventi che comportino o che facciano prevedere irregolarità nell'erogazione del servizio, nonché l'obbligo di assumere ogni iniziativa per l'eliminazione delle irregolarità, in conformità con le prescrizioni dell'Autorità medesima; m) l'obbligo di restituzione, alla scadenza dell'affidamento, delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni del servizio idrico integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione, nonché la disciplina delle conseguenze derivanti dalla eventuale cessazione anticipata dell'affidamento, anche tenendo conto delle previsioni di cui agli articoli 143 e 158 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed i criteri e le modalità per la valutazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente; n) l'obbligo di prestare idonee garanzie finanziarie e assicurative; o) le penali, le sanzioni in caso di inadempimento e le condizioni di risoluzione secondo i principi del codice civile; p) le modalità di rendicontazione delle attività del gestore», nonché, al successivo comma IV, «le opere e le manutenzioni straordinarie, nonché il programma temporale e finanziario di esecuzione» ...».

⁵⁰ Secondo quanto previsto dal combinato disposto di cui all'art. art. 151, comma I), Codice dell'ambiente, e all'art. 10, comma XIV, lett. b) del D.L. n. 70 del 13 maggio 2011 (G.U.RI n. 110 del 13 maggio 2011) conv. con modificazione dalla L. n. 106, del 12 luglio 2011 (G.U.RI n. 160 del 12 luglio 2011).

⁵¹ Cfr. art. 10, comma 11, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo).

⁵² Vd. Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2481 del 2017 sulla validità del metodo tariffario (M.T.T.) con cui l'A.E.E.G.S.I., nel 2012, definisce i criteri per le tariffe del sistema idrico integrato-S.I.I. (e base per i successivi). E' respinta la tesi per cui l'Autorità, attraverso la propria regolazione tariffaria, avrebbe reintrodotta il criterio "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito", "la metodologia tariffaria adottata dall'A.E.E.G.S.I. appare in linea con il dettato referendario e con il principio del c.d. full cost recovery, di per sé pienamente compatibile con l'esito del referendum, con conseguente infondatezza delle censure al riguardo mosse".

⁵³ Cfr. l'art. 21, commi 13 e 19, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201.

La peculiare frammentazione della materia, e i diversi interventi normativi e referendari⁵⁴, reclamano l'occasione per elaborare un Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale⁵⁵, razionale sull'affidamento dei servizi, tra cui quello idrico integrato, da porsi come strumento di recepimento delle Direttive europee in materia di appalti e concessioni⁵⁶, prevedendo l'inserimento della materia nei settori speciali. Tuttavia, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità⁵⁷ nel 2016, della legge delega che conferiva al Governo il potere di riorganizzare le amministrazioni pubbliche⁵⁸, in quanto emanata senza la previa intesa Stato/Regioni, attraverso la Conferenza unificata, tale tentativo di riforma non si è compiuto⁵⁹.

4. La nuova Autorità indipendente del servizio idrico.

L' Autorità amministrativa indipendente, istituita nel 1995, allora A.E.E.G.S.I., Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni⁶⁰, vede nel 2011⁶¹ ampliare e razionale le sue competenze estese alle "funzioni attinenti alla regolazione e alla vigilanza della tariffa relativa ai servizi idrici" in precedenza affidate all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.

⁵⁴ Si ricordano, da ultimi, l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del D.L. n. 112, del 25 agosto 2008 (G.U.RI n. 147 del 25 giugno 2008) – che prevedeva una restrizione delle ipotesi di affidamento diretto e di gestione *in house* a determinate condizioni – da parte del Referendum del 12-13 giugno 2011, nonché l'abrogazione dell'art. 4 del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 (G.U.RI n. 188 del 13 agosto 2011) che riproduceva "*ora nei principi, ora testualmente*" talune delle disposizioni previste dal già abrogato art. 23-*bis*, a seguito della pronuncia di incostituzionalità della Corte Cost., sentenza n. 199 del 19 luglio 2012 (G.U.RI n. 30 del 13 luglio 2011).

⁵⁵ Schema di decreto legislativo in esame (Atto del Governo n. 308, giugno 2016), Dossier XVII Legislatura, www.senato.it.

⁵⁶ Direttiva n. 2014/24/UE cit. che abroga la Direttiva n.2004/18/CE (G.U.U.E n. 94 del 28 marzo 2014) e Direttiva n. 2014/23/UE cit. (G.U.U.E n. 94 del 28 marzo 2014).

⁵⁷ Corte Cost., sentenza n. 251, del 25 novembre 2016 che ha dichiarato, tra le altre, "1) l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, lettere a), b), numero 2), c), numeri 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2, della legge 7 agosto 2015, n. 124 e la stessa normativa "nella parte in cui prevede che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni", così ledendo il principio di leale collaborazione.

⁵⁸ Legge 7 agosto 2015, n. 124, Delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, (G.U.RI n. 48 del 30 novembre 2016)

⁵⁹ Così rimangono vigenti i decreti già in essere, tra cui il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, D.lgs. n. 175, del 19 agosto 2016 (G.U.RI n. 210 dell'8 settembre 2016).

⁶⁰ (A.R.E.R.A.) è istituita con L. n. 481 del 14 novembre 1995, Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, all'art. 2 istituisce le Autorità di pubblica utilità (G.U.RI n. 270 del 18 novembre 1995)

⁶¹ Cfr. l'art. 21, comma XIX, del D.L. n. 201 del 6 dicembre 2011 (G.U.RI n. 284 del 6 dicembre 2011) conv. con modificazioni dalla L. n. 214 del 22 dicembre 2011 (G.U.RI n. 300 del 27 dicembre 2011).

Le specifiche funzioni dell'A.E.E.G.S.I. in materia di regolazione e controllo dei servizi idrici sono definite con il D.P.C.M. 20 luglio 2012⁶², così oltre al compito di predisporre le convenzioni tipo per l'affidamento del servizio e di verifica dei piani d'ambito, assume il compito di controllare i livelli minimi e gli obiettivi di qualità, di definire (e aggiornare) le componenti di costo per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato e tutelare i diritti degli utenti (art. 3 D.P.C.M.).

L'Autorità regola i settori di competenza, attraverso provvedimenti (deliberazioni) e, in particolare: stabilisce le tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture, garantisce la parità d'accesso, promuove, attraverso la regolazione incentivante gli investimenti con particolare riferimento all'adeguatezza, l'efficienza e la sicurezza; assicura la pubblicità e la trasparenza delle condizioni di servizio; promuove più alti livelli di concorrenza e più adeguati standard di sicurezza negli approvvigionamenti, con particolare attenzione all'armonizzazione della regolazione per l'integrazione dei mercati e delle reti a livello internazionale; definisce i livelli minimi di qualità dei servizi per gli aspetti tecnici, contrattuali e per gli standard di servizio; promuove l'uso razionale dell'energia, con particolare riferimento alla diffusione dell'efficienza energetica e all'adozione di misure per uno sviluppo sostenibile; aggiorna trimestralmente le condizioni economiche di riferimento per i clienti che non hanno scelto il mercato libero; accresce i livelli di tutela, di consapevolezza e l'informazione ai consumatori; adotta provvedimenti tariffari e provvede all'attività di raccolta dati e informazioni in materia di servizi idrici; svolge attività di monitoraggio, di vigilanza e controllo; può imporre sanzioni e valutare ed eventualmente accettare impegni delle imprese a ripristinare gli interessi lesi.

Quanto al profilo dell'organizzazione e gestione del servizio idrico, una nuova disciplina è dettata nel 2014⁶³, intervenendo direttamente sulla preesistente disciplina di settore del codice dell'ambiente.

Non risulta mutata la nozione (ambito di applicazione) del *servizio idrico integrato* prevista (art. 141, comma 2, del T.U.A.), inteso come insieme dei

⁶² Regolamento del 20 luglio 2012, recante "Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'articolo 21, comma 19 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214" (G.U.R.I n.231 del 3 ottobre 2012). Vd. i principi stabiliti all'art. 2, comma II: "a) garanzia della diffusione, fruibilità e qualità del servizio all'utenza in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale; b) definizione di un sistema tariffario equo, certo, trasparente, non discriminatorio; c) tutela dei diritti e degli interessi degli utenti; d) gestione dei servizi idrici in condizioni di efficienza e di equilibrio economico e finanziario; e) attuazione dei principi comunitari «recupero integrale dei costi», compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, e «chi inquina paga», ai sensi degli articoli 119 e 154 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 e dell'art. 9 della Direttiva 2000/60/CE".

⁶³ Legge 11 novembre 2014 n. 164, che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 11 settembre 2014 n. 133 (cd. Sblocca Italia), il cui art. 7 ha modificato la sezione III del decreto legislativo n. 152 del 2006.

servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie (cfr. l'art. 147 T.U.A.). E' confermata la scelta di organizzare il servizio sulla base degli ambiti territoriali ottimali, e non più in A.T.O.⁶⁴, spetta alle Regioni organizzare il servizio definendo gli ambiti ottimali e individuando i relativi enti di governo (i c.d. Enti di Governo d'Ambito). Il decreto Sblocca Italia introducendo nel codice l'art. 149-bis, quand'anche la gestione debba avvenire nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unicità della gestione, le Regioni hanno la possibilità di individuare sub-ambiti, che tuttavia devono essere almeno pari al territorio provinciale o della città metropolitana⁶⁵.

Primeggia il principio dell'unicità della gestione all'interno degli ambiti ottimali, in luogo di quello dell'unitarietà, consentendosi, nel caso in cui l'ambito territoriale coincida con l'intero territorio regionale, l'affidamento del servizio idrico integrato in ambiti territoriali di dimensioni comunque non inferiori a quelle delle province e delle città metropolitane. Ciò contribuisce ad assicurare la salvaguardia delle gestioni del servizio idrico in forma autonoma, anche nei comuni montani con popolazione inferiore ai mille abitanti istituite (art. 148 co 5 Cod Amb.)⁶⁶.

⁶⁴ L'art. 1 della legge n. 42 del 26 marzo 2010 (di conversione del decreto legge 25 gennaio 2010, n. 2, recante "interventi urgenti concernenti enti locali e regioni") ha aggiunto il comma 186-bis all'art. 2 della legge finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191), con soppressione delle Autorità d'ambito. La norma demanda alle Regioni il compito di attribuire, attraverso apposita legge, le funzioni "già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza".

⁶⁵ L'art. 149-bis, commi 1 e 2, nell'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente (cfr. Corte cost., 12 marzo 2015, n. 32), demanda all'ente di governo dell'ambito le funzioni in tema di affidamento del servizio idrico integrato: «1. L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale. 2. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale».

⁶⁶ La Corte Costituzionale (sentenza 12 marzo 2015, n. 32 richiamando la sentenza n. 246 del 2009) evidenzia che l'art. 148 co 5 cit. è norma che "attiene alla tutela dell'ambiente, con prevalenza rispetto alla materia dei servizi pubblici locali, perché giustifica la possibilità di deroghe all'unicità della gestione del servizio sul piano soggettivo, in ragione dell'elemento tipicamente ambientale costituito dalla peculiarità idrica delle zone comprese nei territori delle comunità montane", per cui nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela

Per garantire l'unicità⁶⁷ della gestione, il legislatore del 2014⁶⁸, prevede che l'affidamento al gestore unico avvenga alla scadenza di una o più gestioni già esistenti nell'ambito territoriale, il cui bacino complessivo sia pari al 25% della popolazione dell'ambito ottimale. Con l'intento di uniformare la disciplina della gestione dei servizi sull'intero territorio nazionale, i rapporti tra Autorità d'Ambito e gestori sono regolati da una convenzione predisposta dall'Ente d'Ambito sulla base della convenzione tipo adottata dall'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Sistema Idrico (art. 151 T.U.A.). In questo contesto, al fine di meglio regolare il rapporto ente di governo/ente gestore, l'A.R.E.R.A., tramite apposita delibera nel 2015⁶⁹, ha adottato una *convenzione tipo* per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato, previa consultazione⁷⁰ degli organi del settore. L'obiettivo di tale modello – disciplinante i “*contenuti minimi essenziali*” – è, da un lato, la previsione di un adeguamento obbligatorio delle convenzioni già in essere, e, dall'altro lato, la definizione di un quadro regolatorio coerente con la normativa vigente.

In caso di inadempienze del gestore, il potere di risoluzione e di revoca dell'affidamento, nonché il potere, previa diffida, di sostituirsi al gestore facendo eseguire a terzi le opere compete all'Ente di governo dell'ambito. Ove l'inadempienza riguardi l'Ente di governo dell'ambito, il potere sostitutivo è riconosciuto in capo alla Regione, con la nomina di commissario ad acta, previa diffida e sentita l'Autorità di vigilanza. All'inerzia della Regione, infine, può far fronte il Ministero dell'Ambiente.

Va rilevato che fino a quando l'Ente di Governo d'Ambito non abbia individuato il soggetto gestore del servizio idrico integrato, gli Enti locali, in omaggio agli indeclinabili obiettivi di efficienza, efficacia e continuità, non possono esimersi dallo svolgere direttamente le funzioni ex art. 142, comma 3, T.U.A., “*di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di*

dell'ambiente rientra “anche stabilire le condizioni in presenza delle quali i Comuni minori appartenenti alle comunità montane possono non partecipare alla gestione unica del servizio idrico integrato, e cioè che la gestione del servizio sia operata direttamente da parte dell'Amministrazione comunale ovvero tramite una società a capitale interamente pubblico controllata dallo stesso Comune”.

⁶⁷ Le eccezioni alla regola dell'unicità della gestione sono estese dalla legge 28 dicembre 2015, n. 221 (cd. collegato ambientale). Cfr. l'art. 147 comma 2-bis T.U.A., che fa salve – in ipotesi in cui l'ambito territoriale coincida con il territorio della regione – le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti nei comuni che procedono con: l'approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del dlgs n.42/2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio; e l'utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico.

⁶⁸ Vd. art. 72 (art. 7, comma 1, lett. i), decreto legge n. 133/2014.

⁶⁹ Deliberazione del 23 dicembre 2015 n. 656/2015/R/IDR, www.A.R.E.R.A..it.

⁷⁰ Si tratta della consultazione 542/2015/R/IDR 24 alla quale hanno contribuito Enti di governo dell'ambito e le loro associazioni e raggruppamenti, gestori e con le loro associazioni e raggruppamenti, una Regione e un sindacato, in www.A.R.E.R.A..it.

determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo".

In questo senso, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare⁷¹, ha rimarcato che la soppressione delle A.T.O., non fa venir meno la competenza degli enti locali in materia di regolazione, controllo e vigilanza del servizio idrico a livello locale, competenza che non può essere avocata dalla Regione⁷².

A fronte di tale qualificazione ai sensi dell'art. 117, comma 2, Costituzione, le Regioni ordinarie conservano, da un lato, la competenza nel settore idrico al di fuori di tali spazi di disciplina fondamentali e, d'altro lato, anche in materia di tariffe e affidamenti il legislatore regionale può legittimamente porre norme finalizzate ad una tutela più intensa della concorrenza, migliorative quindi – nel senso dell'apertura al mercato – rispetto a quelle statali⁷³.

Un diverso e più complesso riparto deve essere invece tratteggiato per le Regioni a Statuto speciale.

La logica delle materie trasversali non è infatti direttamente trasponibile nei giudizi che riguardano le autonomie differenziate, alcune delle quali – ed in particolare le Province autonome e la Regione Valle d'Aosta – godono di spazi di autonomia specifici in materia di gestione delle risorse idriche⁷⁴.

Ad alcune autonomie differenziate è infatti riconosciuta potestà legislativa primaria in materie a partire dalle quali si delinea un'ampia sfera di intervento sull'organizzazione del servizio idrico.

Per le Province autonome di Trento e di Bolzano lo Statuto speciale riconosce competenza primaria sia in materia di "acquedotti e lavori pubblici di interesse provinciale", sia in materia di "assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione mediante aziende speciali", sia – infine – in materia di "opere idrauliche", tratteggiando quindi un campo di applicazione idoneo a coprire l'ampio settore di intervento nelle acque pubbliche, poi meglio specificato anche con normativa di attuazione (si veda art. 8, n. 17 d.P.R. n. 670 del 1972 nonché art. 8 nn. 19 e 24 dello Statuto speciale per il Trentino Alto-Adige).

Per quanto riguarda lo Statuto speciale per la Valle d'Aosta, esso attribuisce, da un lato, potestà legislativa primaria alla Regione in materia di "acque minerali e termali" e di "acque pubbliche destinate ad irrigazione ad uso domestico" [art. 2, comma 1, lett. i), lett. m) della legge costituzionale n. 4 del 1948], dall'altro lato, riconosce una potestà legislativa integrativo-attuativa nelle materie "igiene e sanità" e "assunzione di pubblici servizi" [art. 3, comma 1, lett. l) e lett. o) dello Statuto per la Valle d'Aosta].

⁷¹ Cfr. nota del 18 settembre 2014, prot. n. 19415/GAB.

⁷² Si veda T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 febbraio 2017, n. 699. Non risulta configurabile alcuno sconfinamento dell'ente locale nella sfera di attribuzione dei poteri, devoluti *ex lege* in capo all'ente di governo dell'ambito.

⁷³ Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 307/2009.

⁷⁴ Cfr. Corte cost. 51/2016 e 142/2015.

Inoltre, anche per la Regione Valle d'Aosta è intervenuta una specifica norma di attuazione dedicata più puntualmente alla materia, con la quale è stato operato il trasferimento al demanio regionale di tutte le acque pubbliche utilizzate ai fini irrigui o potabili, con previsione espressa che sia la Regione ad esercitare tutte le attribuzioni inerenti la titolarità del demanio idrico stesso e, in particolare, quelle concernenti la polizia idraulica e la difesa delle acque dall'inquinamento (decreto legislativo n. 89 del 1999).

Spazi analoghi di autonomia differenziata non sono tuttavia stati statutariamente riconosciuti, né successivamente negoziati in norma di attuazione, per la Regione Sicilia, a conferma dell'ampio ventaglio di differenze esistente tra gli ordinamenti delle Regioni speciali.

Lo Statuto della Regione siciliana riconosce potestà legislativa primaria regionale in materia di "acque pubbliche, in quanto non siano oggetto di opere pubbliche di interesse nazionale" (art. 14, lett. i), e assegna il complesso delle acque pubbliche al demanio regionale, con l'unica eccezione delle acque che interessano la difesa e i servizi di carattere nazionale (art. 32 Statuto). Essa prende in considerazione l'acqua solo in quanto oggetto di opere pubbliche. Di conseguenza ha competenze meno estese rispetto a quelle spettanti alle Regioni ordinarie nel settore idrico⁷⁵.

Se il profilo della demanialità è quindi indubbiamente legato all'autonomia, la gestione – e di conseguenza la disciplina dei servizi connessi ai beni (anche) idrici – è legata dallo Statuto ad una potestà legislativa concorrente, posto che l'Assemblea regionale può, al fine di soddisfare alle condizioni particolari e agli interessi propri della Regione, emanare leggi (anche relative all'organizzazione) sia in materia di "assunzione di pubblici servizi", sia in "tutte le altre materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale" [art. 17 lett. h) e lett. i) dello Statuto]. Tale potestà residuale, tuttavia, porta con sé il regime di limitazioni proprio delle Regioni ordinarie, di modo che l'esercizio delle competenze dell'autonomia in materia può essere conformato dalle competenze trasversali dello Stato, che incide sul servizio idrico integrato attraverso le citate competenze esclusive su tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza.

5. Considerazioni conclusive.

Il diritto di accedere a servizi essenziali di qualità, quale l'acqua, è uno dei principi base del pilastro europeo dei diritti sociali⁷⁶, approvato all'unanimità dai capi di Stato o di governo al vertice di Göteborg, lo scorso fine 2017.

Gli Stati U.E. sono chiamati a migliorare l'accesso all'acqua potabile per tutti i cittadini e in particolare per i gruppi più vulnerabili e marginali che, attualmente,

⁷⁵ Cfr. Corte costituzionale nn. 2/2014, 291/2011, 150/2011, 288/2010, 249/2009 e 80/2006 sulla clausola di maggior favore dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2003, n. 1.

⁷⁶ Il pilastro europeo dei diritti sociali è stato sottoscritto congiuntamente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione durante il vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita, che si è tenuto il 17 novembre 2017 a Göteborg, in Svezia.

hanno difficoltà ad accedervi. Non solo oggi è importante accedere alla risorsa idrica ma lo è ancor più accedere con facilità e semplicità alle informazioni circa la qualità e l'approvvigionamento di acqua potabile. Occorre aumentare la fiducia nei confronti dell'acqua di rubinetto, scoraggiando il ricorso all'acqua in bottiglia, oggi all'85% in bottiglie di plastica.

Una migliore gestione dell'acqua potabile da parte degli Stati membri è atta a scongiurare perdite della preziosa risorsa e contribuire a diminuire l'impronta di CO₂. Occorre inoltre, accelerare il lavoro di normazione per garantire che prodotti da costruzione utilizzati nel settore idrico in tutto il mercato interno dell'U.E., come tubazioni e serbatoi, non inquinino l'acqua potabile.

La risorsa idrica è sempre più oggetto di inestricabili contrasti nella regolamentazione e gestione, la cui disciplina oscilla tra istanze di accentramento ed esigenze di libero mercato.

L'art. 117, comma 2, lett. e) e lett. s), Cost. consente al legislatore statale di influire profondamente sulle scelte autonome della Regione, a cui spetta legiferare negli spazi residui. Nel settore del servizio idrico integrato, il livello di pervasività assunto dallo Stato nell'esercizio delle proprie competenze trasversali è molto esteso, a partire dalla disciplina in materia di tariffe e affidamenti; solo, rispettando tali opzioni normative a favore della concorrenza e a tutela e difesa dell'ambiente, il legislatore regionale può operare le proprie scelte normative autonome.

I tentativi per un approccio normativo riformatore, verso un nuovo testo unico in materia di servizi pubblici, non sono sopiti e la Corte costituzionale (Sentenza n. 251/2016), ha offerto spunti per meditare, anche se la presenza di una forte regolazione di carattere pubblico non risulta facilmente superabile.

La controversa natura delle federazioni sportive.

Gabriele PEPE*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Il dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni sportive. **3.** La difficile convivenza tra natura privatistica e compiti pubblicistici al tempo della crisi della soggettività giuridica. **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La tematica della natura giuridica delle Federazioni sportive da decenni appassiona la dottrina italiana che ne ha investigato sia i profili teorico-dogmatici sia le più importanti ricadute applicative. È evidente, infatti, come la ricostruzione della natura giuridica in senso pubblicistico oppure privatistico tenda a riverberarsi sulla tipologia di atti posti in essere dalle Federazioni e sul relativo regime giuridico. Tuttavia, nella odierna e conclamata crisi della soggettività giuridica, in cui è venuta meno la rigida ripartizione dei soggetti in pubblici e privati, l'interprete è chiamato non già ad applicare schemi e modelli del passato, bensì a percorrere nuovi itinerari ermeneutici alla luce delle trasformazioni in atto. In particolare, l'interprete deve focalizzarsi più che sul *nomen iuris* sulla dimensione oggettiva dei fenomeni investigati in vista di una puntuale ricostruzione del regime giuridico applicabile. Ciò anche in ragione della circostanza che al dato formale della soggettività non corrisponde più necessariamente la disciplina predeterminata del tipo di riferimento. Ne discende, per l'effetto, come l'indicazione legislativa della natura giuridica delle Federazioni sia solo il punto di partenza da cui muovere per il successivo e necessario esame dell'attività svolta e degli interessi perseguiti.

2. Il dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni sportive

Il tema della natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali si inquadra nel più ampio fenomeno della organizzazione giuridica dello sport¹; una organizzazione che nel corso dei decenni ha subito trasformazioni in ragione dei

* Ricercatore presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi.

¹ Esempio in tal senso *Corte cost.*, 25 marzo 1976, n. 57, in *Giur. cost.*, 1976, p. 707: "lo sport è un'attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato".

plurimi interventi di riforma che hanno interessato il Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e le Federazioni sportive.

Nella originaria previsione della legge 16 febbraio 1942, n. 426, il CONI veniva prefigurato quale ente a struttura associativa con personalità di diritto pubblico², costituito appunto dalle Federazioni e dalle associazioni e società sportive ad esse affiliate. In particolare, la legge del '42 denominava espressamente le Federazioni organi del CONI³, a sua volta definito Confederazione delle Federazioni nazionali e delle discipline sportive associate⁴. Il CONI rappresentava, pertanto, un ente esponenziale di un gruppo sociale.

La configurazione del CONI in termini di ente pubblico a struttura associativa ha, inevitabilmente, determinato una "*pubblicizzazione*" delle Federazioni sportive nazionali con l'attribuzione ad esse di compiti amministrativi da espletarsi sotto la vigilanza, l'indirizzo ed il controllo proprio del Comitato olimpico⁵. La natura pubblica del CONI veniva, altresì, desunta da alcuni indici rivelatori tra cui la vigilanza dell'autorità ministeriale, la generalità degli interessi perseguiti, la percezione di finanziamenti statali, il peculiare regime fiscale e contabile⁶; inoltre, riceveva conferma sul piano normativo dalla legge 20 marzo 1975, n. 70 che etichettava espressamente il CONI ente pubblico necessario⁷, assimilandolo agli enti strumentali ed ausiliari dello Stato; di tale natura pubblica partecipavano, altresì, le Federazioni sportive nazionali, in qualità di suoi organi.

² G. ROSSI, *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979, pp. 114 ss.. G. ALPA, *L'ordinamento sportivo* in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 1986, II, pp. 321 ss..

³ C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000, p. 5. Secondo l'Autrice "con la stessa legge le Federazioni sportive nazionali vennero definite organi del CONI e vennero assoggettati all'approvazione del CONI sia gli statuti delle federazioni di nuova costituzione, sia i regolamenti interni contenenti le norme tecniche ed amministrative per il loro funzionamento, sia i regolamenti federali contenenti le norme sportive per l'esercizio dello sport controllato". La qualificazione delle Federazioni sportive quali organi del CONI ha rappresentato per molto tempo l'*argumentum principis* per il riconoscimento della natura giuridica pubblica delle Federazioni. In giurisprudenza, esemplare, *Tar Lazio*, sez. III, 13 ottobre 1980, n. 882, in *Riv. dir. sport.*, 1981, p. 57, secondo cui "le Federazioni sportive nazionali sono organi del CONI ed in tale qualità partecipano della natura pubblica di quest'ultimo".

⁴ In proposito G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 321 ss..

⁵ La pubblicizzazione del CONI ha, a sua volta, determinato una estensione dei poteri pubblicistici delle Federazioni sportive. In giurisprudenza la natura pubblica delle Federazioni sportive è stata tradizionalmente riconosciuta da *Cass. civ. Sez. Un.*, 19 giugno 1968, n. 2028, in *www.cortedicassazione.it*. *Tar Lazio*, sez. III, 13 ottobre 1980, n. 882, op. cit., p. 57. *Cass. civ. Sez. Un.*, 16 giugno 1983, n. 4108, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2931. *Tar Lazio*, sez. III, 15 novembre 1983, n. 878, in *Foro amm.* 1984, p. 732. *Tar Lazio*, sez. III, 16 gennaio 1984, n. 4, in *Foro amm.*, 1984, p. 1274.

⁶ S.N. CALZONE, *Il Coni ente pubblico nella legislazione vigente*, in *Riv. dir. sport.*, 1997, p. 439.

⁷ M. SANINO, voce *Sport*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 1-6.

Il problema della qualificazione giuridica delle Federazioni sportive è riemerso a partire dalla legge 23 marzo 1981, n. 91 che se, da un lato, elimina ogni riferimento al concetto di organo, dall'altro, riconosce alle Federazioni un'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione sia pure sotto la vigilanza del CONI (art. 14 II co.).

L'intervento legislativo introduce, così, "un nuovo indice positivo destinato ad influenzare il dibattito in ordine alla natura giuridica delle Federazioni"⁸, attraverso il rafforzamento della c.d. tesi privatistica⁹. Del resto, l'attribuzione di peculiari forme di autonomia viene a rappresentare un argomento decisivo per il riconoscimento alle Federazioni sportive di una soggettività di diritto privato, separata da quella del CONI, e regolata dalle norme del codice civile.

La dialettica tra i sostenitori rispettivamente della tesi privatistica e della tesi pubblicistica conduce, successivamente, alla elaborazione di una tesi intermedia costruita sulla natura ibrida o mista delle Federazioni sportive. Secondo tale tesi, infatti, le Federazioni assumerebbero una duplice veste giuridica, l'una privatistica, quali associazioni private che svolgono attività di tipo tecnico, organizzativo e gestionale; l'altra pubblicistica in quanto organi del CONI che operano nell'esercizio di attività funzionalizzate al perseguimento degli interessi sportivi¹⁰. Del resto, come sostenuto dalla giurisprudenza, l'agire in qualità di organi del CONI non esclude affatto la natura privatistica delle Federazioni sportive¹¹.

⁸ C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, op. cit., p. 16.

⁹ La tesi veniva sostenuta in dottrina da S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, pp. 117 ss.. A. CLARIZIA, *La natura giuridica delle federazioni sportive anche alla luce della legge del 23 marzo 1981 n. 91*, in *Riv. dir. sport.*, 1983, spec. p. 208. M. SENSALÉ, *La legge 23 marzo 1981, n. 91 e la natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, pp. 490 ss.. A. QUARANTA, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali*, in *Riv. dir. sport.*, 1986, pp. 174 ss..

¹⁰ In giurisprudenza, di significativo rilievo, *Cass. civ. Sez. Un.*, 9 maggio 1991, n. 5181, in *Rep. Foro it.*, 1991. In dottrina, per la natura giuridica ibrida o mista delle Federazioni sportive nazionali, R. CAPRIOLI, *Le federazioni sportive nazionali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 10. R. FRASCAROLI, voce *Sport (Dir. pubbl. e priv.)*, vol. XLIII, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 519. G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, op. cit., p. 334. F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 470-471. M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, IV ed., Padova, 2015, p. 119. Per gli Autori "si era formato un orientamento qualificabile come unanime e secondo il quale le federazioni sportive presentano un duplice aspetto, l'uno di natura pubblicistica, riconducibile all'esercizio in senso lato di funzioni pubbliche proprie del CONI, l'altro di natura privatistica collegato alle specifiche attività delle federazioni medesime, attività che in quanto autonome sono separate dalle attività di natura pubblica e fanno capo soltanto alle dette federazioni".

¹¹ *Cass. civ. Sez. Un.*, 9 maggio 1986, n. 3092, in *Foro. it.*, 1986, p. 1257.

La tesi intermedia sembra svelare, forse meglio delle altre, la complessità del fenomeno investigato anche nella prospettiva di analizzare la tipologia di atti adottati dalle Federazioni nonché la natura delle situazioni soggettive in rilievo e per individuare, da ultimo, il giudice competente.

Il dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni è, poi, ravvivato dal d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 che, nel ridefinire l'assetto organizzativo dello sport italiano, interviene a riformare la normativa vigente¹². Il decreto, per un verso, conferma la personalità giuridica di diritto pubblico del CONI¹³, e per altro verso, attribuisce alle Federazioni sportive personalità di diritto privato, munendole di autonomia (statutaria, tecnica, organizzativa, gestionale) ed assoggettandole, salvo deroghe, alla disciplina del codice civile¹⁴. Ne discende, di conseguenza, un quadro composito e variegato che pone all'interprete il problema della ricostruzione dei differenti profili di un simile Giano bifronte¹⁵. Non può

¹² L'art. 19 del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 ha abrogato l'intera legge 426/1942 e l'art. 14 della legge 23 marzo 1981, n. 91.

¹³ L'art. 1 del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, , così recita: "il Comitato olimpico nazionale italiano, di seguito denominato CONI, ha personalità giuridica di diritto pubblico, ha sede in Roma ed è posto sotto la vigilanza del Ministero per i beni culturali ed ambientali". In dottrina si rinvia al commento di G. NAPOLITANO, *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, di "riordino" del C.O.N.I.*, in *Riv. dir. sport*, 1999, pp. 617 ss.. C. FRANCHINI, *Il riordino del Coni*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, pp. 1209 ss.. B. MARCHETTI, voce *Lo Sport (Agg.)*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, pp. 937 ss..

¹⁴ L'art. 15 del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 in proposito statuisce: "le Federazioni sportive nazionali svolgono l'attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del CIO e del CONI, anche in considerazione della valenza pubblicistica di specifici aspetti di tale attività. (...). Le federazioni sportive nazionali hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato. Esse non perseguono fini di lucro e sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto nel presente decreto, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo". La disposizione sembra costruire le Federazioni sportive alla stregua di un Giano bifronte: da un lato persone giuridiche di diritto privato, sottoposte al diritto comune, dall'altro, soggetti con funzioni pubbliche, incardinati nell'ordinamento sportivo e sottoposti ai poteri di vigilanza e controllo del CONI.

¹⁵ Per una ricostruzione del dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni sportive F. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, pp. 90, 125 e 198 ss.. S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, in *Riv. dir. sport.*, op. cit., pp. 117 ss.. G. ROSSI, *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, op. cit., p. 120 ss.. A. CLARIZIA, *La natura giuridica delle federazioni sportive anche alla luce della legge del 23 marzo 1981 n. 91*, in *Riv. dir. sport.*, op. cit., spec. p. 208. M. SENSALE, *La legge 23 marzo 1981, n. 91 e la natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Riv. dir. sport.*, op. cit., pp. 490 ss.. A. QUARANTA, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali*, in *Riv. dir. sport*, op. cit., pp. 174 ss.. R. FRASCAROLI, voce *Sport*, (*Dir. pubbl. e priv.*), vol. XLIII, in *Enc. dir.*, op. cit., pp. 513 ss.. L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Dir. e soc.*, 1991, pp. 141 ss.. G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, op. cit., pp. 321 ss.. R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997, pp. 1 ss.. F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 470-471. C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva*. Il

sottacersi, infatti, come le Federazioni sportive, pur essendo associazioni di diritto privato, siano inserite nell'ambito dell'ordinamento sportivo che conferisce ad esse poteri autoritativi per il perseguimento di finalità pubblicistiche¹⁶. Se per certi atti e per taluni effetti le Federazioni operano come organi del CONI con imputazione ad esso delle relative fattispecie, per altre attività agiscono come soggetti privati nell'esercizio di poteri di autonomia negoziale¹⁷.

Ciò detto, la difficile convivenza tra natura privatistica e funzioni pubblicistiche solleva problemi applicativi in ordine alla individuazione, volta per volta, del tipo di atto compiuto (e del relativo regime giuridico), delle situazioni soggettive in rilievo e del giudice competente a conoscerne le controversie. È chiaro, dunque, che *"alla diversa qualificazione giuridica degli atti e delle attività delle autorità sportive corrisponde una diversificata incidenza su situazioni soggettive che si conformano nell'ordinamento statale come diritti soggettivi, come interessi legittimi"*¹⁸.

Con particolare riferimento al problema del riparto di giurisdizione occorre far ricorso ad un criterio funzionale che si fondi, a monte, sulla natura (paritetica od autoritativa)¹⁹ dell'atto posto in essere e, a valle, sulla correlata situazione soggettiva incisa (interesse legittimo o diritto soggettivo).

CONI e la regolamentazione dello sport, Milano, 2000, pp. 57 ss.. L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport*, 2000, pp. 53 ss.. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, pp. 215-230. G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, pp. 5678-5685. L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 1-31. L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, Torino, 2009. F. PAVANI, *Le federazioni sportive*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1474 ss.. G. ZOPPI, *Diritto sportivo*, Roma, 2012. S. CUSTURERI, *La natura giuridica delle federazioni sportive nazionali, enti pubblici o associazioni di diritto privato?*, in *www.amministrativamente.com*, fasc. 3-4, 2015. M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, IV ed., op. cit., pp. 118 ss..

¹⁶ Le Federazioni sportive nazionali, pur qualificate associazioni di diritto privato, risultano in ogni caso incardinate in un sistema pubblicistico. Occorre, pertanto, distinguere nelle Federazioni il momento genetico di matrice privatistica dal compresente momento funzionale di natura pubblicistica riconducibile al collegamento con il CONI.

¹⁷ Sulla distinzione tra compiti privatistici e compiti pubblicistici, in dottrina, R. CAPRIOLI, *Le Federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. e giur.*, op. cit., pp. 1 ss.. In giurisprudenza già *Cass. Sez. Un.*, 9 maggio 1986 n. 3092, in *Foro it.*, op. cit., p. 1254.

¹⁸ C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, op. cit., p. 59 e p. 309. Secondo l'Autrice dalla tesi della natura pubblica delle Federazioni è possibile argomentare *"l'emersione al livello statale della loro disciplina interna e di corrispondenti posizioni di interesse legittimo in capo agli associati"*.

¹⁹ In giurisprudenza, di particolare rilievo, *Tar Lazio*, sez. III, 8 febbraio 1988, n. 135, in *Foro amm.*, 1988, pp. 761 ss..

3. La difficile convivenza tra natura privatistica e compiti pubblicistici al tempo della crisi della soggettività giuridica

La difficoltà di conciliare la natura privatistica delle Federazioni con i compiti pubblicistici svolti pone l'interprete ad interrogarsi in sede applicativa sul regime giuridico degli atti compiuti, sulla natura delle situazioni soggettive in rilievo nonché sul riparto di giurisdizione afferente le relative controversie. La complessità dell'indagine è, poi, accentuata agli albori del Terzo Millennio dalla c.d. crisi della soggettività giuridica²⁰. Infatti, la nota ripartizione dei soggetti giuridici, in pubblici e privati, va sfumandosi unitamente al ridimensionarsi del tradizionale paradigma della soggettività formale. Di conseguenza, l'interprete nell'attività di indagine è chiamato a focalizzarsi più che sul *nomen iuris*, sulla dimensione oggettiva dei fenomeni investigati ai fini di una corretta ricostruzione del regime giuridico applicabile. Si fa presente, inoltre, come al dato formale della soggettività, pubblica o privata, non corrisponda più necessariamente la disciplina predeterminata del tipo di riferimento; coerentemente, allora, l'interprete dovrà effettuare un'esegesi ricostruttiva, muovendo dalla natura giuridica del soggetto, per poi spingersi ad esaminare in concreto l'attività svolta e gli interessi perseguiti²¹.

Nonostante la natura privatistica, espressamente riconosciuta dalla legge, le Federazioni sportive godono di autarchia, esercitando potestà amministrative ed emanando atti autoritativi ed imperativi. Si pensi alla potestà di adottare statuti, regolamenti interni²², norme sanitarie ed atti applicativi²³; alle attività di controllo sanitario sugli sportivi professionisti, ai provvedimenti di affiliazione, revoca e controllo sulle società e sulle associazioni sportive; alle attività di tutela sanitaria, assicurativa e previdenziale degli atleti; infine, agli atti di repressione del doping. A riguardo il d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15 affida allo Statuto del CONI l'individuazione tassativa delle attività di rilievo pubblicistico delle Federazioni

²⁰ Si rinvia, in argomento, ai significativi contributi di G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 50-88.

²¹ R. CAPRIOLI, *Le Federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. e giur.*, op. cit., pp. 1 ss.. C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, op. cit., p. 313. P. PIZZA, *L'attività delle federazioni sportive tra diritto pubblico e privato*, in *Foro amm. C.d.s.*, 2002, pp. 3255 ss..

²² A riguardo G. VIDIRI, *Natura giuridica e potere regolamentare delle federazioni sportive nazionali*, in *Foro it.*, 1994, p. 136. In giurisprudenza *Cass. civ. Sez. Un.*, 26 ottobre 1989 n. 4399, in *Riv. dir. sport.*, 1990, p. 57. *Cass. civ. Sez. Un.*, 25 febbraio 2000, n.46, in *Guida dir.*, 2000, pp. 68 ss.).

²³ G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.* op. cit., pp. 344 ss..

sportive²⁴; attività che non sono suscettibili di applicazione estensiva da parte della giurisprudenza costituendo un *numerus clausus*.

L'agire come organi del CONI nell'esercizio di potestà pubbliche non compromette la soggettività giuridica delle Federazioni sportive, le quali vanno in ogni caso considerate autonomi centri di imputazione di diritti e obblighi²⁵; trattasi di una soggettività giuridica di tipo privatistico che si sviluppa, appunto, secondo le regole del codice civile. Di conseguenza, *"la qualità di organo si aggiunge alle altre e vale a certi fini e a certi effetti, e non per tutta l'attività delle Federazioni"*²⁶. Del resto, come associazioni con personalità giuridica, le Federazioni compiono in prevalenza atti di autonomia privata disciplinati dal diritto comune.

La compresenza di elementi propri del diritto privato e del diritto pubblico ha indotto la giurisprudenza ad aderire alla tesi della natura ibrida o mista delle Federazioni sportive²⁷; una tesi che nasce dalla combinazione della tesi pubblicistica con la tesi privatistica. In tal senso le Federazioni sportive verrebbero delineate alla stregua di un Giano bifronte, svolgendo ora *"compiti (e connessi atti) di diritto privato, sottoposti alle regole che disciplinano i comuni rapporti tra i consociati e compiti (e connessi atti) di diritto pubblico, che all'opposto soggiacciono alle regole che si confanno ai rapporti autoritari speciali tra cives e Pubblica Amministrazione"*²⁸.

Le Federazioni sarebbero, così, soggetti geneticamente privati ma funzionalmente pubblici per taluni atti e finalità²⁹, con conseguente applicazione di una speciale disciplina innestata su norme di diritto privato. Da un tale regime

²⁴ Ai sensi dell'art. 23 co. I dello Statuto del CONI *"hanno valenza pubblicistica esclusivamente le attività delle Federazioni sportive nazionali relative all'ammissione e all'affiliazione di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati; alla revoca a qualsiasi titolo e alla modificazione dei provvedimenti di ammissione o di affiliazione; al controllo in ordine al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici; all'utilizzazione di contributi pubblici, alla prevenzione e repressione del doping, nonché alle attività relative alla preparazione olimpica e all'altro livello, alla formazione dei tecnici e alla gestione degli impianti sportivi pubblici"*.

²⁵ S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, op. cit., p. 121.

²⁶ R. FRASCAROLI voce *Sport*, (*Dir. pubbl. e priv.*), vol. XLIII, in *Enc. dir.*, op. cit., pp. 519.

²⁷ In giurisprudenza, *Tar Lazio*, sez. III, 20 agosto 1987, n. 1449, in *Riv. dir. sport*, 1987, p. 682. *Cons. Stato*, sez. VI, 20 dicembre 1993, n. 1167, in *Riv. dir. sport* 1994, p. 49. *Cass. civ. Sez. Un.*, 11 ottobre 2002, n. 14530, in www.cortedicassazione.it. *Cons. Stato*, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ G. BACOSI, *Ordinamento sportivo e giurisdizione. il ruolo "storico" delle federazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008-9. In argomento anche R. CAPRIOLI, *Le Federazioni sportive nazionali tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. e giur.*, op. cit., pp. 1 ss..

²⁹ In giurisprudenza, *ex plurimis*, *Tar Lazio*, sez. III, 8 febbraio 1988, n. 135, in *Tar*, 1988, I, p. 761. *Tar Lazio*, sez. III, 23 giugno 1994, n. 1361, in *Tar*, 1994, I, p. 2399.

giuridico, così composito e variegato, deriverebbe *“una sostanziale doppia personalità delle Federazioni: una pubblica per la quale agiscono come organi del CONI, sono finanziate dal CONI e sono soggette al potere di sorveglianza di esso; l'altra privata, che deriva dall'atto di nascita, costituito addirittura dalla collocazione legislativa nell'ambito dei soggetti con personalità giuridica di diritto privato e che si sostanzia nell'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione delle Federazioni”*, nonché *“nella capacità di agire come ente privato in mancanza di una specifica disciplina”*³⁰.

Pur avendo l'indiscutibile merito di svelare la complessità del fenomeno, la tesi che sostiene la natura ibrida o mista pare non soddisfare l'esigenza di un compiuto inquadramento dogmatico delle Federazioni sportive, anche alla luce del dettato legislativo.

Il problema della natura giuridica delle Federazioni va risolto muovendo dalla lettera dell'art. 15 d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 che qualifica espressamente le Federazioni quali associazioni con personalità giuridica di diritto privato. Dunque, soggetti privati che, alle volte, sono chiamati ad esercitare, oltre ai normali poteri di autonomia privata, anche potestà amministrative³¹; tuttavia, il rilievo pubblicistico di alcune attività non è in grado di trasformare la natura privatistica delle Federazioni, pur avendo ricadute applicative sul tipo di atti compiuti, sulle situazioni soggettive in rilievo e sul giudice competente.

Ciononostante, nell'analisi del fenomeno occorre tener conto della odierna crisi della soggettività giuridica che frantuma la rigida relazione fra natura del soggetto, tipologia di atti compiuti e disciplina applicabile. Venute meno le storiche barriere tra il diritto pubblico ed il diritto privato, si rilevano oggi osmosi e commistioni sempre più frequenti tra discipline un tempo distanti. In un tale contesto è coerente che un soggetto privato, nel caso di specie una Federazione sportiva, possa svolgere funzioni amministrative. D'altronde, tale assunto trova

³⁰ In dottrina M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, op. cit., pp. 119 ss.. Sulla duplice natura giuridica delle Federazioni, in giurisprudenza, di rilievo, *Tar Calabria*, sez. II, 18 settembre 2006, n. 984, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ In dottrina, a riguardo, M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, op. cit., p. 459, spec. nota 80. In giurisprudenza, *ex multis*, *Cons. Giust. Amm.*, 9 ottobre 1993, n. 536, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1339. *Cons. Stato*, sez. VI, 31 dicembre 1993, n. 1112, in *Foro amm.*, 1993, p. 2480. Ad avviso del Supremo Consesso amministrativo le Federazioni sportive *“aventi geneticamente natura privatistica di associazioni non riconosciute, assumono la veste di organi del CONI e partecipano della natura pubblicistico-autoritativa (e non economica) di quest'ultimo, allorché operano all'esercizio di poteri di organizzazione e disciplina delle attività sportive inerenti alle finalità del CONI”*. In proposito anche *Cons. Stato*, sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1662, in *Giur. it.*, 1999, p. 1317. *Cons. Stato*, sez. VI, 13 gennaio 1999, n. 12, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 94.

conferma nel fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni³² che, valorizzando il profilo sostanziale dell'attività realizzata, prescrive l'applicazione di una disciplina pubblicistica, nonostante la natura privata del soggetto agente. Ciò poiché trattasi di attività che, seppur provenienti da soggetti privati, risultano a regime amministrativo in quanto procedimentalizzate. In senso conforme la giurisprudenza afferma che qualora l'esercizio privato di pubbliche funzioni riguardi attività amministrativa in senso stretto esso *"non può compiersi che tramite atti sostanzialmente amministrativi"* che radicano la giurisdizione sulle relative controversie in capo al giudice amministrativo, essendo atti compiuti da organi che si sostituiscono all'amministrazione³³. Tali atti, oggettivamente amministrativi, in quanto estrinsecazione di un potere di supremazia speciale, soggiacciono al medesimo regime giuridico degli atti formalmente amministrativi³⁴, con la conseguenza che sono sindacabili dal giudice amministrativo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Nonostante ciò, l'applicazione della disciplina di diritto amministrativo sembrerebbe preclusa dall'art. 23 dello Statuto del CONI secondo il quale il rilievo pubblicistico di alcune attività delle Federazioni *"non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse"*; la disposizione pare ripristinare l'anacronistico binomio tra soggettività privata e disciplina di diritto comune, non tenendo conto della natura oggettivamente amministrativa di molti atti delle Federazioni sportive. In senso adesivo una parte della dottrina ritiene che la rilevanza pubblicistica di alcune attività non determini necessariamente *"la soggezione degli atti adottati nell'esercizio di queste al regime proprio del diritto amministrativo a cominciare dalle regole sul procedimento contenute nella l. n. 241/1990"*³⁵. Un simile orientamento non convince appieno, in quanto, con un approccio meramente formalistico, oblitera il dato sostanziale correlato al fenomeno, sempre più diffuso, dell'esercizio privato di pubbliche funzioni che interessa,

³² Tra i tanti, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, op. cit., *passim*, spec. pp. 215 ss..

³³ *Cass. civ. Sez. Un.*, 29 dicembre 1990, n. 12221, in www.cortedicassazione.it. In dottrina, a riguardo, G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, op. cit., p. 337. F. FRACCHIA voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl.*, op. cit., p. 471.

³⁴ Sulla natura oggettivamente amministrativa di molti atti delle Federazioni sportive *Tar Puglia*, sez. I, 11 settembre 2001, n. 3477, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, op. cit., p. 5683. Con riferimento alla disciplina applicabile, l'Autore esclude la soggezione degli atti delle Federazioni al diritto amministrativo, sostenendo che per la cura degli interessi pubblici sarebbero sufficienti gli atti di indirizzo e controllo del CONI, in modo da avere una funzionalizzazione per principi idonea ad alterare il regime privatistico degli atti federali previsto dalla normativa vigente.

altresì, le Federazioni sportive nazionali; infatti larga parte degli atti posti in essere dalle Federazioni presenta natura oggettivamente amministrativa sia per gli interessi pubblici perseguiti sia per la procedimentalizzazione della attività; ne discende la soggezione degli atti delle Federazioni ad un regime pubblicistico di diritto amministrativo alla stregua di quanto previsto per gli atti soggettivamente amministrativi che promanano da soggetti pubblici.

In tale prospettiva, allora, la previsione di cui all'art. 23 dello Statuto del CONI sul regime squisitamente privatistico degli atti delle Federazioni pare smentita anche dal diritto positivo (art. 7 e art. 133 lett. z, C.p.a., nonché art. 1, co. 1-ter l. n. 241/1990). In particolare l'art. 133, lett. z, C.p.a. attribuisce al giudice amministrativo, in sede esclusiva, la giurisdizione sulle controversie relative agli atti delle Federazioni sportive *"non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti"*. Tale disposizione normativa, prevedendo tre distinte forme di giurisdizione (ordinaria, amministrativa e sportiva) con eterogenee discipline processuali, implica che le Federazioni possano compiere differenti tipi di atti, privatistici o pubblicistici, aventi ciascuno la propria peculiare disciplina.

Inoltre, in particolari settori l'ordinamento italiano riconosce espressamente la possibilità di applicare, per date finalità, norme pubblicistiche ad atti ed attività compiuti da soggetti privati. Si pensi, ad esempio, ai principi e alle regole dell'evidenza pubblica nelle procedure di affidamento indette da un organismo di diritto pubblico³⁶. Tale figura, di origine europea, è stata recepita dal legislatore italiano nell'intento di far osservare le regole della concorrenza anche ad operatori che, seppur formalmente privati, risultino partecipati, finanziati o controllati dalla mano pubblica. Si è, dunque, in presenza di un soggetto privato ma che per certi atti e per taluni effetti viene considerato dall'ordinamento come fosse un soggetto pubblico, con applicazione di una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune. L'ordinamento dimostra, così, di far prevalere la sostanza sulla forma.

I requisiti dell'organismo di diritto pubblico, come noto, sono tre: 1) l'essere istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; 2) avere personalità giuridica di diritto privato; 3) essere finanziato o controllato dalla mano pubblica.

³⁶ M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli, 2004, p.15.

Tali requisiti si riscontrano tutti e tre nelle Federazioni sportive nazionali le quali sono associazioni con personalità giuridica di diritto privato, che non perseguono scopo di lucro³⁷ e soggiacciono ai poteri di indirizzo, vigilanza e controllo del CONI³⁸.

Il richiamo alla figura dell'organismo di diritto pubblico conferma ulteriormente la tesi che legittima le Federazioni, quali associazioni privatistiche, a compiere atti amministrativi, con conseguente applicazione *in parte qua* di un regime giuridico, sostanziale e processuale, di tipo pubblicistico. Si pensi, per esempio, al diritto di accesso *ex art.* 22 legge 7 agosto 1990, n. 241³⁹ limitatamente alle attività autoritative delle Federazioni.

4. Conclusioni.

Da quanto illustrato emerge come l'individuazione della natura giuridica delle Federazioni sportive non sia di per sé dirimente ai fini dell'accertamento della natura degli atti compiuti, delle situazioni soggettive in rilievo e del riparto di giurisdizione. Del resto, nella conclamata crisi della soggettività alla natura giuridica di un soggetto non corrisponde più necessariamente un'unica e predeterminata disciplina, dovendo l'interprete procedere ad un'opera di ritaglio calibrata sull'attività concretamente realizzata e sugli interessi perseguiti.

Ne discende, per l'effetto, come le Federazioni sportive siano da considerare a pieno titolo soggetti di diritto privato, inquadrati in un sistema pubblicistico, che esercitano ora poteri di autonomia privata ora potestà amministrative, con applicazione di regimi giuridici differenti in ragione della natura dell'atto di volta in volta in rilievo. Non esiste, del resto, alcuna preclusione a che nella medesima figura soggettiva coesistano momenti di autonomia privata e momenti di discrezionalità amministrativa.

Il tradizionale rilievo pubblicistico delle Federazioni sportive può dirsi, allora, definitivamente transitato dal profilo formale della natura giuridica del soggetto

³⁷ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ. Sez. Un., 26 ottobre 1989 n. 4399, in *Riv. dir. sport.* 1990, I, p. 57. Cass. civ. Sez. Un., 25 febbraio 2000, n. 46, in *Guida dir.*, 2000, pp. 68 ss..

³⁸ A riguardo C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il CONI e la regolamentazione dello sport*, op. cit., pp. 250-251: "l'assoggettamento dell'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione delle Federazioni Sportive Nazionali a procedure legali intese a consentire il controllo e la vigilanza del CONI sui fini perseguiti vale dunque a garantire la funzionalizzazione della loro autonomia privata al perseguimento di interessi valutati dal legislatore di pubblico rilievo". Tali poteri sono stati rafforzati dal d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242. Si pensi, a titolo esemplificativo, al potere riconosciuto al CONI di commissariare le Federazioni, con esercizio di poteri sostitutivi, in caso di gravi irregolarità di gestione, gravi violazioni dell'ordinamento sportivo oppure nell'ipotesi di impossibilità di funzionamento.

³⁹ *Tar Toscana*, sez. I, 19 giugno 1998, n. 411, in *Foro amm.* 1999, p. 833.

al profilo sostanziale dell'attività svolta e degli interessi concretamente perseguiti⁴⁰.

⁴⁰ G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, op. cit., p. 5683.

Criptovalute e finanza islamica. L'economia islamica innanzi al mercato globalizzato.

di Alessandro PALMA*

SOMMARIO: **1.** I principi di matrice religiosa della finanza islamica. **2.** Finanza islamica e valute virtuali. **3.** Il Gran *Mufti* di Egitto e la recente *fatwa* in tema di conformità delle criptomonete all'*Islām*.

1. I principi di matrice religiosa della finanza islamica.

Il rapporto tra religione ed economia è indubbiamente antico ed è negli ultimi anni al centro di numerosi campi di ricerca¹. Del resto, non solo è del tutto evidente una matrice anche economica delle religioni² ma numerose appaiono le confessioni religiose che «affrontano nella loro dottrina profili economici rivolgendoli essenzialmente all'etica dei propri insegnamenti di dottrina sociale»³. Il ruolo, dunque, delle religioni nelle dinamiche di mercato appare contrassegnato dai notevoli riflessi che l'appartenenza confessionale ed i relativi precetti dottrinari hanno sulle scelte di natura anche economia e finanziaria dei

* Avvocato, specializzato in professioni legali, Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e cultore della materia in Diritto Ecclesiastico e Diritti Confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Tutor di Diritto Costituzionale alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, nonché Tutor di Diritto Ecclesiastico presso l'Università Telematica Pegaso.

¹ Cfr. A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religioni*, Giappichelli, Torino, 2011; M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Bur, Rizzoli, 1991; R. STARK, *La vittoria della ragione. Come il cristianesimo ha prodotto libertà, progresso e ricchezza*, Lindau, Torino, 2006; M. C. GIORDA, S. PALMISANO, M. G. TURRI (a cura di), *Religioni & Economie. Idee ed esperienze*, Mimesis, Milano, 2014; G. ANELLO, *Deontologie religiose, cultura economica e rapporti contrattuali. Riflessioni a proposito dei processi di negoziazione*, in *Calume, intercultural law and humanities review*, 16 novembre 2016; F. SORVILLO, *Lo spazio religioso dell'azione economica. L'offerta bancaria e il metaprofit incontrano la confessionalità*, in *Calumet, intercultural law and humanities review*, 12 dicembre 2016; F. SORVILLO, *Economie e religioni. L'agire per fede alla prova dei mercati*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017; T. V. RUSSO, *Finanza islamica*, in *Digesto Disc. Priv., sez. comm., Agg.*, 6, Torino, 2012; T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a Compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, ESI, Napoli, 2014; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religioni*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 21-40; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Diritto e Religioni*, n. 13, 1-2012, pp. 191-198; E. FRANCESCA, *Economia, religione e morale nell'islam*, Carocci, Roma, 2013.

² P. SIMONNOT, *Il mercato di Dio. La matrice religiosa di ebraismo, cristianesimo ed islam*, Fazi Editore, Roma, 2010.

³ A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 5.

fedeli poiché «gli universi religiosi guardati nella loro dimensione antropologica, non si limitano solo a segnalare e prescrivere modalità rituali e forme di preghiera, ma sono colmi di proiezioni etiche volte a fornire ai soggetti coordinate per la loro azione»⁴.

Dunque, la forte incidenza dei precetti religiosi nelle dinamiche giuridiche ed economiche di coloro che vogliono agire in modo conforme ai dettami religiosi impone un'approfondita analisi del rapporto tra mercato globalizzato e fattore sociale⁵ ed il ruolo dell'agire religioso all'interno del sistema economico mondiale.

Così, la visione teologica che generalmente permea la concezione giuridico-normativa dei vari ordinamenti confessionali si manifesta nell'*Islām*, con particolare intensità proprio in materia economica e finanziaria attraverso un'etica economica⁶ ed una visione spirituale e religiosa dell'agire degli uomini nell'economia del creato che restituisce «una concezione etica inglobante in cui l'uso del denaro non è un fine, ma un mezzo per la realizzazione della dimensione religiosa del vivere sociale»⁷.

Il mondo islamico si organizza intorno alla religione proprio perché «l'aspetto religioso appare come il più importante, poiché condiziona la società civile, la concezione della vita, i valori fondamentali, i rapporti tra le istituzioni»⁸.

⁴ M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, p. 210.

⁵ In tema si rinvia a Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 2001; L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2003; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 159 ss.; P. CONSORTI, *Religioni e democrazia nel processo di globalizzazione*, in P. DELLA POSTA, A. M. ROSSI (a cura di), *Effetti, potenzialità e limiti della globalizzazione*, Springer-Verlag Italia, Milano, 2007, pp. 11-26; P. CONSORTI, *Globalizzazione della democrazia, laicità e religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007; U. MELOTTI, *Migrazioni internazionali: globalizzazione e culture politiche*, Mondadori, Milano, 2004; P. LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁶ Sul tema si rinvia a A. K. SEN, *Eitca ed economia*, Laterza, Roma – Bari, 2002.

⁷ Così, M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempo. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 22.

⁸ Così M. TEDESCHI, *L'Islam come confessione religiosa*, in ID., *Studi di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2004, p. 19; M. TEDESCHI *Confessioni religiose/ VIII) Islam*, in *Enciclopedia giuridica*, Aggiornamento XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, p. 6. Cfr. anche M. CAMPANINI, *Islam e politica*, Il Mulino, Bologna, 1999. Sul tema, come è stato osservato vi è una profonda differenza tra mondo occidentale e quello musulmano del modo di intendere la relazione tra economia e religione. Se, infatti, nel mondo occidentale il processo di secolarizzazione e, in un certo senso di «laicizzazione del concetto di economia (..) in seguito alle teorie di Bernard de Mandeville e di Adam Smith», ha portato ad una netta distinzione tra la religione e l'economia che, in quanto tali, appaiono ambiti autonomi disciplinati da regole e valori differenti, nel mondo musulmano i principi e le regole che governano il sistema economico e finanziario non prescindono da una visione religiosa dell'agire umano nei diversi ambiti in cui opera. Così M. D'ARIENZO, *I*

Lo studio dei fondamenti del sistema economico e finanziario islamico, dunque, non può prescindere da una stretta relazione tra vita materiale, *mu'āmalāt*, e vita spirituale, *'ibādāt*⁹, e da una visione spirituale e religiosa dell'agire dell'*homo islamicus* nella economia del creato¹⁰.

Nell'*Islām*, del resto, il termine economia, in arabo *Iqtisad* (dalla radice *quasada* che indica ogni azione umana è rivolta a Dio), adoperato nell'accezione di moderazione tra gli eccessi e nel senso di rettitudine lungo la via indicata da Dio¹¹, restituisce una dimensione nella quale, pur essendo riconosciuto il diritto fondamentale della proprietà privata¹² e pur essendo vista con favore la competizione negli affari ed il conseguimento di un giusto profitto, l'uso del denaro e delle ricchezze non può mai essere considerato «un fine ma un mezzo per la realizzazione della visione religiosa del vivere sociale»¹³.

Nella prospettiva islamica, così, quell'equilibrio tra aspetto materiale e quello spirituale, che ha il proprio fondamento nell'unicità del Dio in cui credere (*tawhīd*) e che permea l'intera visione islamica della realtà¹⁴, si ritrova anche nell'attività economica del fedele che, improntata alla medietà tra avarizia e prodigalità¹⁵, deve far emergere quel senso di responsabilità del musulmano rispetto all'uso delle ricchezze e dei beni¹⁶ e quella visione antropologica di uomo che, quale vicario di Dio sulla terra (*Khalīfa*)¹⁷, deve utilizzare i beni nel rispetto dei limiti e dei doveri indicati nella rivelazione divina ed in modo tale da ottenere la benevolenza di *Allah*.

fondamenti religiosi della finanza islamica, in *Diritto e Religioni*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 1-2012, p. 191.

⁹ Legame espressamente indicato nel Corano: VII, 7 e XXXV, 32. Sul tema, inoltre, si rinvia a M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 22; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002; F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹⁰ Così, M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Diritto e Religioni*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 1-2012, pp. 191- 198.

¹¹ A. REDOUANE, *L'etica economica dell'Islam*, consultabile sul sito internet www.arabismo.it.

¹² Corano XXIV, 27; Si rinvia anche a P. F. CUZZOLA, *Il Diritto islamico*, Primiceri editore, Pavia, 2015.

¹³ M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 22.

¹⁴ D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. CAMPANINI, *Introduzione alla filosofia islamica*, Laterza, Roma- Bari, 2004; M. CAMPANINI, *Dizionario dell'Islam*, Rizzoli, Milano, 2005; G. M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico. Materiali e strumenti giuridici*, Istituto per l'Oriente "Carlo Alfonso Nallino", Roma, 1996.

¹⁵ Corano XVII, 29; XXV, 67; II, 143.

¹⁶ Cfr. T. BENGARAI, *Comprendre la Finance islamique. Principes, pratiques et Ethique*, Les Quatre Sources, Paris, 2010; A. HADI GAFOURI, *Islam et économie. Réflexion sur les principes fondamentaux de l'économie islamiques*, Edition al Bouraq, Beirut, 2000.

¹⁷ Corano, II, 30.

In questa prospettiva, quale amministratore fiduciario (*amīn*) delle risorse del creato¹⁸ donate agli uomini da Allah, il musulmano ha il divieto di realizzare un vantaggio patrimoniale illegittimo in quanto eccedente ciò che è giusto e senza adeguato corrispettivo (*ribā*)¹⁹ ed ha il dovere religioso di concorrere al benessere economico e sociale, spirituale e materiale, della comunità islamica attraverso il rispetto di quelle prescrizioni e divieti coranici che gli consentono di ricavare beneficio dai beni e dalle ricchezze in una prospettiva non soltanto individualistica ma, anche, (quale fine essenziale della religione e nell'ottica di una giustizia distributiva) nell'interesse supremo della comunità²⁰.

Nell'*Islām*, del resto, non essendo considerata la povertà una virtù, la ricerca del benessere è sicuramente ammessa ma deve essere perseguita in modo tale che la ricchezza, acquistata con mezzi leciti²¹, non venga semplicemente accumulata

¹⁸ J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995.

¹⁹ I versetti che il Corano dedica alla *ribā* sono complessivamente otto: Corano XXX,39; IV, 161; III, 130; II, 275-280. Il divieto di *ribā* si configura non solo quando vi è un eccesso delle quantità scambiate e quando vi è un ritardo nell'adempimento, ma anche in caso di prestito di denaro dietro tasso di interesse modico o di speculazione o usura (Corano II, 275-276). Sul tema si rinvia a *Encyclopedie de l'Islam. Nouvelle édition*, E. J. Brill, Leiden, 1995, p.508; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Cacucci, Milano, 1943; V. DONINI, *Regola morale e pragmatismo economico nel diritto islamico dei contratti, Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Istituto per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2012; M. RODINSON, *Islam e capitalismo. Saggio sui rapporti tra economia e religione*, Einaudi, Torino, 1986; D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica del capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010; A. VINCENZO, *L'Islam, l'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2001; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, p.32 e ss.. Assieme al divieto di *ribā* nel diritto islamico vi è anche il divieto di rapporti giuridici connotati da incertezza, aleatorietà o mancanza di informazioni (*gharar*), così come il divieto di azzardo (Corano V, 90-91), di effettuare operazioni meramente speculative e di investire in attività che, al di fuori del normale rischio imprenditoriale, producano esiti incerti o dovuti al caso fortuito (*maysir*). Cfr. MD AKTHER UDDIN, *Principles of Islamic Finance: Prohibition of Riba, Gharar and Maysir*, MPRA, Munich Personal RePEc Archive, Paper number 67711, posted 9, November 2015, consultabile sul sito internet: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/67711>; L. NONNE, *Il prestito ad interesse nel Diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in M. PAPA, G. M. PICCINELLI, D. SCOLART, *Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011.

²⁰ Corano XVI, 9. Si veda anche H. BENMANSOUR, *Politique Economique en Islam*, Parigi, 1994; L. SIAGH, *L'Islam e il mondo degli affari. Denaro, etica e gestione del business*, Etas, Milano, 2008. Merita di essere sottolineato, inoltre, che il concetto di economia nell'Islam richiama quello di "scienza della casa" di Aristotele. Nella sua *Politica* Aristotele, infatti, individua un concetto di economia che, non riducendosi – come accade oggi – all'arte di accumulare ricchezze, si sviluppa intorno al governo e alla ricerca della felicità e del bene comune della comunità di appartenenza. Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, (a cura di R. Laurenti), Laterza, Milano, 2007; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), 16 luglio 2012.

²¹ Corano, II, 188.

ma, piuttosto, tramite il pagamento della *zakat*²² o semplicemente facendo circolare l'economia, distribuita nella comunità²³.

In questa prospettiva, «la liceità dei comportamenti attiene sia alla sfera etica, sia a quella propriamente giuridica, come rispetto dei principi normativi stabiliti dalla *sharī'a*» che «pur influenzando in modo diretto le scelte di consumo, di investimento e di produzione, spesso enunciano in maniera generale, e non specifica al campo esclusivamente economico, i comportamenti da tenere (*halà*) e quelli da evitare (*haram*)»²⁴.

Questa netta dicotomia tra ciò che è lecito e ciò che invece è proibito, che coinvolge tutti gli aspetti della vita del credente la cui azione deve essere rivolta a Dio secondo il quadro normativo rappresentato dalla *sharī'a*, così come il rapporto che vi è tra libero arbitrio e predestinazione²⁵ rappresentano l'imprecindibile quadro di riferimento per affrontare la questione circa la compatibilità con le regole del mondo economico e finanziario islamico del fenomeno delle criptomonete.

2. Finanza islamica e valute virtuali.

L'enorme diffusione delle valute virtuali (ed in particolar modo dei *bitcoin* quale sistema elettronico di pagamento *peer-to-peer* decentralizzato²⁶, totalmente indipendente da controlli di tipo bancario o governativo e basato sul concetto di

²² Corano IX, 60; IX, 103. Sul tema si veda anche A. ZYSOW, voce "*Zakāt*" in *Encyclopaedia of Islam*, XI, P.J. Bearman, Leiden: E.J. Brill, 2002, pp. 406-422; AA. VV., *Tasse religiose e filantropia nell'Islam del Sud-Est asiatico*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp.37 e ss.; E. FRANCESCA, *Economia, religione e morale nell'Islam*, Carocci, Roma 2013.

²³ Corano, IX, 34.

²⁴ Così M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 26 e 27. Si veda anche D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Volume I, I.P.O., Roma, 1926.

²⁵ In tema di predestinazione si rinvia a D. TOMASELLO, *Simboli della tradizione islamica. Lessico ragionato in 33 voci*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2007; G. RIZZARDI, *L'Islam: il linguaggio della morale e della spiritualità*, Glossa, Milano, 2007.

²⁶ Cfr. G. LEMME, S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 43, 2016; M. AMATO, L. FANTACCI, *Per un punto di Bitcoin*, Università Bocconi Editore, Milano, 2016; M. MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, in *Analisi giuridica dell'economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1/2015, pp. 117-138; D. CAPOTI, E. COLACCHI, M. MAGGIONI, *Bitcoin Revolution. La moneta digitale alla conquista del mondo*, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 2015, p. 3 e ss.; AA. VV., *Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 3, 2015, pp. 32-74.

distributed ledger technology, o *blockchain management system* – B.M.S. – ²⁷, più diffuso e più riconosciuto a livello mondiale)²⁸, così come la loro enorme influenza – grazie sia all'introduzione di tecniche innovative utilizzate per le operazioni di pagamento e di trasmissione di moneta che alla natura rivoluzionaria non solo in ambito economico ma anche sociale e geopolitico- sulle transazioni finanziarie e sul sistema economico mondiale, ha fatto sì che anche la finanza di matrice islamica ²⁹, oggi in forte espansione nel panorama internazionale nonostante abbia regole del tutto peculiari, si interessasse a tale fenomeno³⁰.

Il tema delle valute virtuali, infatti, oltre ad aver alimentato il dibattito e vari interventi normativi sia delle Autorità internazionali ed europee (quali il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale³¹, l'Autorità Bancaria Europea³² e la Banca

²⁷ Si rinvia sul tema a R. CAETANO, *Bitcoin: guida all'uso delle criptovalute*, Apogeo, Trebaseleghe, 2016.

²⁸ G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 31, 3, 2015, pp. 415-442; P. IEMMA, N. CUPPINI, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, pubblicato nel mese di marzo 2018 sul sito internet: www.dirittobancario.it/.

²⁹ Per un approfondimento si rinvia a R. HAMAUI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009; M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Diritto e Religioni*, n. 13, 1-2012, pp. 191-198.

³⁰ Sul tema si rinvia a G. L. GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in M. T. PARACAMPO, *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017; D. CAPOTI, E. COLACCHI, M. MAGGIONI, *Bitcoin revolution. La moneta digitale alla conquista del mondo*, Hoepli, Milano, 2015; M. AMATO, L. FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Università Bocconi Editore, Milano, 2016.

³¹ Organismo intergovernativo al quale partecipano i rappresentanti di organismi finanziari internazionali quali il FMI, la BCE e l'ONU e che ha lo scopo di sviluppare *report* e di favorire il coordinamento dei diversi ordinamenti sviluppando e proponendo attraverso raccomandazioni strategie di protezione del sistema finanziario dalle attività di riciclaggio e dal finanziamento al terrorismo. Cfr. L. LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 201-220; GAFI, Report (2014), "Valute Virtuali, definizioni chiave e potenziali rischi in ambito antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo", <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cfrisks.pdf>.

³² L'European Banking Authority (EBA) ai sensi dell'art. 9 del Regolamento UE n. 1093/2010, del 24 novembre 2010, è un organismo di vigilanza europeo che ha il compito di monitorare le attività finanziarie nuove ed esistenti e di adottare orientamenti e raccomandazioni volte a promuovere la sicurezza e la solidità dei mercati e la convergenza delle prassi di regolamentazione. In tema di criptovalute l'EBA ha emanato nel 2013 un *warning* per i consumatori ed un *opinion on virtual currencies*. Cfr. EBA (2014), *Opinion on virtual currencies*, disponibile su sito internet: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>.

Centrale Europea³³) che nell'ambito nazionale (con la posizione della Banca d'Italia³⁴ e con la normativa fiscale³⁵), è stato affrontato nel mondo islamico da giuristi ed esperti di economia e finanza che in tema hanno offerto numerose e diverse teorie³⁶.

³³ Sul piano comunitario la Commissione Europea, basandosi anche sull'analisi svolta dalla Banca Centrale Europea (*Virtual currency schemes, a further analysis, february 2015*), ha pubblicato nel febbraio 2017 una proposta di modifica in tema di controlli e di raccolta delle informazioni della Direttiva 849/2015 (IV direttiva antiriciclaggio) e, coerentemente alla "*Risoluzione sulle valute virtuali*" (approvata il 25 maggio 2016 dal Parlamento Europeo), ha riconosciuto il ruolo assunto dalle valute virtuali all'interno dell'ecosistema criminale.

³⁴ Si pensi, ad esempio, al rapporto di stabilità finanziaria del 2014, ove si esplicitano le preoccupazioni sulle criptovalute (con specifico riguardo ai *Bitcoin*) riprendendo peraltro posizioni condivise a livello comunitario o, ancora, all'*Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette valute virtuali* che la Banca d'Italia ha pubblicato nel 2015 sul proprio sito *online* e nel quale si scoraggiano le banche e gli altri intermediari vigilati dall'acquistare, detenere o vendere valute virtuali, in virtù dell'assenza sia di adeguati presidi che di un quadro legale certo circa la natura giuridica delle valute virtuali. In tema si rinvia a Banca d'Italia (2015), *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette valute virtuali*, liberamente consultabile online sul sito internet: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvertenza/valutevirtuali/pdf>.

³⁵ Al riguardo si rinvia in primo luogo alla disciplina che prevede l'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), istituita presso la Banca d'Italia dal D. lgs. 21 novembre 2007, n.231 (che a sua volta recepisce la direttiva europea 2005/60/CE) ed alla risoluzione 72/E/2016 con cui l'Agenzia delle Entrate, in linea con i recenti orientamenti della Corte di Giustizia dell'UE, illustra il trattamento fiscale da applicare a chi svolge attività di acquisto e cessione di moneta virtuale in cambio di valuta *standard*. Si ricorda poi la modifica del Decreto legislativo n. 231/2007 ad opera del Decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90 (entrato in vigore il 4 luglio del 2017) di "Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio) relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006". Inoltre, con le modifiche apportate alla disciplina dal Decreto legislativo n. 90/2017 è stato modificato, altresì, il Decreto legislativo n. 141/2010, contenente la regolamentazione del registro dei cambiavalute, inserendo nell'art. 17 bis i commi 8 *bis* ed 8 *ter*. Sulla base di tali previsioni gli operatori in valuta virtuale devono, secondo le modalità e le tempistiche indicate con apposito decreto del Ministero dell'Economia, iscriversi in apposita sezione speciale del registro. Cfr. R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica (II)*, fasc. 1, febbraio 2017, p. 27; N. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica (II)*, fasc. 3, giugno 2015, p. 443; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica (II)*, fasc. 3, 2015, p. 415.

³⁶ AA. VV., *Cryptocurrency Framework Diagnostics from Islamic Finance Perspective: A New Insight of Bitcoin System Transaction*, in *International Journal of Management Science and Business Administration*, Volume 4, Issue 1, November 2017, pp. 19-28.

Infatti, come quella occidentale, anche la finanza islamica non è affatto unanime al riguardo³⁷ e, nel dibattito sulle valute virtuali, vi è chi vede il *bitcoin* come una criptovaluta compatibile con la finanza islamica e chi, al contrario, non lo ritiene tale.

Vi sono studiosi che, considerando il sistema di controllo *blockchain management system* conforme ed a garanzia del divieto di usura (*ribā*), ritengono che il sistema delle monete virtuali sia rispettoso dei principi di finanza islamica³⁸.

Vi sono, poi, esperti che ritengono non necessariamente incompatibile il rivoluzionario sistema della moneta virtuale con i principi della finanza islamica³⁹ o che, addirittura, si orientano per la validità e la conformità alle prescrizioni sharaitiche (*shari'a compliant*)⁴⁰ dei *bitcoin* «come potenziale strumento di diversificazione». In questa prospettiva, viene sottolineato come l'impiego della criptovaluta da parte di investitori non solo debba trovare il favore delle istituzioni islamiche ma anche che possa essere uno strumento ed una «strategia di ottimizzazione del portafoglio» in quanto gli «indici azionari di *bitcoin* e *Shari'a* sono correlati in modo modesto e negativo, suggerendo che gli investitori azionari islamici possono beneficiare della diversificazione con *bitcoin* e che i fondamentali di tali criptovalute possono essere ulteriormente adoperati a beneficio del capitale islamico mercati»⁴¹.

³⁷ MUFTI FARAZ ADAM, *Shariah interpretations of bitcoin*, 30 dicembre 2017 consultabile su Amanah. Finance Consultancy, all'indirizzo: <https://afinance.org/2017/12/30/shariah-interpretations-of-cryptocurrencies/>.

³⁸ Cfr. C. W. EVANS, *Bitcoin in Islamic Banking and Finance*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, June 2015, Vol. 3, No. 1, pp. 1-11.

³⁹ J. A. BERGRSTRA, *Bitcoin and Islamic Finance*, in *Theory of Computer Science Report Series*, Vol. 1406, University of Amsterdam, Amsterdam, 7 June 2014.

⁴⁰ In tema deve essere ricordato il ruolo dello *Shari'a supervisory board*, organo solitamente composto da pochi studiosi del diritto e della religione islamica che ha il compito di certificare che i prodotti finanziari o l'attività della banca siano sempre conformi alle prescrizioni sharaitiche. Per una compiuta trattazione si rinvia a T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, ESI, Napoli, 2014.

⁴¹ S. JIN LIM, M. MASIH, *Exploring portfolio diversification opportunities in Islamic capital markets through bitcoin: evidence from MGARCH-DCC and Wavelet approaches*, in *MPRA Papers, Munich Personal RePEc Archive*, No. 79752, posted 15 June 2017. Si rinvia anche a A. MOHAMED RAHIM, M. MASIH, *Portfolio diversification benefits of Islamic investors with their major trading partners: Evidence from Malaysia based on MGARCH-DCC and wavelet approaches*, in *Economic Modelling forthcoming*, 54, February 2016, pp. 425-438.

Altri, ancora, a differenza di quanti considerano opportuno nell'*Islām* un controllo centralizzato sulle valute da parte di un'autorità centrale⁴², ritengono compatibile il sistema delle valute virtuali proprio in ragione di una maggiore libertà di un sistema bancario in cui non vi sono valori decisi ed imposti dall'alto.

Vi è poi chi, nel dibattito circa la natura *halal* o *haram* (lecita o illecita) delle valute digitali, ha sottolineato che i *bitcoin* sono come ogni altra moneta e che, dunque, non vi può essere nessuna incompatibilità assoluta con le regole *sharaitiche*. Questa, piuttosto, al di fuori delle ipotesi di scambio contestuale di beni tangibili⁴³, potrebbe insorgere solo nei casi di mera speculazione monetaria (come nel caso di *carry trade* e cioè la pratica che gioca sui diversi tassi d'interesse monetari).

Così, secondo questa impostazione, anche il problema della volatilità dei *bitcoin* (cioè la forte variazione percentuale del prezzo nel corso del tempo), naturalmente in contrasto con la finanza islamica che proibisce il rischio eccessivo, può essere risolto se gli importi sono contenuti e scambiati rapidamente e se «i *bitcoin* più che come moneta di riferimento per la sottoscrizione di contratti» vengono adoperati per superare i vincoli bancari «come mezzo per il trasferimento veloce e gratuito dei fondi raccolti» (*crowdfunding*)⁴⁴.

Alle tesi che considerano le valute virtuali *sharī'a compliant* o, quantomeno, non aprioristicamente incompatibili con le regole che disciplinano la finanza islamica, dovendosi volta per volta valutare non tanto il tipo di pagamento utilizzato ma, piuttosto, la sua modalità di utilizzo e la moralità della transazione finanziaria⁴⁵,

⁴² MUFTI FARAZ ADAM, *Bitcoin: Shariah Compliant?*, Amanah Finance Consultancy, posted on August 24, 2017 e consultabile online sul sito internet: <https://afinance.org/2017/08/24/bitcoin-shariah-compliant/>.

⁴³ Senza che si possa configurare, così, un *Future and Forward Contract*, considerato incompatibile con la disciplina *sharaitica*. Cfr. E. M. M. INJADAT, *Futures and Forwards Contracts from Perspective of Islamic Law*, in *Journal of Economics and Political Economy*, Vol.1, Issue 2, 2014 consultabile online sul sito internet: <http://www.kspjournals.org/index.php/JEPE/article/view/68>.

⁴⁴ Del resto merita di essere sottolineato che numerose sono le Società *Blockchain* conformi alla *Sharī'a*. Si pensi alla *startup Blossom Finance* o, ancora, a *GoldMoney*, *HelloGold*, *Aoon*, *LaunchGood* le attività delle quali sono tutte certificate come *haram*. P. FIORE, *Crowdfunding, bitcoin e finanza secondo la Sharia, spiegati*, 2 dicembre 2015, consultabile online sul sito *smartmoney* all'indirizzo: <http://smartmoney.startupitalia.eu/crowdfunding/50563-20151202-crowdfunding-islam-spiegato>; P. FORMICA, *L'alleanza tra crowdfunding e Bitcoin apre scenari nuovi*, in «Il Sole24ore 2014», consultabile online all'indirizzo: <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-02-02/l-alleanza-crowdfunding-e-bitcoin-apre-scenari-nuovi-081728.shtml?uuid=AB93fxt>.

⁴⁵ MUFTI ABDUL KADIR BARKATULLAH, *How does svaraia view Crypto-Currencies? Crypto-currencies and Islamic finance*, 14 october 2016 in *Ebrahim college* consultabile online sul sito internet: <https://ebrahimcollege.org.uk/how-does-sharia-view-crypto-currencies/>.

si contrappongono gli studi di coloro che considerano le monete virtuali –ed in particolare i *bitcoin-no shari'a compliant*.

Molti, infatti, sono i giuristi che sottolineano l'incompatibilità con i principi della finanza islamica dei *bitcoin*.

Questi ultimi, così, lungi dal poter essere considerati non una moneta corrente ma una bene materiale (o cripto-bene) da scambiare (contestualmente e senza fini speculatori) con un altro bene, sono a tutti gli effetti moneta elettronica basata su un sistema di pagamento *peer to peer* innovativo e decentralizzato che non ha bisogno dell'economia reale e che non promuove la crescita reale dell'economia⁴⁶.

Del resto, le grandi incertezze circa l'inquadramento giuridico, così come la volatilità e la forte variazione percentuale del prezzo dei *bitcoin* nel corso del tempo⁴⁷, se nel mondo *shii'ta* non hanno impedito che Abolhassan Firouzabadi, Segretario dell'*Iranian High Council of Cyberspace* (HCC), mostrasse segnali di apertura verso le monete virtuali pur auspicandone una completa regolamentazione ed una attenta attività di supervisione e di controllo da parte della Banca Centrale⁴⁸, hanno invece spinto nel 2014 il *Malaysian Fatwa Council* (Consiglio Nazionale che sulla base del diritto sharaitico ha il compito di dichiarare ciò che è e ciò che non è *hala*)⁴⁹ a pronunciarsi negativamente sulle monete virtuali in quanto la mancanza di un organo centrale di controllo e la loro natura volatile favoriscono, in una logica del tutto fuori dalla condivisione dei profitti e delle perdite, sia un mercato con forti speculazioni sui prezzi sia il possibile finanziamento di attività di natura illecita⁵⁰.

⁴⁶ MUFTI FARAZ ADAM, *Bitcoin: Shariah Compliant?*, pubblicato il 24 agosto 2017 sul portale Darul Fiqh. Gateway to the Islamic Sciences (<http://darulfiqh.com/bitcoin-shariah-compliant>) e consultabile anche sul sito: www.afinance.org.

⁴⁷ Sul tema si rinvia a MOHAMMAD MAHMOUD IBRAHIM TAYEL, *Can Bitcoin be self-regulatory legal tender? A Comparative Analysis of United States, European Union and Islamic Legal System*, Central European University, Budapest, 27 march 2015; SAMI AL-SUWAILEM, *Complexity and endogenous instability*, in *Research in International Business and Finance*, Volume 30, January 2014, pp. 393-410; S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, consultabile sul sito *internet*: www.bitcoin.org.

⁴⁸ ABOLHASSAN FIROUZABADI, *Iran Cyberspace Authority welcomes Bitcoin and other Cryptocurrencies*, in *Financial Tribune*. First Iranian English Economic Daily, 25 november 2017, consultabile online all'indirizzo: <https://financialtribune.com/articles/iran-welcomes-cryptocurrencies>.

⁴⁹ AA. VV., *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, Global Legal Research Directorate Staff, in *The Law Library of Congress, Global Legal Research Center*, 2014 consultabile all'indirizzo: <https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>.

⁵⁰ Tale orientamento è stato adottato anche dalla Banca Centrale della Malesia. Cfr. M. SMALLEY, *Bank Negara's Officially Unofficial Statement on Bitcoin Is No Statement*, in *BETANOMICS*, 4 November 2013 consultabile online sul sito: <http://betanomics.asia/blog/bank-negara-malaysian->

3. Il Gran *Mufti* di Egitto e la recente *fatwa* in tema di conformità delle criptomonete all' *Islām*.

Sul tema della compatibilità delle criptomonete con le regole islamiche si è inoltre recentemente pronunciato con una *fatwa* il Grand Mufti dell'Egitto, lo sceicco *Shawki Ibrahim Abdel-Karim Allam*⁵¹.

Sul tema, del resto, si era già espressa nel novembre del 2017 la Direzione degli Affari Religiosi della Turchia (*Turkey's Directorate of Religious Affairs* o *Diyanet*)⁵² con una *fatwa* nella quale, assumendo una posizione del tutto opposta a quella espresso poco prima dal Presidente della Banca Centrale Turca⁵³, si affermava chiaramente che comprare e vendere valute virtuali non poteva essere compatibile con la religione islamica sia per il fatto che la valutazione delle criptovalute è suscettibile a speculazioni sia per il fatto che, in assenza di regolamentazione e di controlli, tali forme di pagamento possono essere facilmente usate in attività illegali come il riciclaggio di denaro sporco o il finanziamento del crimine transnazionale.

Come è noto, nel diritto islamico la *fatwa*⁵⁴ è una opinione legale in risposta ad un quesito di tipo giuridico e religioso (data la inscindibilità degli ambiti nel diritto musulmano) su un caso concreto fornita da un'autorità giudiziaria islamica (*mufti*) privo di forza vincolante (in questo molto simile ai *responsa* di diritto romano), ma che però risulta particolarmente importante in ragione della considerazione e del prestigio che la comunità di appartenenza riconosce all'autorità che la emana⁵⁵. Quale produzione priva di esecutorietà la *fatwa* è un parere *pro veritate*⁵⁶ pronunciato dal *Mufti* su richiesta del giudice (*qadi*), che

government-unofficial-bitcoin-statement. Posizioni analoghe e sulla base delle stesse argomentazioni sono state assunte nel mondo sunnita anche da Javed Ahmad Ghamidi e da Assim Al Hakeem. Queste sono visualizzabili online rispettivamente sui siti internet: <http://www.javedahmadghamidi.com/> e <https://www.assimalhakeem.net/dealing-in-cryptocurrency-is-not-permissible-as-you-have-said-but-can-you-please-elaborate-on-it-so-i-can-pass-that-information-out-to-people-around-me-why-is-it-not-permissible-to-deal-in-cryptocurr>.

⁵¹ Cfr. J. SKOVGAARD PETERSEN, *Defining Islam for the Egyptian State: Mufti and Fatwas of Dar al-Iftā*, Leiden, New York: Brill, 1997.

⁵² Sul tema si rinvia a W. ENDE, U. STEINBACH, *L'islam oggi*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1993.

⁵³ J. REDMAN, *Turkish Central Bank President: Cryptocurrencies may contribute to Financial Stability*, consultabile online sul sito internet: <https://cryptoradar.org/turkish-central-bank-president-cryptocurrencies-may-contribute-to-financial-stability/>.

⁵⁴ D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Volume II, I.P.O., Roma; W. ENDE, U. STEINBACH, *L'islam oggi*, Edizioni Devoniene, Bologna, 1993.

⁵⁵ Ad esempio, per gli *shi'iti* solo gli *ayatollah* sono autorizzati ad emanare le *fatawa*.

⁵⁶ Vi possono dunque essere *fatawa* tra loro del tutto discordanti.

senza sforzi interpretativi deve applicare il diritto al caso concreto⁵⁷, o su iniziativa di chiunque vi abbia interesse.

Si comprende, allora, l'importanza di una *fatwa* emanata in tema di criptomonete.

Infatti, sul tema ampiamente dibattuto nel mondo musulmano circa la conformità all'*Islām* dei *bitcoin*, il primo gennaio 2018 la più importante carica giuridica religiosa dello Stato, il Gran *Mufti* di Egitto, dopo aver sentito il parere di numerosi economisti ed esperti di finanza islamica, attraverso una *fatwa* si è pronunciata nel senso che le valute virtuali ed in particolare i *bitcoin* non possono essere considerati *halal* in quanto è risultato evidente dall'indagine compiuta che tali criptovalute, oltre a determinare conseguenze e ricadute molto pericolose sull'economia e la finanza islamica, sono anche uno strumento illecito e non compatibile con i precetti dell'*Islām*.

Essenzialmente, la *fatwa* in esame prende in considerazione alcuni aspetti fondamentali di un fenomeno, quello delle criptovalute, per il quale è necessario uno studio approfondito.

Del resto, i mercati di questo tipo di valute, privi di controlli finanziari, di garanzie e di *standard* qualitativi e governati unicamente da una gestione paritaria delle transazioni e da opachi algoritmi crittografici, sono molto rischiosi.

Queste monete virtuali, infatti, per le quali non esistono prezzi e parametri universalmente stabiliti, allo stato attuale appaiono uno strumento poco sicuro che, a causa della forte volatilità e delle grandi fluttuazioni delle loro quotazioni determinate da un sistema di dati trasversale particolarmente instabile e non controllabile, se da una parte possono assicurare importanti profitti dall'altro, in presenza di operazioni meramente speculative, possono generare sia imprevedibili perdite per i singoli operatori sia grande instabilità dei mercati finanziari.

Inoltre, al di là dei pericoli ai quali può essere esposto il sistema di sicurezza delle monete virtuali (che per regolare la generazione di unità e verificare il trasferimento di fondi producono copie di *backup*), quali la sottrazione di dati sensibili, la diffusione di *virus* e di attacchi informatici da parte di *hakers*, il *Mufti*

⁵⁷ Sforzo interpretativo, invece, richiesto sia all'erudito (*'alim*) appartenente a specifiche scuole giuridiche (*madhab*) sia al *mufti* (il giureconsulto) che elabora l'indirizzo generale applicato poi al caso concreto dal giudice che può anche richiedere pareri su questioni meramente teoriche al *faqih* (il giurisperito). Cfr. O. GIOLO, *Giudici, giustizia, e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005; E. BUSSI, *Principi di Diritto musulmano*, Cacucci Editore, Bari, 2004; D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Volume II, I.P.O., Roma, 1938.

sottolinea anche l'alto rischio connesso all'uso nel sistema della moneta digitale della crittografia.

Quest'ultima, infatti, capace di celare l'identità degli utenti (sforniti di un Id di identificazione)⁵⁸, rende di fatto anonimi gli operatori e non tracciabili le operazioni finanziarie con la possibilità che la maggior parte delle transazioni con moneta digitale siano operazioni meramente speculative o finalizzate ad attività illecite (sempre più numerosi sono i casi di *cybercrime* in cui si richiede il pagamento di un riscatto in *bitcoin*).

Ancora, a differenza delle obbligazioni e delle azioni o di quanto avviene nel circuito ordinario del settore bancario⁵⁹, tutti i problemi che si presentano, così come la perdita totale o parziale del capitale investito, gravano, non essendo prevista alcuna forma di garanzia o di difesa, unicamente su colui che possiede la valuta⁶⁰.

Nella *fatwa*, inoltre, si sottolinea anche che la non tracciabilità così come l'assenza di controlli, di garanzie e di regole chiare sulla circolazione di queste monete virtuali oltre a facilitare l'operato di quelle società che intendono evadere le tasse e non rivelare i loro profitti, diventano inevitabilmente anche lo strumento di altri comportamenti fraudolenti. Si pensi al riciclaggio di denaro, al contrabbando, alle truffe, alle frodi o, ancora, a coloro che aggirando i circuiti ordinari di investimento ed i mediatori finanziari autorizzati, finanziano direttamente le attività delle organizzazioni criminali e dei gruppi terroristici⁶¹.

In conclusione, si legge nella *fatwa*, le caratteristiche di tali strumenti di pagamento e la possibilità che con la loro diffusione si possa disturbare il mercato finanziario alterandone con attività speculative il normale

⁵⁸ F. REID, M. HARRIGAN, *An analysis of anonymity in the Bitcoin system*, in *Privacy, security, risk and trust, Third International Conference on Social Computing*, 2011, pp. 1318-1326.

⁵⁹ Si pensi ad esempio ai *sukuk*, obbligazioni conformi alla *shari'a* poiché l'investitore concede un capitale alla banca che provvede ad investirlo in un'attività reale, riscuotendone i profitti. La particolarità di queste obbligazioni risiede però nella condivisione dei rischi e dei profitti tra creditore e debitore, in modo che siano presi in considerazione solo investimenti potenzialmente validi.

⁶⁰ Cfr. D. MUMBERE, *Top Egyptian cleric forbids Muslims from Bitcoin trading*, in *AfricanNews*, consultabile sul sito internet: <http://www.africanews.com/2018/01/02/top-egyptian-cleric-forbids-muslims-from-bitcoin-trading>.

⁶¹ Cfr. N. PASSATELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, 15 novembre 2016, consultabile online sul sito sicurezzanazionale.gov.it all'indirizzo: <https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2016/11/Bitcoin-e-riciclaggio-Passarelli.pdf>. Sul tema si rinvia anche a AA. VV., *Terrorist use of virtual currencies. Containing the Potential Threat*, in *Energy, Economics e Security*, may 2017, consultabile online all'indirizzo: <https://www.lawandsecurity.org/wp-content/uploads/2017/05/CLSCNASReport-TerroristFinancing-Final.pdf>.

funzionamento, fanno in modo che i *bitcoin* così come le altre monete virtuali non possano essere considerate *hala*⁶².

Del resto, afferma il Gran *Mufti*, assomigliando le operazioni in cui vengono adoperate queste valute virtuali al gioco d'azzardo ed al *gharar*, è del tutto evidente che i bitcoin non possano essere compatibili con i precetti sharaitici poiché «chi truffa non è uno di noi».

⁶² Dello stesso parere anche il Governo egiziano che vede nei bitcoin un pericolo per l'economia del Paese. Non a caso, il 17 dicembre l'*Egyptian Financial Supervisory Authority* (EFSA) ha proibito in Egitto la circolazione della criptovaluta. Dello stesso parere sembra essere anche il *Dar Al-Ifta*, una delle maggiori istituzioni religiose in Egitto, secondo il quale i *bitcoin* sono dannosi per la sicurezza sociale ed economica del Paese.

I vincoli di destinazione e le fondazioni di fatto.

di Annunziata RAPILLO*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** La responsabilità patrimoniale generica: normativa e *ratio*. **3.** I patrimoni separati: tra ipotesi tipiche e atipiche. **4.** ...segue: la disciplina *ex art. 2645 ter c.c.*: norma sostanziale o di trascrizione? **5.** Le fondazioni: enti a base capitale **6.** ...segue: l'ammissibilità delle fondazioni di fatto. **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente scritto ha come ambizione quella di addentrarsi nella *quaestio iuris* che, soprattutto negli ultimi anni in seguito alla tipizzazione dell'art. 2645 *ter* c.c., pone in evidenza la tensione tra autonomia negoziale e istituzione di patrimoni separati. Invero, quanto sancito a livello normativo in relazione alla responsabilità patrimoniale generica non può non fare i conti con un diritto civile in continua evoluzione e sempre più proiettato in una dimensione che strizza l'occhio alla libertà dei contraenti, finendo con l'erosare il principio sancito all'art. 2740 c.c..

Con tale tradizionale dibattito si intreccia una problematica altrettanto delicata, ma più di nicchia, che riguarda le fondazioni e l'ammissibilità delle stesse qualora risultino prive del necessario riconoscimento della personalità giuridica: l'idea, infatti, che possa esserci spazio per le cd. Fondazioni di fatto sembra intaccare la disciplina tipica degli enti del libro I, e soprattutto appare idonea a scardinare l'opinione di quanti sostengono vi sia l'applicazione del principio del *numerus clausus* anche in ambito di patrimoni separati.

È bene, pertanto, prendere le mosse dal concetto di responsabilità patrimoniale generica per poi analizzare l'istituto dei vincoli di destinazione e comprendere se nelle molteplici declinazioni di questi sia possibile ravvedere anche le fondazioni non riconosciute, patrimoni autonomi, segregati e funzionalizzati, che paventano un rischio di intangibilità a discapito del ceto creditorio. Infine, giova, comprendere come tale tipologia di fondazione si relazioni al più recente negozio di destinazione patrimoniale, molto discusso e al centro di numerose diatribe dottrinali.

* Dottoranda di ricerca presso l'Università di Salerno.

2. La responsabilità patrimoniale generica: normativa e *ratio*.

Al fine di comprendere come il concetto di patrimonio separato interagisca con l'istituto della responsabilità patrimoniale, giova prendere le mosse dalla disciplina tipizzata all'art. 2740 c.c.. Secondo quanto previsto nel codice civile il debitore risponde delle obbligazioni personalmente contratte con tutto il suo patrimonio, sia presente che futuro: posta a protezione del soggetto creditore nel rapporto, la responsabilità del debitore in seguito all'inadempimento rappresenta una sanzione a cui lo stesso soggiace e che trasforma la prestazione originaria in un'obbligazione risarcitoria, fornendo così uno strumento di tutela avente ad oggetto il bene fungibile in assoluto: il danaro.¹

Nella stesura dell'art. 2740 c.c., il legislatore del 1942 sembra prendere spunto dal quanto previsto nel codice Pisanelli (a sua volta ispiratosi alla formula prevista nel *Code Napoléon*), ma in più aggiungendo un secondo comma al fine di tipizzare un contemperamento tra diverse esigenze. Invero, emergeva dal dispositivo dell'art. 1948 del testo del 1865 che il patrimonio rappresentava il mezzo per l'adempimento dell'obbligazione, implicando uno scivolamento dell'elemento della responsabilità all'interno della struttura obbligatoria.

La normativa tipizzata in epoca fascista fin dall'origine ha prestato il fianco ad innumerevoli dispute, prima fra tutte quella riguardante il suo valore, assoluto o derogabile, ma soprattutto ha fatto sorgere dubbi in merito alla qualificazione della stessa come elemento costitutivo dell'obbligazione.²

¹ A tale prospettiva aderisce convintamente A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam Ed., Padova, 2015. Giova, però, segnalare in senso differente M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Giappichelli Ed., Torino, 2016, il quale sostiene esplicitamente come la disciplina della responsabilità patrimoniale si perfezioni fin dal momento della nascita del debito e, pertanto, non sorge nel frangente dell'inadempimento bensì accompagna la prestazione *ab origine*. Ciò in quanto alla responsabilità patrimoniale che sorge con l'assunzione del debito segue la garanzia patrimoniale che, invece, è collocata cronologicamente nella fase dell'inadempimento comportando l'individuazione dei beni su cui il creditore insoddisfatto può rivalersi attraverso l'esecuzione in forma specifica o per equivalente. Tale diversa prospettiva sebbene possa apparire meramente teorica implica una serie di conseguenze di non poco momento soprattutto in relazione alla deroga individuata al secondo comma dell'art. 2740 c.c.: seguendo la prima ricostruzione, infatti, le limitazioni legalmente previste e possibili sono da riferirsi all'istituto della responsabilità patrimoniale generica; viceversa, qualora si reputi che la garanzia patrimoniale generica sorga esclusivamente dopo l'inadempimento è proprio a quest'ultima che può ricondursi suddetta limitazione. Inoltre, sposando tale seconda impostazione emerge chiaramente una coerente lettura del sistema e soprattutto sbiadisce la diatriba che per lungo tempo ha posto in rilievo la non ammissibilità di forme atipiche di segregazione patrimoniale.

² In tal senso giova segnalare la discussione sorta *illo tempore* tra le due posizioni maggiormente nette quelle di Betti e Carnelutti, pragmaticamente ricalcate da Irti in un suo celebre saggio che poneva in luce le differenze intrinseche che scaturivano dall'adesione ad una prospettiva

Preliminare ad ogni tipo di investigazione è, però, l'individuazione della funzione che l'ordinamento attribuisce alla disciplina della responsabilità patrimoniale generica da un lato e alla garanzia patrimoniale generica dall'altro.

Giova, invero, porre in evidenza che tali istituti seppur complementari non vanno confusi né sovrapposti poiché mentre quanto stabilito *ex art. 2740 c.c.* configura una disposizione dal valore precettivo e la cui efficacia si presenta cronologicamente anteriore, la garanzia patrimoniale *ex art. 2741 c.c.*, invece, spiega i suoi effetti nella fase patologica del rapporto obbligatorio, quando cioè il debitore non ha adempiuto la prestazione individuata ed implica che in tale frangente affiorino molteplici strumenti di protezione finalizzati ad ingabbiare i beni dell'inadempiente faziosamente sottratti al procedimento di esecuzione forzata.³

Certamente *ratio* fondamentale di entrambe le norme è riconducibile alla tutela dei terzi: a ben vedere, infatti, in omaggio al mutamento avvenuto in fase fascista, epoca in cui il codice civile odierno fu promulgato, il legislatore sembra prediligere la disciplina della ricchezza nella sua declinazione mobile: l'abbandono dell'economia rurale e la fusione del codice del commercio con quello civile, da cui scaturisce un'unica regolamentazione, cristallizzano una nuova esigenza, quella di consentire una tutela rafforzata dei terzi in un universo negoziale in cui i rapporti obbligatori reggono lo spostamento di beni, mobili e immobili.

La tutela dei traffici trova il giusto contemperamento nella individuazione di due strumenti, quelli della azione revocatoria e della azione surrogatoria, da qualche anno coadiuvati anche dalla revocatoria semplificata,⁴ mezzi che consentono a

sostanziale e quelle che derivavano da una visione processuale. Invero le due posizioni, affini nella misura in cui consideravano i due elementi della responsabilità e del debito tra loro scissi e distinti, si differenziavano per la valenza che alla dinamica tra soggetto attivo e soggetto passivo attribuivano. L'estraneità della responsabilità generica, anche sistematicamente nel codice, distante dalla disciplina del rapporto obbligatorio implicava una autonoma fase che nell'*iter* patologico veniva supportata ed esercitata dalla autorità pubblica: la relazione tra i soggetti obbligati, pertanto, si sposta dal settore privato a quello pubblico. A questa visione con sforzo e genio portata avanti da Carnelutti si contrapponeva quella di Bettiana memoria che ravvedeva nella responsabilità e nel debito due elementi distinti sì, ma interni all'obbligazione e, quindi, inscindibili nella loro osmotica vicenda. Cfr. N. IRTI, *Dialogo tra Betti e Carnelutti (Intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, I, p. 1 ss..

³ Per una completa ricostruzione del concetto di responsabilità patrimoniale cfr., *ex multis*, M. COCUCCIO, *Responsabilità patrimoniale, tutela della persona e patrimoni separati*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2017, II, p. 503 ss..

⁴ L'istituto a cui si fa cenno è la particolare azione revocatoria semplificata disciplinata all'art. 2929 *bis* c.c. e che può essere esperita dal soggetto che si ritiene leso da un atto di disposizione a titolo gratuito, posto in essere proprio per nuocere alla classe creditoria. A ben vedere, la definizione di

posteriori di incidere su trasferimenti patrimoniali pregiudizievoli avvenuti in fasi differenziate nel tempo.

È bene, pertanto, interrogarsi sulla effettiva valenza dell'istituto di cui all'art. 2740 c.c. e la relativa derogabilità: invero, affrontando la *quaestio iuris* riguardante il valore che tale precetto assume ben può comprendersi come ne consegua l'ammissibilità giuridica dei patrimoni separati o autonomi, senza intaccare la coerenza sistematica del codice.⁵

Ciò che è noto è che tale precetto individuato come sintesi di un principio di ordine pubblico impone in caso di violazione la sanzione della nullità che trascina con sé tutte le disposizioni di autonomia negoziale che vanno ad intaccare il patrimonio del debitore, comportando forme di limitazione alla tutela del creditore impossibilitato ad agire per risanare la sua posizione. A ben vedere, però, una simile lettura si rivela coerente con una prospettiva che attribuisce un valore processuale all'art. 2740 c.c., ma risulta poco logica qualora alla disciplina della responsabilità generica si dia un valore sostanziale. È bene allora, senza pretesa di esaustività, ricomporre il dibattito sorto agli inizi del XX secolo in merito alla responsabilità patrimoniale generica e al ruolo, interno o esterno, all'obbligazione stessa.

Lo stretto collegamento che nel codice Pisanelli intercorreva tra responsabilità generica e adempimento appariva distonico nella misura in cui il concetto di responsabilità trovava la sua ragion d'essere proprio nell'assenza dell'esatta

atto gratuito od oneroso avverrà sulla base di una valutazione inerente alla causa intesa in senso concreto, nonché alla mancanza di una controprestazione che persegua un vantaggio proprio. Alla stregua l'individuazione del pregiudizio è riconducibile alla instaurazione del vincolo di indisponibilità in una fase successiva a quella in cui cronologicamente sorse il rapporto debitorio, il che va a supportare la faziosità dell'azione posta in essere dal soggetto obbligato. Per ulteriori approfondimenti in merito, cfr. R. S. BONINI, *Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata: la tutela dei creditori rispetto agli atti di destinazione*, in *Giur. It.*, I, 2016, p. 231 ss.; cfr., *ivi*, anche L. BALLERINI, *Atti di destinazione e tutela dei creditori: l'art. 2929 bis c.c. riduce i confini della separazione patrimoniale*.

⁵ Dalle prime valutazioni del meccanismo tipizzato dal codice del 1942, invero, la responsabilità patrimoniale venne considerata come conseguente ad un principio di ordine pubblico ed in quanto tale inderogabile, assoluto. Giova però porre l'attenzione sul fatto che quanto avveniva nella codificazione precedente era ben diverso: l'assenza di un secondo comma che alla disciplina della responsabilità patrimoniale generica subordinasse una riserva di legge per evitare limitazioni della stessa a livello convenzionale, implicava il non ripudio netto del concetto di patrimonio destinato, almeno a livello formale. La osmotica evoluzione della responsabilità personale con quella patrimoniale, il fatto che oltre ad una capacità giuridica ve ne fosse un'altra in grado di sigillare lo *status* economico e la sfera giuridica del consociato, lasciavano emergere l'idea di un'unità patrimoniale, unità però intesa in senso relazionale, proiettata nei confronti del soggetto. Cfr., per una corretta ricostruzione, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Eur. Dir. Privato*, 2012, III, p. 813 ss..

esecuzione della prestazione, da ciò parte degli interpreti sostenevano che da una corretta lettura del dato normativo non poteva che desumersi l'inserimento dell'istituto della responsabilità nel novero degli elementi del rapporto obbligatorio. Tale connubio sembrava trovare la sua massima esplicazione nelle teorie cd. Patrimoniali dell'obbligazione di derivazione germanica che fin dal XX secolo sembravano predominare nella civilistica italiana e che con l'avvento del codice del 1942 finirono con l'assumere un ruolo presente, anche se in maniera latente.⁶

In tal senso va, infatti, letta la disposizione dell'art. 2740 c.c. che ancora oggi pone in relazione la responsabilità generica con l'adempimento (e non l'inadempimento) dell'obbligazione, sebbene tale distonia sistematica si giustifichi solitamente come una mera imprecisione linguistica.

Il dibattito che ruotava intorno alla duplice consistenza del rapporto creditorio comportava delle conseguenze di non poca rilevanza anche in punto di valenza privatistica o pubblicistica della pretesa. Per un'impostazione di Bettiana memoria la responsabilità generica è elemento imprescindibile del rapporto obbligatorio sussistente all'interno dello stesso fin dalla sua formazione, ciò in quanto essa non si pone come sanzione conseguente all'inadempimento bensì fondamento del rapporto stesso, sorge con esso e non dalla mancata esecuzione. Responsabilità e debito convivono pacificamente in ragione della condotta che il creditore può porre in essere, quella della pacata attesa, mite aspettativa che è già *ex se* coperta da una "garanzia protettrice". La distinzione dei due elementi resta chiara, sebbene palese si mostri la comune origine sia a livello cronologico che giuridico: responsabilità e debito sono avvinti da una osmotica tensione che rappresenta il nocciolo duro dell'obbligazione.

A diversa conclusione, invece, giungeva Carnelutti per il quale debito e responsabilità non sono elementi del medesimo rapporto, bensì fanno capo a relazioni distinte, una privata e l'altra pubblica; una sostanziale e l'altra processuale. La tolleranza pacifica del creditore in attesa della prestazione

⁶ Di origine tedesca le teorie patrimoniali, la cd. Dottrina della responsabilità e del debito, ebbero come pregio quello di distinguere in due elementi (la responsabilità e il debito), andando ad incidere su quel rapporto unitario che fino alle codificazioni ottocentesche avvolgeva persona e patrimonio. Il meccanismo inderogabile della responsabilità patrimoniale generica viene elevato a principio di ordine pubblico, valore attribuito allo stesso in conseguenza della metabolizzazione dell'idea che la stessa responsabilità fosse elemento interno all'obbligazione: si trattava pertanto di una reazione pubblicistica alla teoria della *Schuld* e della *Haftung*. In tal senso si tengano in considerazione i contributi di C. MIRAGLIA, *Voce Responsabilità Patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Milano, 1999; G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, Borsa Tit. Cred.*, 2007, II, p. 185 ss..

dovuta si atteggia ancora in una fase fisiologica del rapporto, a cui segue, in caso di inadempimento, un momento patologico che sposta il dialogo tra debitore e giudice: la mediazione del processo, infatti, serve a riportare nella legalità la rimostranza del creditore che altrimenti figurerebbe ipotesi di privata giustizia.

E se tale diatriba dal sapore dottrinale resiste sullo sfondo ancora oggi, più concreto è il dibattito relativo al valore assoluto o derogabile dell'istituto sancito all'art. 2740 c.c.: tale questione, invero, va intrecciandosi con la diffidente visione legislativa che solo negli ultimi anni sembra ammorbidirsi nei confronti dei cd. Patrimoni destinati e segregati, imbrigliati in una riserva di legge cristallizzata al secondo comma dell'art. 2740 c.c. e ammissibili solo nelle forme tipiche prescritte.

Inutile ribadire che la *ratio* sancita dal divieto di destinazioni patrimoniali atipiche, dunque rimessa alla libera autonomia negoziale, va ricercata in una tutela e protezione del creditore a cui la segregazione del debitore non potrebbe che nuocere, limitando il patrimonio su cui far rivalere la propria posizione creditoria. Giova però far presente che tale timore appare per taluno solo apparente, visti gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento e la mancanza di una vera e propria lesione del patrimonio del debitore, soggetto a fisiologiche modifiche tutto sommato accettabili in una prospettiva sistematica.⁷ Tale visione, certamente minoritaria, avrebbe però il merito di ricondurre a logicità il sistema, garantendo una coerenza di fondo e, soprattutto, la capacità dell'universo civilistico di metabolizzare anche forme atipiche di patrimoni destinati, ad oggi ancora difficilmente ammissibili e condivisibili *tout court*.

⁷ Il rinvio in tal senso è immediato alla impostazione avanzata da A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. It.*, I, 2016, p. 224 ss., il quale sostiene che non sussista alcuna apparente contraddizione tra quanto stabilito all'art. 2740 c.c. e la possibilità di costituire e gestire patrimoni separati. La maggioritaria impostazione, che appare consolidata e che ravvede nelle varie forme di segregazione vere e proprie forme di pregiudizio per la classe creditoria, deve scontrarsi con la logicità del sistema e soprattutto con quanto stabilito a livello normativo. Il fatto che il debitore possa destinare taluni beni ad un fine specifico non comporta dubbi ultronei rispetto a quelli che potrebbe sollevare un'alienazione ordinaria, con addirittura l'aggravante che in tale ultimo caso il bene fuoriuscito dal patrimonio è completamente sottratto all'ira dei creditori. Insomma, in caso di vendita il bene sarebbe anche esposto ad un rischio maggiore visto che in caso di segregazione lo stesso potrebbe rientrare, mentre in ipotesi di alienazione la fuoriuscita dal patrimonio è definitiva. Inoltre, ciò che va a mutare non è il patrimonio in sé ma il valore dello stesso, quindi non si può dire che vi sia un vero e proprio pregiudizio e che tantomeno vi sia una concreta sottrazione. Secondo tale lettura, quindi, le separazioni patrimoniali non vanno ad intaccare la responsabilità patrimoniale generica, ma eventualmente potrebbero sollecitare l'utilizzo degli strumenti conservativi della garanzia patrimoniale, facendo al contempo rientrare il pericolo di perdita patrimoniale per il creditore.

3. I patrimoni separati: tra ipotesi tipiche e atipiche.

La definizione spesso utilizzata di patrimonio separato sembra fondere al suo interno svariate tipologie di segregazione al punto da rappresentare un vero e proprio *genus*: a ben vedere, però, molteplici sono le declinazioni della separazione, ognuna delle quali presenta proprie peculiarità che l'assenza di una precisa tipizzazione normativa ha contribuito a sovrapporre.

Giova iniziare col distinguere i patrimoni separati da quelli autonomi: elemento discrezionale sarebbe, infatti, riconducibile al profilo squisitamente soggettivo, in altri termini alla separazione in senso stretto vanno ricondotti tutti quei fenomeni di destinazione in cui l'accento va posto sulla separazione del patrimonio che fa capo ad un medesimo soggetto, il che comporta conseguenze rilevanti solo nei confronti del ceto creditorio dello stesso. In altro modo, invece, si atpeggia il patrimonio autonomo che, invero, oltre a creare una scissione dell'*asset* implica un vero e proprio spostamento del bene che scivola in una massa di beni ricollegabile ad un soggetto differente e nuovo: da ciò discende il coinvolgimento di distinti creditori, originali e non, su cui l'effetto segregativo produce conseguenze di non poco momento.

Insomma, va posto in evidenza che la segregazione *in re ipsa* implica la distinzione tra patrimonio generale e patrimonio speciale, in cui regnano regole differenti e preferenziali a favore di precisi creditori; invece, la creazione di un patrimonio autonomo implica che la fase segregativa rappresenti mera base capitalistica su cui successivamente va a sorgere un ultroneo soggetto giuridico. La precisazione ha valore non solo strettamente teorico, ma rileva anche sul piano pratico, come del resto fondamentale si presenta il *discrimen* tra patrimonio autodestinato e patrimonio eterodestinato, soprattutto in relazione alla eventuale incomunicabilità bidirezionale.⁸ A ben vedere, nella incerta disciplina dei patrimoni separati e segregati resta salda la riserva di legge che all'art. 2740, II comma, c.c. implica che solo le ipotesi previste esplicitamente da discipline normative siano ammissibili, affermazione questa che lascia trasparire il principale dubbio dogmatico: l'ammissibilità di forme di segregazione patrimoniale atipiche.

⁸ Al fine di approfondire correttamente tutte queste categorizzazioni, dall'importante valore teorico ma soprattutto pratico, in ragione dei risvolti che l'adozione dell'una o dell'altra forma di destinazione implica nei confronti del ceto creditorio, cfr., *ex multis*, P. GABRIELE, *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, in *Giur. Comm.*, 2010, IV, p. 593 ss..

Senza pretesa di esaustività, è fondamentale, pertanto, passare in rassegna le tipologie previste *ex lege* riconducibili a forme di segregazione patrimoniale individuate talvolta nel codice civile e talaltra in discipline speciali tra cui un ruolo chiave è svolto dai cd. patrimoni destinati ad un unico affare, previsti *ex art. 2447 bis c.c.*, dal fondo patrimoniale, tipizzato all'art. 167 nella disciplina relativa alla famiglia, nonché dal *trust*, come ratificato nella Convenzione dell'Aja del 1985 e che lascia ancora oggi grandi dubbi relativi alla sua declinazione in veste interna. Infine, non può trascurarsi l'istituto di cui all'art. 2645 *ter c.c.* che negli ultimi 15 anni ha prestato il fianco a notevoli obiezioni, vista la particolare collocazione sistematica e la poco chiara natura normativa, oscillante tra una valenza sostanziale e una valenza meramente procedimentale.

Si fotografa, quindi, un mutamento di prospettiva che sembra voler smussare la rigidità del concetto di responsabilità universale generica e che si sostanzia in una evolutiva dinamica tollerante.⁹

Prendendo le mosse dal diritto societario, secondo quanto previsto all'art. 2447 *bis c.c.* una società appartenente al libro IV può costituire uno o più patrimoni finalizzati ad un unico affare, fermo restando il limite in riferimento al valore capitale che non può superare il 10 per cento del patrimonio netto della società. La tipicità e la regolamentazione normativa di tali singolari istituti ha fatto sì che tali ipotesi fossero pacificamente riconducibili alla deroga di cui all'art. 2740 c.c., senza incorrere in alcuna violazione di legge alcuna.¹⁰

Fondamento di tale istituto giuridico, da un lato, l'evoluzione del mercato finanziario e soprattutto la *ratio* ispirata alla semplificazione del rapporto debito-credito, da sempre poco elastico e disponibile a mutamenti in grado di consentire una limitazione del rischio di impresa, e dall'altro lato, un aumento degli investimenti proprio in ragione della cadenzata differenziazione tra attività

⁹ Proprio la prospettiva storica è alla base della ricostruzione posta in essere da A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione della normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645 ter*, in *Dir. Famiglia*, 2007, III, p. 1257 ss., il quale cristallizza nel suo scritto come il mutamento del contesto economico abbia senza dubbio influito sulla volontà legislativa, ora più tollerante di quanto avveniva a metà del secolo scorso. Certamente il cambio del profilo politico ed economico, ma anche le esigenze aziendali sempre più vicine a concetti come rischio di impresa e tutela del debole hanno contribuito all'erosione dello stato precostituito, sfociando negli ultimi anni in novità legislative dal sapore internazionale e polivalenti.

¹⁰ Per ulteriori approfondimenti in merito alla disciplina dei patrimoni destinati ad un unico affare si tenga in considerazione, *ex multis*, C. IBBA, *La pubblicità del patrimonio destinato*, in *Giur. Comm.*, 2007, VI, p. 725 ss.; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 837 ss.; ID., *Responsabilità patrimoniale e articolazione del rischio*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, a cura di V. Afferni e G. Visintini, Milano, Giuffrè, 2005, p. 165 ss..

distinte, svolte anche dal medesimo soggetto. Inoltre, tali tipologie di segregazioni risultano connotate da una duplice peculiarità, da un canto il fenomeno segregativo, dall'altro la destinazione funzionale ad un solo scopo in proiezione del quale la divisione dell'*asset* societario è avvenuta. Introdotto con la novella del d. lgs. 6 del 2003, tale fenomeno segregativo rappresenta una originale rivisitazione della tutela costituzionale predisposta in favore dell'economia privata e non solo, in ragione della teoria della neutralità delle forme degli enti pubblici, oggi istituibili anche in funzione di società per azioni o comunque all'interno spettro privato. Invero giova sottolineare che il patrimonio destinato ad un unico affare risulta solo uno dei molteplici strumenti in grado di alterare la *par condicio creditorum* nel settore societario, in cui forme mascherate di separazione patrimoniali erano già osservate con l'avvento della tutela a favore delle società unipersonali.¹¹

Di altra matrice la disposizione che nel codice civile disciplina il fondo patrimoniale, come previsto all'art. 167 in ambito familiare, e che prevede la possibilità di destinare, con atto pubblico o testamento, beni immobili e beni mobili registrati al sostentamento e ai bisogni del nucleo familiare. Tale funzionalizzazione patrimoniale può essere posta in essere non solo dai coniugi ma anche da terzi, in tale ultimo caso previa accettazione da parte dei responsabili della famiglia; inoltre, è possibile anche vincolare dei titoli di credito, qualora sia possibile titolarli, consentendo un immediato collegamento con la finalità cautelare della famiglia.¹²

¹¹ C. IBBA, *La s.r.l. unipersonale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 541 ss..

¹² Con riferimento all'istituto del fondo patrimoniale giova segnalare il contributo di V. BELLOMIA, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. Famiglia*, 2013, II, p. 698 ss., in cui l'Autrice pone in evidenza le peculiarità principali dello stesso. Invero, lungi dall'essere una conservativa forma di segregazione, il fondo disciplinato ex art. 167 c.c. e ss. è la proiezione e concretizzazione di quel dovere di contribuzione che grava sui coniugi ex art. 143, III comma, c.c. e che inesorabilmente deve fare i conti con le possibilità socio economiche del nucleo familiare. La destinazione, l'effetto segregativo, insomma, sono tollerati e contemplati dall'ordinamento in deroga a quanto sancito all'art. 2740 c.c. proprio in ragione della prioritaria funzione di tutela e salvaguardia della famiglia. Ciò ha creato un ulteriore momento di attrito con il diffondersi delle famiglie di fatto e delle convivenze, formazioni sociali per le quali non era contemplata l'estensione della disciplina del fondo patrimoniale e che per tale ragione venivano in parte lese, vivendo un trattamento differenziale in senso negativo. In tale falla sistematica va ad inserirsi la disposizione prevista ex art. 2645 *ter* che proprio nel contesto familiare di fatto sembra acquisire un valore aggiunto, in grado di porre al riparo da quella discriminazione *ab origine* perpetuata dal legislatore. Per ulteriori approfondimenti si consideri, anche, A. TORRONI, *La destinazione patrimoniale nella famiglia*, in *Riv. Not.*, 2017, I, p. 81 ss.; G. OBERTO, *Atto di destinazioni e rapporti di famiglia*, in *Giur. It.*, 2016, I, p. 239 ss..

Sempre riconducibile alla disciplina della famiglia è la regolamentazione di un altro istituto per taluno ricollegabile all'universo dei patrimoni separati e che è rappresentato dall'eredità giacente: sebbene non vi sia una vera e propria definizione, il codice agli artt. 528 ss. individua la disciplina da seguire qualora il chiamato non abbia accettato l'eredità e qualora, al contempo, non vi sia nessuno tra i chiamati nel possesso materiale dei beni. Secondo quanto esplicitamente previsto, infatti, alla nomina del curatore segue la individuazione degli obblighi di quest'ultimo che redige inventario dei beni, soddisfa i creditori in caso di autorizzazione da parte del tribunale e dismette le relative funzioni di curatela nel momento dell'accettazione dell'*universitas bonorum* da parte di uno dei chiamati a succedere. La mancanza di un soggetto titolare dell'insieme dei beni, invero, rappresenta per una parte della dottrina ragione sufficiente per incasellare tale fenomeno civile all'interno dell'ampio novero dei patrimoni separati, sebbene tale affermazione si presenti ancora oggi particolarmente discussa.

Assolutamente certa, invece, è la *ratio* segregativa che sussiste alla base dell'istituto del *trust*, privo di una vera e propria regolamentazione in Italia, ma ratificato in seguito alla Convenzione dell'Aja del 1985¹³ che ancora oggi sembra ragionevole solo nelle ipotesi in cui i beni oggetto dello stesso appartengano a soggetti esterni all'ordinamento italiano. Il fenomeno del *trust*, di origine anglosassone vede l'interazione di tre figure il *trustee*, il *settlor* ed il *beneficiary*: tre soggetti formalmente distinti ma che possono nella realtà concreta anche sovrapporsi. A ben vedere, infatti, la peculiarità di un simile istituto è rappresentata dall'effetto di separazione tra gli *asset* che appartengono a tali soggetti e che implicano una latente ma costante differenziazione tra i vari ceti creditori. I patrimoni, invero, sebbene riconducibili alla singola parte non si fondono portando avanti l'effetto segregativo e rappresentando, secondo la logica italiana, un vero e proprio rischio per l'opponibilità ai terzi.

Da taluno accostato alle ipotesi nostrane di negozi fiduciari il *trust* si distingue da questi stessi in ragione della realtà del vincolo che appare opponibile e valido *erga omnes*.¹⁴ A differenza del *trust* i vincoli fiduciari, infatti, assumono un valore squisitamente obbligatorio e la tutela di cui godono risulta riconducibile al solo

¹³ Per ulteriori approfondimenti relativi alla disciplina successiva alla Convenzione dell'Aja, cfr., *ex multis*, F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust*, in *Corr. Giur.*, 2006, V, p. 695 ss..

¹⁴ Proprio sulla distinzione tra *trust* e vincoli fiduciari si basa il contributo di B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. Notariato*, 2012, II, p. 319 ss..

piano risarcitorio. Ciò implica una serie di conseguenze di non poco momento principalmente nella fase patologica, qualora la parte incaricata di restituire il bene lo alieni a terzi esterni all'accordo, impedendo l'adempimento del *pactum fiduciae* inizialmente stipulato. Maggior tutela, invece, è quella riservata in ambito di *trust* nell'ipotesi in cui il custode dei beni non amministra l'*asset* secondo le indicazioni *ab origine* cristallizzate e la cui violazione implica un vero e proprio inadempimento del vincolo negoziale. La nettezza e rigidità dell'effetto segregativo rappresenta la principale ragione che ostacola la diffusione dell'istituto del *trust* e che, soprattutto, crea diffidenza nei confronti di un riconoscimento del cd. *trust* interno, cioè quello posto in essere tra cittadini italiani ed aventi ad oggetto beni e patrimoni amministrati del sistema italiano.¹⁵ In tale carrellata normativa non può trascurarsi la previsione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., introdotta dall'art. 39 *nonies* della L. 51 del 2006, emanata in conversione del d.l. n. 273 del 2005, che consente la trascrizione degli atti che costituiscono segregazioni patrimoniali e che si dimostrano meritevoli di tutela secondo quanto sistematicamente previsto. Sebbene *prima facie* travagliato si mostri ancora oggi il dibattito relativo a tale normativa, è bene segnalare l'elemento di originalità che lo stesso incarna e, soprattutto, come per taluno tale disposizione sia individuata come viatico idoneo a consentire, anche nell'ordinamento italiano, l'ingresso a forme atipiche di separazione patrimoniale.

4. ...segue: la disciplina ex art. 2645 *ter* c.c.: norma sostanziale o di trascrizione?

L'art. 2645 *ter* c.c. inserito nel libro VI del codice civile nel 2006 ha rappresentato una forte scossa rispetto all'ordine costituito: la disciplina cristallizzata, in seguito

¹⁵ La *quaestio iuris* relativa al *trust* interno si presenta estremamente affascinante: invero, la previsione all'art. 13 della Convenzione dell'Aja che sembra legittimamente lasciare agli Stati aderenti la possibilità di riconoscere l'istituto di matrice anglosassone anche nelle ipotesi in cui lo stesso non si mostri come formula per districare una figura di diritto internazionale privato, sembra appiattare il dissidio che è perciò solo apparente. Il riconoscimento di forme di segregazione in contesto internazionale non deve necessariamente comportare l'accettazione dell'istituto del *trust* in maniera assoluta. Per un'analisi dell'istituto e per la verifica dello stato dell'arte anche relativo al *trust* interno, oggi tendenzialmente ammesso in ragione del superamento delle due principali obiezioni, sintetizzabili nella violazione del *numerus clausus* dei diritti reali e nella violazione della responsabilità patrimoniale generica ex art. 2740 c.c., cfr. A. C. DI LANDRO, *L'art. 2645 ter c.c. e il Trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Notarile*, III, 2009, p. 583 ss.; P. PIRRUCCIO, *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. Mer.*, 2007, III, P. 902B. Per ulteriori approfondimenti relativi all'istituto del *trust* e alla compatibilità dello stesso con la disciplina sancita all'art. 2740 c.c. si tenga in dovuta considerazione il contributo di P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. Impresa*, 2002, p. 570 ss..

a notevoli spinte dottrinali e giurisprudenziali, ha rappresentato una rilettura del fenomeno della segregazione patrimoniale e, conseguentemente, della responsabilità patrimoniale generica. Il testo, invero particolarmente dibattuto, non rappresenta esempio di chiarezza e linearità: il richiamo espresso al concetto della meritevolezza e la dubbia collocazione, immediatamente successiva a quella recente la trascrizione del contratto preliminare, ha dato adito a notevoli quesiti interpretativi. Prima discussione sorta alla promulgazione e non ancora definitivamente sopita riguarda la natura giuridica della disposizione a metà strada tra norma sostanziale e precetto relativo alla trascrizione: a ben vedere, da un lato la diffidenza nei confronti di una novità in grado di modificare la dinamica ordinaria relativa alla responsabilità, dall'altro la difficile valutazione della caratura della disciplina tipizzata, hanno contribuito al clima di incertezza. Due le impostazioni che si sono susseguite nel tempo: da un lato una prospettiva che attribuiva a tale negozio di destinazione patrimoniale valenza obbligatoria, natura questa rinforzata da una eccezionale trascrivibilità del negozio per garantirne l'opponibilità. Nulla di particolarmente anomalo se si pensa che una simile dinamica caratterizza anche la pubblicità con effetto prenotativo del contratto preliminare.¹⁶ Altra visione, invece maggioritaria, inverte la valutazione relativa all'opponibilità, facendo leva proprio su tale caratteristica per individuare la natura reale del vincolo segregativo e giungendo alla conclusione che con tale disposizione il legislatore, lungi dal creare una normativa di complessa applicazione, si sia prefisso come obiettivo quello di tipizzare una nuova ed eccezionale deroga all'istituto della garanzia patrimoniale generica.¹⁷ Giova per correttezza, in conclusione, riportare l'esistenza di anche un'altra prospettiva mediana e forse maggiormente performante al testo di legge che ravvede nell'art. 2645 *ter* c.c. una doppia anima, obbligatoria e reale allo stesso tempo.¹⁸

¹⁶ *Ex multis*, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'articolo 2645 ter cod. civ.*, in *Giust. Civ.*, 2008, II, p. 182.

¹⁷ *Ex multis*, M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁸ A tale impostazione con vigore accede A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Not.*, V, 2011, 1085 ss., il quale ponendo in evidenza la componente storica che ha portato al testo dell'art. 2645 *ter* c.c. sottolinea come invero il problema principale sia in tale frangente storico gestire il corretto temperamento con l'art. 2740 c.c. e con la relativa deroga. Dubbi, infatti, sorgono solo in via indiretta rispetto alla natura, focalizzandosi per lo più sulla valenza che tale neointrodotta dispositivo assume, se rappresenta il viatico per forme atipiche di atti di destinazioni, oppure se concretizzandosi in una deroga tipica al regime della responsabilità generica patrimoniale è connotato da una stringente tipicità che ne impedisce declinazioni non esplicitamente previste dal legislatore. Per ulteriori approfondimenti, inoltre, relativi alla disputa sulla valenza sostanziale o pubblicitaria della disposizione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., cfr. F. OCCELLI, *Atti di destinazione ex art. 2645 ter: natura giuridica, effetti ed*

Certamente il valore eccezionale della disposizione ne sancisce la funzione di deroga alla disciplina sancita all'art. 2740 c.c. e proprio in ragione di ciò sia la dottrina che la giurisprudenza tendono ad adottare un'interpretazione restrittiva della stessa, impegno notevole visto il testo criptico e per certi versi lacunoso. Definita come fattispecie generale che delinea un vero e proprio schema su cui ricalcare i negozi di destinazione patrimoniale, oscilla tra oneri formali che ne richiedono la forma scritta e valutazioni sostanziali di un certo livello come si evince dal richiamo esplicito alla meritevolezza dell'interesse perseguito. Come Autorevole dottrina sottolineava, infatti, la disciplina in questione produce contemporaneamente due effetti, il primo segregativo l'altro di destinazione.¹⁹ La disposizione poco chiara però ha lasciato dubbi spesso riconducibili all'atto necessario per la relativa costituzione del vincolo: la formula parla di "atto pubblico", escludendo la possibilità che in tale novero possa essere ricondotto il testamento. Le ragioni, apparentemente formali, assumono rilievo anche per il potenziale testatore, imbrigliato nella volontà manifestata *ante mortem* e non modificabile in seguito; inoltre, il riferimento al criterio valutativo della meritevolezza potrebbe rappresentare un ostacolo al rispetto della libertà testamentaria.²⁰

ipotesi applicative, in *Giur. It.*, XI, 2014, p. 2497 ss.; F. GALLUZZO, *Autodestinazione e destinazione cd. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. Come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2014, p. 128 ss..

¹⁹ A tale dicotomica produzione di effetti fa riferimento esplicitamente G. D'AMICO, *La proprietà Destinata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, III, p. 525 ss., il quale pone in evidenza come il momento segregativo non sia altro che un rafforzamento della fase di destinazione, che si completa con la trascrizione che rende opponibile il vincolo. Si tratta, infatti, di peculiari forme di proprietà conformata e in quanto tale destinatarie di una speciale regolamentazione, proprio in omaggio alla tutela costituzionale di cui la stessa gode e che incontra deroghe e limiti solo in caso di perseguimento di un fine socialmente utile. In linea con tale prospettiva anche M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Testo della relazione tenuta al Convegno «I patrimoni separati tra tradizione e innovazione»*, organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005.

²⁰ Numerose le impostazioni che si sono palesate in relazione al concetto di atto pubblico a cui il dispositivo farebbe riferimento. Ovviamente la disputa fondamentale sembra riguardare la natura unilaterale o bilaterale dello stesso: invero, per taluno si tratterebbe di atto unilaterale in ragione della individuazione del beneficiario come destinatario del bene vincolato e da ciò dovrebbe desumersi che la disposizione venga posta in essere da un singolo. A tale prospettiva se ne contrappone un'altra che non sembra preoccuparsi del termine in sé e che sostiene la necessità di un atto bilaterale, che addirittura per alcuni dovrebbe essere ricondotto all'area del contratto in senso stretto. In tal senso deporrebbe anche il rinvio all'art. 1322 c.c., che seppur in maniera atecnica avrebbe come merito quello di individuare *per relationem* la tipologia di atto necessario per dare origine al vincolo di destinazione. Per ulteriori approfondimenti in tal senso, cfr. M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2011, p. 358 ss..

Altro rilevante dubbio relativo alla disciplina tipizzata è proprio individuato nel canone della meritevolezza che, espressamente menzionato, non può sovrapporsi al giudizio di liceità proprio di un negozio atipico, ma richiede la sussistenza di un fine superindividuale, sociale e particolarmente significativo.²¹ Qualora, infatti, si riconoscesse all'elemento della meritevolezza tipizzata all'interno dell'art. 2645 *ter* c.c. il medesimo senso riconducibile al precetto di cui all'art. 1322 c.c. ne conseguirebbe, in caso di assenza o violazione, una singolare forma di invalidità del negozio: lo stesso andrebbe considerato, infatti, nullo, affermazione questa che incontra un punto di frizione nella lettera della legge che, invece, richiama la meritevolezza solo ai fini dell'effetto segregativo.²² In realtà, il richiamo esplicito a tale canone ha destato non pochi dubbi vista la bizzarra interpretazione che se ne desume: il fatto che in uno schema apparentemente tipico si inserisca uno strumento di valutazione causale (emblema della atipicità negoziale) sembra stridere con una libertà di valutazione che il legislatore attribuisce all'operatore del diritto. Inoltre, già privo di senso sembra essere il valore che a tale inciso viene assegnato, quando funge da *incipit* causale del negozio: la meritevolezza non può essere la causa del vincolo di destinazione. La sola *ratio* logica e sistematicamente accettabile è quella che considera il richiamo effettuato alla meritevolezza come cristallizzazione di un bilanciamento di interessi che proprio in ragione della natura eccezionale e derogatoria del dispositivo cerca di contemperare posizioni giuridicamente confliggenti.²³

²¹ Il tema della meritevolezza secondo U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Not.*, V, 2007, p. 1069 ss., si presenta estremamente delicato: la ragione si ricollega alla duplice atipicità che denota tale negozio e che si declina non solo nella sua forma normativa ma anche sociale. Inoltre, il richiamo in tal modo effettuato, lungi dall'assumere una funzione ricognitiva, implica anche un vero e proprio limite dal valore negativo. Individuare il vincolo di destinazione *ex* 2645 *ter* c.c. come ragione per consentire una segregazione ha la sua ragion d'essere nell'assenza nell'ordinamento giuridico attuale di un'altra forma giuridica che ne possa soddisfare l'esigenza. In altri termini, la *ratio* senz'altro residuale implica il rinvio allo schema di cui all'art. 2645 *ter* c.c. sono qualora non vi sia un altro istituto tipico, espressamente disciplinato e contemplato, anche in considerazione del fatto che con tale formula l'ordinamento ha voluto dare vita ad un'ipotesi di funzionalizzazione della proprietà e non ad un atipico privilegio.

²² A tale conclusione giunge, *ex multis*, G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2014, I, p. 11 ss., che pone l'attenzione sul fatto che anche qualora la meritevolezza non trasparisse dal vincolo di destinazione lo stesso risulterebbe valido *inter partes* ma inopponibile a terzi e creditori. Insomma, ciò che va a completare l'elemento della meritevolezza è la volontà di destinazione, ma non quella strettamente negoziale.

²³ In tal senso, cfr. A. GHIRONI, *op. cit.*, che pone in evidenza come in un sistema basato su un principio che regna sovrano e che è cristallizzato nell'art. 2740 c.c. tutte le eccezioni "facoltizzanti"

Gli elementi, inoltre, che delineano i soggetti che partecipano al vincolo sottolineano la *ratio* assistenziale che il legislatore ha voluto imprimergli: il diritto trasferito non va a costituire un diritto reale atipico, bensì una proprietà conformata, piena nella sua singolarità, sebbene funzionalizzata ad un certo scopo a monte supervisionato dal legislatore. La durata temporale, non superiore ai 90 anni, rappresenta una novità, una particolare declinazione di diritto reale che viene riletto alla luce della mutevole forza assunta dalla libertà negoziale. La norma non sembra stabilire molto in relazione ai soggetti coinvolti nell'operazione e curiosa si presenta la possibile modalità di vincolo a cui deve soggiacere il destinatario e che potrebbe concretizzarsi in una clausola contenente il divieto di alienare *ex* 1379 c.c. o in una clausola inserita nell'eventuale contratto di alienazione che impone osservanza da parte dell'acquirente. Certamente il soggetto beneficiario deve essere determinato, e per taluno può addirittura essere individuato in un nascituro non ancora concepito, ma quasi unanimemente sembra impossibile che il soggetto beneficiario possa essere sovrapposto al medesimo soggetto che ha posto in essere il negozio vincolante: la problematica così posta va ad incentrarsi, infatti, sulla possibilità di creare *ex art. 2645 ter c.c.* un vincolo di autodestinazione, una segregazione patrimoniale che funzionalizza il patrimonio ma che non implica al contempo il mutamento del titolare del bene.²⁴ Contro tale prospettiva sono richiamati il concetto di "altruità dell'interesse" e l'individuazione in capo al conferente, oltre che al beneficiario, della possibile azione a difesa della destinazione; due argomentazioni queste, in verità, non così dirimenti.

5. Le fondazioni: enti a base capitale.

Le fondazioni rappresentano stabili organizzazioni che vengono costituite per il perseguimento di uno scopo, la idoneità delle stesse a consentire la cristallizzazione e fossilizzazione di un patrimonio ha da sempre scontato una vera e propria diffidenza da parte del legislatore che, con moderazione e in punta

vanno correttamente bilanciate attraverso la valutazione degli interessi in gioco. Considerare la meritevolezza come causa del negozio di destinazione o declassare l'inciso normativo a mera svista del legislatore non rende giustizia ad una normativa che, invece, tenta di introdurre un differente bilanciamento di interessi. A medesima concezione giunge anche A.C. DI LANDRO, *op. cit.*, che parla di "equilibrio tra la finalità destinataria e tutela dei creditori" e che sostiene la necessità che tale valutazione in ragione della potenziale esperibilità delle azioni a tutela del patrimonio.

²⁴ Per approfondimenti in tal senso, cfr., *ex multis*, V. Mirmina, *L'autodestinazione e gli atti di destinazione: figure negoziali a confronto*, in *Giur. It.*, 2014, XII, p. 2714 ss..

di piedi, predispone una disciplina scarna²⁵ ma al contempo rigida nei suoi elementi.²⁶

Nella medesima ottica va interpretata la mancanza di un esplicito riferimento costituzionale, che, a ben vedere però, non ne inibisce la tutela, declinandola di volta in volta in relazione alla finalità che l'ente così come costituito intende perseguire: da ciò ne discende il possibile richiamo all'art. 9 Cost. in caso di fondazioni culturali, nonché artt. 32, 33, 34 e 41 della Carta, qualora le stesse perseguano come scopo primario l'amministrazione di beni funzionalizzati all'educazione, istruzione, assistenza o sorrette da ragioni economiche. Invero, alla particolare normativa sancita nel codice del 1942, esplicitamente si contrappone una innovativa forza legislativa che sembra spingere a favore di una rilettura dell'istituto: l'accostamento alle fondazioni-erogazioni delle fondazioni-organizzazioni rende chiaramente l'idea del cambiamento, l'insorgere, insomma, di prospettive interpretative differenti nei confronti di un istituto da sempre incasellato nel discusso *genus* delle segregazioni patrimoniali.²⁷

L'universalità di beni, infatti, una volta destinata allo scopo individuato dal fondatore si presenta funzionalizzata e proiettata ad un fine tendenzialmente immutabile, ma soprattutto esce dalla disponibilità del fondatore, al contempo,

²⁵ Tale avidità a livello definitorio è ribadito da G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia*, in *Quad. Reg.*, 1987, p. 951 ss., il quale esalta la funzione della dottrina e della giurisprudenza che, insieme, hanno delineato i contorni della figura, leggermente trascurata dal testo legislativo. È la visione dottrina che pone l'accento sul profilo patrimoniale, al contempo però facendo ritornare in auge l'elemento organizzativo, comportando una sorta di attenuazione della distinzione che da sempre persisteva tra le associazioni e le fondazioni. Certamente degna di nota è la prospettiva che considera una fondazione come un patrimonio che ha subito un processo di entificazione, il che palesa le ragioni che sono alla base di una regolamentazione tanto minimale

²⁶ La diffidenza a livello normativo nei confronti di tale istituto era condivisa anche a livello storico ed europeo: fin dall'epoca napoleonica, infatti, la separazione di ricchezza e la possibilità che un patrimonio autonomamente vivesse una vita propria non era concetto che allettava l'autorità. La struttura funzionalizzata del patrimonio che aveva come fine il perseguimento di uno scopo preciso e determinato si presentava come una tecnica per sfuggire alla disciplina ordinaria patrimoniale. Essa rappresentava dunque un ostacolo al mercato libero e concorrenziale e in quanto tale andava disciplinata con disposizioni stringenti: esempio ne è la normativa riguardante il riconoscimento, l'ingerenza della pubblica autorità, quella dei controlli, che anche nel codice del 1942 hanno evidenziato la reticenza del legislatore nei confronti di tale fenomeno giuridico. In tal senso anche, M. CEOLIN, *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2009, VI, p. 1427 ss..

²⁷ In tal senso si veda A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2015, p. 350 ss., che esalta proprio la mutazione che l'istituto della fondazione ha subito negli ultimi anni, anni in cui non solo l'equilibrio economico è cambiato, la socializzazione della proprietà è divenuta ancora più evidente, tutelata e sancita dalla Carta Costituzionale, ma anche momento storico nel quale sembra sopirsi la notoria ostilità nei confronti di forme di segregazioni e destinazioni patrimoniali, tendenzialmente derogatori rispetto all'art. 2740 c.c..

non trasferendosi nella gestione arbitraria degli amministratori, bensì godendo di una relativa autonomia e autosufficienza. Colui che costituisce la fondazione ne fornisce anche il substrato materiale, il capitale, ma imbriglia nello stesso momento anche l'organo amministrativo che nella gestione dello stesso non può allontanarsi da direttive e indicazioni statutarie.

La fondazione rientra negli enti del libro I, con scopo ideale, e si contraddistingue per l'assenza di uno scopo di lucro tecnicamente inteso: è composta da due elementi principali, quello sostanziale, il patrimonio, e quello formale, il riconoscimento. La stessa è dotata di capacità giuridica e di agire, fermo restando il ruolo imprescindibile che assume nel consolidamento di tali capacità l'acquisizione della personalità giuridica, essenziale per la vera e propria rilevanza giuridica della stessa. L'importanza del riconoscimento è, in parte, riconducibile all'assenza di qualsivoglia controllo e ad una generale imprevedibilità di cui godrebbe un patrimonio segregato, destinato e immobilizzato: giova, infatti, porre l'accento sul fatto che la prevalente finalità destinataria combinata con l'assenza (quasi sempre) di un organo assembleare a sostegno di quello amministrativo, può in astratto rappresentare una zona franca per celare e occultare beni, semplicemente funzionalizzandoli.²⁸

A livello meramente formale, le fondazioni sorgono da un atto di autonomia privata, inquadrabile nella categoria degli atti unilaterali non recettizi, con cui si dà vita ad un ente che dovrà perseguire lo scopo determinato a monte e con la predisposizione dei necessari mezzi patrimoniali. Il negozio costitutivo può essere redatto con un atto *inter vivos*, con la imprescindibile adozione dell'atto pubblico, o per testamento. Inoltre, tanto l'atto costitutivo che lo statuto definiti *ab origine* solitamente individuano anche le modalità di gestione e amministrazione del capitale, rappresentando per gli amministratori delle indicazioni vere e proprie, in quanto in grado di sintetizzare la volontà del fondatore. Tale rilievo che le direttive assumono, infatti, ha come *ratio* evitare l'arbitrio dell'organo che amministra e, al contempo, perseverare e perseguire la reale finalità e volontà di colui che ha predisposto i fondi e i beni.

²⁸ Come affermato da M. CEOLIN, *ult. op. cit.*, si tratta di una funzionalizzazione particolarmente forte che può desumersi dalla sanzione di nullità prevista in caso di delibera di smobilizzo assunta in contrasto a quanto stabilito a livello statutario; dal fatto che è possibile predisporre clausole di inalienabilità perpetue, vincoli genericamente non riconosciuti nel contesto ordinario, in cui si apprestano forme di scioglimento del vincolo anche unilaterali e *ad nutum* se necessario; ancora, dal fatto che il vincolo non cessa per volontà di nessuno, né del fondatore e tantomeno degli amministratori, ma si estingue fisiologicamente con il perseguimento dello scopo stabilito a monte.

Sotto un profilo organizzativo, la fondazione presenta un'autonomia patrimoniale perfetta in ragione del conseguimento della personalità giuridica: a ciò segue la messa a disposizione del solo fondo dell'ente per il soddisfacimento dei creditori, ma anche per il perseguimento del fine stabilito dal fondatore. Giova, inoltre, segnalare che l'incasellamento di tale formazione all'interno degli enti senza fine di lucro non rappresenta elemento di per sé sufficiente a consentire la definizione di fondazione: in altri termini, il fatto che non vi sia una distribuzione degli utili non implica *in re ipsa* la riconducibilità di un soggetto giuridico alla categoria della fondazione, piuttosto, risulta imprescindibile l'indicazione e la presentazione degli scopi perseguiti, dovendo la stessa soddisfare dei fini caritatevoli e assistenziali, anche in un'ottica squisitamente culturale. Il riconoscimento, inoltre, ha anche la funzione di garantire una "legalizzata" ingerenza che sfumerebbe nell'ipotesi in cui l'ente non fosse dotato di personalità giuridica: i poteri di vigilanza e controllo che in tale occasione l'autorità pubblica può porre in essere implicano una tracciabilità dell'evoluzione della fondazione, al punto tale da decidere anche l'unione di più enti o la trasformazione degli stessi al fine di evitarne l'estinzione.

Comune a quella delle associazioni del libro I, invece, è proprio la disciplina dell'estinzione che, tipizzata all'art. 27 c.c., si estende anche alle ipotesi in cui si avvicendano la dichiarazione di nullità dell'atto di fondazione, presupposto giuridico e logico indefettibile, e lo scadere del termine nell'ipotesi in cui lo stesso sia previsto esplicitamente. Nel contenuto dello statuto, però, non è altrettanto contemplabile la introduzione di una clausola che abbia la *ratio* di devolvere i beni residui agli eredi del fondatore oppure al patrimonio dello stesso, in caso di estinzione, in quanto una simile statuizione andrebbe a collidere con la funzione sociale che tale tipologia di persone giuridiche perseguono. Alla medesima restrizione non soggiace la volontà del fondatore qualora lo stesso indichi una differente persona giuridica a cui devolvere il patrimonio in caso di estinzione dell'ente che condivide con quest'ultimo la protezione del medesimo valore o persegua la stessa finalità.

6. ...segue: l'ammissibilità delle fondazioni di fatto.

Una delle dispute maggiormente rilevanti nell'ambito della disciplina degli enti a scopo ideale è rappresentata dall'ammissibilità dell'istituto della fondazione di fatto,²⁹ diatriba sollecitata dalla rilettura del codice civile del 1942 che ha

²⁹ È bene specificare che il novero delle fondazioni di fatto contiene al suo interno numerose declinazioni che lasciano trasparire come l'universo di tali enti sia complesso anche prima del

palesato l'intenzione di prendere le distanze dal legislatore del codice Pisanelli, lasciando uno spiraglio di incertezza proprio relativo agli enti di fatto. Invero, storicamente, il legislatore dell'unificazione aveva assunto una posizione di netta chiusura che si cristallizzava nell'assenza di una disciplina sia delle associazioni di fatto che dei comitati privi di riconoscimento, il che rappresentava di per sé ragione sufficiente a sopire ogni tipo di speculazione dottrinale e giurisprudenziale riconducibile all'istituto delle fondazioni di fatto. La rilettura posta in essere in epoca fascista, invece, sembrava far voler trasparire una prospettiva diversa che contemplando tipologie di enti privi di riconoscimento, come le associazioni e i comitati, sanciva in maniera tacita ma netta l'inammissibilità di fondazioni non riconosciute.³⁰

La *quaestio iuris*, invero cara al dibattito dottrinale, quasi inosservata passava per la giurisprudenza la cui principale preoccupazione era rappresentata dalla responsabilità patrimoniale generica inderogabile se non per volontà di legge e

conseguimento della personalità giuridica. Preliminarmente, si intendono fondazioni di fatto quelle situazioni giuridiche in cui una persona con un atto di fondazione decida di destinare parte del suo patrimonio alla realizzazione di un'opera socialmente utile e proficua, ma non ci sia stato un riconoscimento da parte dello Stato o non sia stata perfezionata neanche la richiesta per il conseguimento della personalità giuridica. In tali ipotesi, a ben vedere, non può parlarsi di ente soggettivamente ultroneo in quanto in simili fattispecie l'effetto segregativo non riesce a perfezionarsi e quindi in senso pragmatico la fetta del patrimonio che si voleva destinare e funzionalizzare non è in legittimata ad uscire dal patrimonio del fondatore. Tale ordinario stato di cose incontra, però, due eccezioni: quella prevista ex art. 15 c.c. in cui l'opera inizia e che, pertanto, implica la funzionalizzazione dei beni in quanto viene a crearsi una sorta di vincolo reale generato dalla valenza che a partire da quel momento l'*universitas bonorum* assume: non più individuale bensì sociale. Altra eccezione, inoltre, è quella che si riverbera sulla classe creditoria nei cui confronti la massa di beni risulti intangibile qualora l'atto di fondazione sia stato trascritto, vincolando i beni, o qualora all'interno di tale insieme vi siano solo beni mobili e, in questo caso, l'unico strumento sarà l'azione revocatoria. A tali fattispecie di fondazioni di fatto, poi, vanno affiancate le fondazioni in attesa di riconoscimento, il cui successivo conseguimento della personalità giuridica comporta la ratifica delle azioni poste in essere precedentemente; le fondazioni fiduciarie, che prevedono oltre alla funzionalizzazione e segregazione di una fetta del patrimonio anche una disposizione modale che vincola il fiduciario; infine, le fondazioni non riconosciute, quegli enti che a differenza delle fondazioni di fatto sono prive della personalità giuridica ma esistenti per l'ordinamento e quindi giuridicamente rilevanti. In tal senso, S. BAZZANI, *Le fondazioni non riconosciute*, in *Nuova Giu. Civ. Comm.*, 1988, II, p. 137 ss..

³⁰ Degno di nota è il contributo di Autorevole dottrina che, cercando di trovare un ragionamento alternativo al sostegno normativo analogico, richiama l'impostazione secondo la quale per avere un soggetto giuridico, lungi dall'essere necessaria la personalità, si può far riferimento anche alla sussistenza di tre elementi: *die Handlungsorganisation* (autonoma organizzazione di gestione), *die Identitätsausstattung* (contrassegni di un'autonoma identità), ed infine, *der Haftungsverband* (delineato regime di responsabilità). Secondo tale prospettiva, invero, ciò che verrebbe a mancare è un definito regime di responsabilità, che al contempo potrebbe essere preso in prestito dagli art. 40 e ss. del codice civile, rendendo ineccepibile la disciplina. In tal senso si tenga in considerazione il contributo di F. DI CIOMMO, *Sulle fondazioni non riconosciute*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 348 ss..

che, qualche anno dopo, si lasciava distrarre dall'avvento di istituti stranieri come il *trust*, di matrice anglosassone e rispondenti a logiche distanti da quelle cristallizzate nel codice civile nostrano.

A ben vedere, infatti, la ragione per la quale nelle disposizioni legislative vi era spazio per comitati e associazioni era da ricercare nella prevalenza dell'elemento personale in tali persone giuridiche, peculiarità non comune anche alle fondazioni che, invece, si cristallizzavano come enti a prevalente contenuto patrimoniale, in cui la destinazione dei beni era prioritaria rispetto alla composizione personale. In tale ottica trova spiegazione la necessità che un patrimonio segregato e reso indisponibile in quanto funzionalizzato ad un preciso scopo sia riconducibile ad altro soggetto, ente giuridico personificato che riceve l'*universitas bonorum* dal fondatore, spostando quest'ultimo il regime della responsabilità ma senza appiattirlo, creando una *vacatio* di tutela nei confronti di possibili creditori. Questa, invero, fu la preoccupazione fin dall'epoca dell'illuminismo quando alla enfasi che accompagnava coloro i quali davano vita a fondazioni, animati dalla idea di istituire opere che li rendessero immortali, si contrapponeva il timore che tali forme di segregazioni potessero lasciare proprietà particolari intangibili e sublimi, sfuggenti a qualsiasi forma di responsabilità. La restia volontà legislativa a tipizzare funzionalizzati patrimoni separati fu nei vari codici condensata nella richiesta di una "funzione sociale" in grado di distinguere fondazioni utili e giustificabili da quelle dannose e futili che miravano solo a proteggere beni resi intoccabili.

Ad oggi alla generica ritrosia della dottrina ad ammettere la possibilità di creare fondazioni non riconosciute³¹ si contrappongono voci timide di Autorevoli giuristi che, di volta in volta, hanno individuato negli scorcì legislativi forniti nel codice del 1942 possibili appigli per attribuire anche alle fondazioni di fatto uno spazio legittimo, compatibile con la deroga di cui al secondo comma dell'art. 2740 c.c. Molteplici le proposte di cui tre meritano senza meno un richiamo, impostazioni certamente particolari in quanto ricollegabili alle norme già previste nel codice civile relative agli enti non riconosciuti.

Secondo la prima prospettiva giova segnalare quanto stabilito all'art. 15 del c.c. che rubricato "revoca dell'atto costitutivo della fondazione" stabilisce che vi è la possibilità di revoca fino al momento in cui non sia avvenuto l'acquisto della

³¹ Sebbene, è bene segnalare che già da tempo la giurisprudenza si è mostrata favorevole ad un riconoscimento della capacità processuale, come ribadito *ex multis* da M. BASILE, *Associazioni, Fondazioni e Comitati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, p. 193 ss. Per ulteriori approfondimenti cfr., inoltre, A. ZOPPINI, *Associazioni, Fondazioni e comitati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, II, p. 325 ss..

personalità giuridica o non sia iniziata l'attività. Viene, dunque, spontaneo interrogarsi sulla consistenza del patrimonio destinato, ma non ancora riconosciuto, vista la valenza della revoca che implica una modifica dello *status quo*: in altri termini, se fino al momento del conseguimento della personalità il patrimonio è stato già funzionalizzato allora vi sarebbe una vera e propria fondazione di fatto. A tale ricostruzione, però, va fatta presente la critica secondo la quale la procedura di riconoscimento non ha valore costitutivo bensì funge da presupposto per ottenere la personalità giuridica e la conseguenziale autonomia patrimoniale perfetta, quindi tale impostazione va scartata.

Altra disposizione presa in considerazione dai fautori dell'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta è l'art. 32 c.c. secondo cui l'Autorità governativa, in caso di scioglimento o trasformazione di un ente avente una massa di beni destinati, ha la possibilità di devolvere gli stessi a persone giuridiche che presentano analoghi fini.³² Secondo tale visione la opportunità conferita all'Autorità di scegliere di destinare il patrimonio ad altro ente, salvaguardando il solo fine primario stabilito dal fondatore, rappresenterebbe la conferma che si possono porre in essere negozi di destinazione nei confronti di enti non riconosciuti. Ancora una volta, però, tale ricostruzione non si presenta indenne da critiche: prima fra tutte il dato tipico in cui si parla di "altre persone giuridiche" e non nello specifico di fondazioni, ma più genericamente di enti senza personalità, quindi il rinvio potrebbe rivelarsi anche alle sole associazioni e ai soli comitati, già disciplinati *ex lege*.

Ancora, merita un richiamo la teoria forse più suggestiva quella, cioè, che sovrappone la fondazione non riconosciuta al comitato, istituto che sembra apparire come una larvale fondazione in attesa di riconoscimento, sebbene il patrimonio non sia destinato dal singolo fondatore ma si formi in seguito ad oblazioni di donatori che insieme devolvono del danaro ad un fine comune e solidale.³³ Nonostante tale ricostruzione si presenti come quella maggiormente

³² Per una ricostruzione della disciplina di cui all'art. 32 c.c. anche in relazione ad enti giuridici aventi scopo lucrativo e, dunque, in relazione alle possibilità di applicazione dello stesso anche in caso di società appartenenti al libro V, si tenga in dovuta considerazione il contributo di L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, IV, p. 1299 ss..

³³ Uno dei principali fautori di tale impostazione, sebbene con qualche differenza prospettica, è F. Galgano, il quale, ammettendo le fondazioni non riconosciute tra gli enti del libro I privi di personalità giuridica figura le stesse come un ibrido a metà strada tra il comitato e la fondazione fiduciaria. Cfr. per ulteriori approfondimenti cfr. F. GALGANO, *Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, II, p. 186 e ss.; ID., *Per un'ipotesi sulla natura giuridica dei comitati*, in *Jus*, 1958, p. 58 ss. Nel medesimo senso, seppur con qualche differenza anche E.

realistica, invero, necessita di talune precisazioni come quelle relative alla distinzione della vita temporale dei due enti e delle eventuali finalità perseguite. Giova, infatti, specificare che mentre la segregazione e funzionalizzazione patrimoniale posta in essere in caso di fondazione divengono tendenzialmente irrevocabili, tale condizione non si presenta in caso di comitato che, invece, non può essere certamente definito perpetuo. Inoltre, mentre il comitato ha come fine principale la raccolta di fondi e la successiva erogazione degli stessi, ciò non avviene fisiologicamente per la fondazione in cui il conferimento solitamente implica una separazione patrimoniale e la funzionalizzazione dei beni per il soddisfacimento di molteplici finalità. In altri termini, sembra potersi ravvedere nella dicotomia comitato – fondazione, la sottile differenza che sussiste tra donazione e atto a titolo gratuito, presentandosi in caso di fondazione anche uno scopo ultroneo alla mera erogazione e quindi al solo atto di liberalità.

A ben vedere, pertanto, la ricerca di elementi normativi da cui estrapolare una legittima disciplina relativa alle fondazioni di fatto si presenta come poco solida, presta il fianco a notevoli critiche, ma soprattutto incontra un limite importante che è cristallizzato nell'art. 3 delle disposizioni di attuazione del codice civile. Secondo tale precetto, infatti, il notaio che si occupa della costituzione della fondazione ha la possibilità di chiedere in casi straordinari, quindi di urgenza e necessità, la nomina di un amministratore dei beni a cui in camera di consiglio si procede con decreto motivato. La specifica individuazione dei beni e non del patrimonio sembra quasi sottolineare la mancanza di un vero e proprio effetto segregativo e soprattutto l'assenza di un patrimonio singolo e a sé stante, svincolato dal fondatore e autosufficiente, a conferma del fatto che non può parlarsi di una fondazione di fatto, non essendo prima del riconoscimento neanche considerato autonomo il patrimonio devoluto.

7. Conclusioni.

Da quanto sinora ripercorso è possibile desumere una serie di considerazioni. Preliminarmente giova ribadire che l'evoluzione avvenuta negli ultimi anni ha notevolmente stemperato la tensione relativa alle forme di segregazione patrimoniale, alla rispettiva inammissibilità e al ruolo potenzialmente riconducibile alla figura della fondazione non riconosciuta. Inoltre, l'introduzione della disciplina sancita all'art. 2645 *ter* c.c. sembra aver svolto un ruolo chiave non solo nei confronti della teorica analisi relativa alla responsabilità patrimoniale

MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciaria e loro rilevanza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, p. 25 ss..

ma anche, più a monte, relativa all'ammissibilità di forme di destinazione e quindi di distinte tipologie di proprietà conformata. Non resta allora che domandarsi come l'istituto della fondazione di fatto, nella sua più ampia estensione si relazioni alla disciplina del negozio di destinazione, e che tipo di interferenza sussista tra i due istituti giuridici.

Numerose le prospettive che ravvedono nel negozio segregativo individuato all'art. 2645 *ter* c.c. lo spettro di una fondazione di fatto, certamente schema che va completato da una serie di elementi che il negozio di destinazione richiede (la tutela del soggetto debole e disabile, la fissazione di un termine non superiore ai 90 *et similia*), ma che in astratto non implicano una vera e propria incompatibilità tra le due figure giuridiche, rappresentano senz'altro dei limiti, ma tutto sommato superabili.³⁴

Invero, fermo restando la disquisizione relativa alla natura unilaterale della fondazione e quella bilaterale del negozio di destinazione patrimoniale, non da tutti però affermata convintamente, restano ferme talune insormontabili incompatibilità principalmente a livello strutturale.³⁵

Preliminarmente è bene ribadire che il patrimonio destinato che può essere oggetto del negozio di cui all'art. 2645 *ter* c.c. non può per definizione essere di per sé autonomo: ciò rende impossibile che al centro della destinazione negoziale possa essere posto il patrimonio già separato (*rectius*, quello della fondazione); inoltre, la fondazione non riconosciuta, vista la tipicità normative delle deroghe previste all'art. 2740 c.c., si presenta priva di legittimità, mancando oltre tutto di una alterità soggettiva. Altrettanto rilevanti risultano poi le difficoltà di coordinamento rispetto al limite temporale previsto *ex art.* 2645 *ter* c.c., che va a collidere con la tendenziale perpetuità che caratterizza la fondazione, per non parlare della separazione unilaterale che è peculiarità del negozio di destinazione (che permette ai creditori dello stesso di rivalersi per debiti residui anche sul patrimonio di colui che ha posto in essere il negozio), ma che è inconcepibile nel caso della fondazione, il cui patrimonio è autonomo e il solo posto a disposizione dei creditori.

Nonostante le argomentazioni appaiano, *prima facie*, razionali e logiche, preferibile può rivelarsi restare in attesa di ulteriori sviluppi dottrinali, senza

³⁴ *Ex multis*, in tal senso si tenga in considerazione il contributo di M. MAGGILOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2007, V, p. 1147 ss..

³⁵ A sostegno di tale posizione, invero, maggioritaria, si tenga in considerazione M. CEOLIN, *Fondazioni e fondazioni non riconosciute anche alla luce dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2009, VI, p. 1427 ss..

escludere la possibilità che larvate forme di fondazioni di fatto possano insinuarsi nei sempre nuovi schemi di segregazione patrimoniale che sembrano, anno dopo anno, affiorare sul panorama civilistico italiano.

Biotestamento e Biocontratto.
Riflessioni bioetiche e giuridiche sulle DAT, dal d.d.l. Calabrò alla legge 219 del 22 dicembre 2017. Tentativi di conciliazione tra *enhancing*, piena disponibilità di sé e funzione del medico.

di Edda NAPOLITANO*

Sommario: **1.** Profili etici dell'evoluzione della ricerca scientifica e delle scoperte biotecnologiche. **2.** Disposizioni anticipate di trattamento. a. Profili costituzionali **b.** Interpretazione dei principi, tra evoluzione ed involuzione: **I.** D.D.L. CALABRO' (in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento), valutazioni sulla legittimità. **II.** Dalla libertà di cura al d.d.l. Finocchiaro (29 aprile 2008). Nuova esegesi della considerazione del trattamento sanitario. **c.** Dal d.d.l. Finocchiaro alla legge 219 del 22 dicembre 2017. Limiti e possibilità del *novum* legislativo. **3.** La figura del sanitario in materia di DAT.

1. Profili etici dell'evoluzione della ricerca scientifica e delle scoperte biotecnologiche.

Nella sinopia del mosaico lacerato dell'evoluzione, la ricerca scientifica e le scoperte biotecnologiche pongono la questione di giustificare il fondamento etico e giuridico della disposizione e appropriazione del corpo umano o di parti di esso, a mezzo dell'intermediario medico-legale¹. L' antropologia ha provveduto a catalogare le rappresentazioni di sé, *sub specie* quella del legame tra corpo individuale (e come tale identificato nello *ius singulare*) e corpo sociale (nella diade di *res societatis* e *res comunis*)². La regolamentazione degli atti dispositivi del corpo si riduce sovente a due concezioni opposte: la prima, memore della vicenda dell'uomo di Cafarnao e, con essa, del valore mistico-sacrale da attribuirsi alle membra, difende il valore dell'integrità del corpo dalla manipolazione biologica; la seconda, condizionando l'integrità del corpo al concetto di proprietà e, indi, al valore dell'atto volontaristico, rende plausibile la manipolazione biologica, ossequiosa dei dettami dell'*human enhancement*. Prese le distanze dalla Pandettistica e, al contempo, dal decisionismo schmittiano, ben rappresentato dal noto brocardo *ex facto oritur ius*, la questione rischia di essere

* Già Tirocinante ex art. 73 presso la CdA di Napoli, p. avvocato abilitato, dottoranda di ricerca in Bioetica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, PhD Research presso CNR II. Tutor di Diritto Costituzionale alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹Cfr. L. D'AVACK, presidente del CNB, negli atti del convegno *Sperimentazione clinica di medicinali e comitati etici: quale futuro? Regolamento (UE) n. 536/2014*

²L. D'AVECK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015

relegata ad una zona grigia. La zona grigia di arendtiana memoria, quella della cospirazione, dell'esubero di potere che giunge sino al paradosso dell'assenza dello stesso, ove è impossibile valutare il concorso di colpa tra i singoli collaboratori e dove si annulla il sinallagma ideologico tra votato e votante. In assenza di posizioni prescrittive apofantiche, infatti, il dibattito corrente circa la determinazione di se stesso in tema di fine vita è identificabile nei lemmi contrapposti di disponibilità/indisponibilità, mercato/dono, scienza/dignità, mai scevri di estremismi tipici dell'imperialismo culturale³. La stessa ermeneutica giuridica costantemente oscillante tra appelli *ad auctoritas* e *ad populum* investiga il senso autentico della norma. L'incapacità statale, anche a mezzo di azione *self restrain*, di adeguare la normazione all'evoluzione storico-culturale restituisce, così, l'immagine di società *closely held*⁴, in un tentativo di soddisfacimento autocratico di potere tra il giuridicamente lecito e il moralmente plausibile. La legittimità riconosciuta ad alcuni interventi biomedici e la commercializzazione di alcune parti del corpo o il rifiuto della stessa, attualizza la questione, divenuto autentico *migh-problem*, sulla determinazione dell'appartenenza del corpo. Dimenticando la visione ilemorfica, se l'evidenza dell'essere umano è corporale, la rappresentazione del corpo e della sua sacralità è il frutto di strutture sociali complesse.⁵ Ciascuna di esse traccia un sapere scientifico, per la cultura Maori, ad esempio il collegamento tra la cosa (tonga) e lo spirito in essa preservata (hau) è inscindibile⁶. Tali valutazioni, inibendo la *reductio ad unum* del fenomeno, restituiscono visioni profondamente contrastanti. Il diritto di sé, dall'eco transnazionale e icasticamente definibile come "insaziabile" diviene, così, sia lo strumento per la depenalizzazione dell'aborto nella sentenza 75/84 resa in amparo in relazione all'art. 15 della Costituzione spagnola e nell'applicazione della scriminante dell'art. 54 c.p. per la madre rea ai sensi dell'art. 575 c.p. nella pratica abortiva in Italia, sia lo strumento del diniego offerto dai medici all'aborto terapeutico nel drammatico caso Havappanar, con donna morta per setticemia.⁷ A voler significare che nelle società occidentali, causa, forse, di perduranti echi masoretici, la nozione di corpo sfugge da un significato collettivo, qualora non sia contenuto in regole aventi forza di legge, pur se affermatesi nel diritto *de iure condendo*. La paura, come ebbe ad osservare Sanderson, è verso il pericolo di uno sforzo dedalico, ovvero di una scienza che, progredendo, è costretta alla correzione costante

³ *Ibidem*

⁴ In merito al concetto di società *closely held* e all'effetto prodotto sui consociati si veda S. RODOTA', *Solidarietà un'utopia necessaria*, Edidori Laterza, 2014

⁵ Kant aveva già valutato come la posizione classica fosse contraria alla commercializzazione poichè tendente a preservare l'integrità del corpo in quanto substrato indissociabile della persona.

⁶ Cfr L. D'AVACK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*. Lo stesso rimanda a J.B. STORA, *Vivre avec une greffe. Accueillir l'autre*. Paris 2005, pp. 100-101

⁷ Sul caso Havappanar, si veda S. PRISCO, *La musica della vita. Quaderno di bioetica e biopolitica di un giurista*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015

della progressione stessa. Diviene allora fondamentale la creazione di nuove categorie giuridiche che permettano di qualificare il vivente umano distaccato dalla persona. Vi ha largamente tentato la giurisprudenza internazionale in materia, ad esempio, di clonazione; sia nella forma terapeutica (con la produzione di ibridi citoplasmatici, ottenuti attraverso il trasferimento di genoma nucleare di cellula somatica umana in citoplasma denucleato di origine animale), consentendo la creazione di un utopico Stato perfetto, sia in quella riproduttiva, con la cancellazione del rapporto triadico (genitori/figlio) in favore di quello diadico (clonatore/clone) negando la sovrapposizione di uguaglianza genomica e identitaria, a causa della densità ontologica complessa della seconda. Il corpo non pare, così, rientrare nella categoria delle *res derelictae* nè in quella delle *res publicae*, nè potrebbe dirsi pienamente regolamentato dalla disciplina delle *res privatae*. Dalla creazione di nuove categorie dipenderanno le regole che governano i titolari, l'uso e la destinazione di questi nuovi beni, *rectius* non patrimoniali. L'attuale incapacità, presente negli ordinamenti giuridici, di depersonalizzare il corpo vivente è primigenia del non pieno raggiungimento delle finalità euristiche poste dal diritto. La scoperta delle potenzialità del corpo e, con esse, dell'*enanching*, pone una complessa sfida sia per l'etica che per il diritto⁸. I due sistemi deontici finiscono con lo scontrarsi nella dicotomia modello permissivo e impositivo⁹. E poichè, come ricorda Goodrich "*comparison become the law*", nello *spatium deliberandi* del diritto, la disponibilità di sè può avere come referente sia il potere di disporre della propria vita sia il potere di disporre del proprio corpo o di parti di essa, quali atti mortis causa (es. donazione di organi) o inter vivos (donazione di gameti). Il tentativo di valorizzare l'autodeterminazione ha richiesto un progressivo allontanamento dalla teoria dell'indisponibilità accreditata da lauta parte della letteratura medica. Si pensi, al fine esemplificativo, alla teoria del *bonding*, concernente l'attaccamento di madre e figlio (sempre *portio faeminae*) che costituisce trincea invalicabile in termini di maternità surrogata. Il diritto a disporre del proprio corpo è divenuto atto donativo ricollegabile ai valori di libertà e solidarietà. Si è così scongiurato il rischio di una limitazione della possibilità della piena disponibilità del proprio congedo alla vita, conformemente al desiderio di laicizzazione tipico della cultura francese (id est l. 274/2008), *etsi deus non daretur*. Nella scissione tra *homo phenomenon* (soggetto empirico) e *homo nomenon* (essere razionale), un ruolo fondamentale è rappresentato dalla solidarietà. Nel suo valore polisemico, essa è cooperativa e giuridicizzata¹⁰. A dispetto di una ownership society in cui

⁸Per approfondimenti, v. L. LO SAPIO, *Potenziamento e destino dell'uomo. Itinerari per una filosofia dell'enanchement*, Edizioni Il melangolo, 2016

⁹Cfr L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica*, Giappichelli editore, 2014

¹⁰Sul valore della solidarietà, J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea* (traduzione di Leonardo Ceppa) ritiene che solo essa sia in grado di liberarci dall'odio tra paesi creditori e paesi debitori, che sta alla radice dell'attuale crisi europea.

il cittadino è solo soggetto di mercato, pur in un rischio monosponsoristico, in una democrazia di società, egli è *ecological citizen*. La solidarietà è, per sua stessa genesi, un lemma anodino. Per lungo tempo è stata scaturigine di una opposizione identitaria tra individuo e gruppo sociale. Montesquieu nel 1748 ne aveva ipotizzato l'inscindibile legame ai concetti di fraternità, proprietà e felicità, oltre i limiti della dimensione caritatevole. Nel *Discours de la servitude volontarie* si evince il tentativo omologatore della natura. La teoria di una società naturalmente armonica è presto smentita dalla ricchezza, di cui si fa portatore e custode, nel Discorso del 18 Brumaio, Napoleone. All'artificialità del diritto è, così, demandata una funzione egualitaria; essa è norma oggettiva vincolante per i governanti. Così è per Lord Beveridge fondatore del Welfare State, e per l'art. 34 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. In Italia il valore della solidarietà è trasmigrato nel generale dovere di correttezza, ai sensi dell'art. 394 del codice penale. Diviene, di poi, valore universale di cooperazione, come nel Manifesto Convivialista di Illich, ben memore della donazione del Buon Samaritano e dello stravolgimento dello ius migrandi. È la solidarietà dell'adozione come nell'Apostolicam Actuositatem. Eppure lo stesso principio è stato utilizzato come limite applicativo all'ectogenesi, divenendo nell'Affaire Perruche (L. 203/2000) l'impossibilità per il soggetto di rivalersi del danno subito con la stessa nascita (*wrongful birth*)¹¹. La stessa dimensione che, nel caso Englaro, si è resa in un Presidente del Consiglio costituzioni solutus (o legibus tale?).

2. Disposizioni anticipate di trattamento.

Una DAT (disposizione anticipata di trattamento) è l'espressione delle volontà da parte di una persona fisica che assume il "ruolo" di testatore, in merito ai trattamenti terapeutici che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi in una condizione di incapacità nell'esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte per patologie o lesioni traumatiche cerebrali e irreversibili o invalidanti. Genericamente si intende la necessaria sussistenza delle DAT nella previsione di traumi o patologie così invalidanti dal prevedere la necessaria sussistenza o meno di strumenti elettronici (es. respiratori) che inibiscono ogni forma di vita relazionale. Le prime proposte sulle dichiarazioni anticipate di trattamento in Italia, risalgono alla fine degli anni novanta, identificate come *living will* (impropriamente tradotto come volontà del vivente), ovvero come capacità deterministica sulla "morte", esse possono essere contestualizzate nell'ambito delle differenze sussistenti tra i due approcci definiti dal mondo anglosassone *pro-choice* e *pro-life*¹².

¹¹Si veda la Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2015 n. 25767.

¹²M. REVELLI, in un saggio del 2007, *Sinistra Destra. L'identità smarrita*, invita però a non pensare a tale distinzione in maniera troppo rigida, il *discrimen* tra le due teorie che poi è ridotto nelle distanze tra destra e sinistra, ovvero nella contrapposizione tra autonomia e eteronomia può essere

a. Profili costituzionali

Approvata il 22 dicembre del 2017, salutata dalle lacrime di commozione dei protagonisti di storie drammatiche, tra cui Mina Welby, moglie di Piergiorgio, autentico *laeding case* italiano; la legge sulle DAT (disposizioni anticipate di trattamento) è in vigore dal 31 gennaio del 2018. Osteggiata da chi, immolatosi sulla colonna vertebrale della propria formazione cristiana, aveva ritenuto il disegno di legge offensivo della sacralità della vita; la norma costituisce sì un importante passo per la piena affermazione di sé ma, almeno nelle valutazioni della scrivente, non perfettamente corrispondente al senso giuridico di libertà di scelta. Non si può certo negare quando sia stato arduo il percorso sino al 22 dicembre dello scorso anno, ancora vivida l'eco di queste parole: "Si è detto che si tratta di denegata giustizia; ebbene si denega la giustizia quando vi sia una norma dell'ordinamento che viene evocata. Ma qui non c'è nessuna norma, perché, come dice il diritto romano, che è molto inferiore al diritto dei giorni nostri, quasi inesistente - *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit, non dixit*", a parlare era il senatore Cossiga, ex Presidente della Repubblica, dedito anziché alla difesa delle istituzioni al loro "picconamento" quotidiano¹³. L'epoca storica era quella del drammatico caso Englaro e il commento del senatore era a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n. 334/08. Una declaratoria di illegittimità con cui la Consulta aveva liquidato i ricorsi (maldestra *vindicatio potestatis*) della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica in merito al presunto conflitto di poteri con la Corte di Cassazione "accusata" di avere, sotto l'apparenza formale di una pronuncia giurisdizionale, posto in essere un autentico atto legislativo, in beffa alla separazione dei poteri¹⁴. Nella cooperazione ostentata anche a mezzo dell'astensione collaborativa del principale gruppo di opposizione; onore andò alle voci di dissenso, dalle quali occorre partire per comprendere il substrato costituzionale della legge in vigore nell'ordinamento giuridico italiano dal 31 gennaio del 2018. Voci di dissenso dei senatori Ceccanti e Pardi, in particolare, per i quali l'assenza di una disciplina specifica delle scelte di fine vita determina comunque, di fatto, la possibilità per l'autorità giudiziaria, tenuta a decidere in forza del divieto di *non liquet* di accedere a interpretazioni diverse

così resa: <<Il fatto che la sinistra non accetta il potere normativo della natura e che consideri l'ordine sociale come prodotto "artificiale" della ragione e della volontà, mentre al contrario la destra tende a neutralizzare l'ordine cogliendo in esso l'espressione indiscutibile di uno Stato di fatto sottratto alla discriminazione umana".

¹³R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino?* (a proposito dell'ordinanza 334/08), consultabile in Forum dei Quaderni Costituzionali.it. Osserva l'Autore: «Cossiga si è fatto promotore di una levata di scudi delle Camere contro la Cassazione e la Corte di Appello milanese, ree soltanto di aver rispettato il divieto di non liquet, di rifiutare di rispondere alla domanda del ricorrente in assenza di una chiara norma di legge».

¹⁴R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in Associazione Italiana Costituzionalisti, 11 dicembre 2008.

delle norme allora vigenti, sia pure nel rispetto dei parametri ermeneutici di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. In realtà già l'art. 4 del Code Civile esponeva con chiarezza ciò che viene traslato nel nostro art. 12 delle preleggi, in virtù del quale il divieto del diniego di giustizia svolge un ruolo di mediatore al fine di regolare i rapporti tra potere legislativo e giudiziario, non già di creare ex novo la norma. Ma nella vicenda *de qua* è stato davvero così? La Corte Costituzionale nell'ordinanza 334/08 dichiara inammissibili, ai sensi dei commi terzo e quarto dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953 n. 87, i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte di Appello di Milano. Nel pronunciarsi sull'esistenza di fonti normative, la Corte Costituzionale menziona la Convenzione di Orvieto e la CEDU. In tale sede si compirà uno sforzo interpretativo, maggiorato, ricercando tali fonti nel combinato disposto degli art. 2-13-32 della Costituzione. Memore degli insegnamenti di kelseniana memoria in virtù dei quali "Solo l'erronea identificazione del diritto con la legge può offuscare l'evidenza che la funzione giurisdizionale è produzione di diritto nel vero senso della parola"¹⁵ e dell'ammonimento che, di contadina saggezza, viene utilizzato da Roberto Bin per commentare l'ordinanza sopracitata: "Se non sale in cielo, sarà un raggio d'asino?!", la riflessione non può che partire dall'art. 2 della Cost. Recita la norma "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale". Quest'articolo connota il nostro sistema come Stato di diritto. L'art. 2 è identificabile come la norma, contenuto-forma della fattispecie aperta; difatti i diritti inviolabili menzionati non possono essere limitati a quanto regolamentato dagli art. 13 e ss. E' pertanto necessario tracciare i profili generali dei diritti inviolabili. Essi sono quei diritti e libertà fondamentali preesistenti in quanto connaturati alla stessa natura dell'individuo. Per il loro carattere di appartenenza originaria alla sfera più intima e personale dell'uomo sono:

1. inalienabili ed intrasmissibili
2. irrinunciabili ed indisponibili
3. insopprimibili attraverso il procedimento di revisione costituzionale previsto dall'art. 138, in quanto il sistema di libertà che essi rappresentano costituisce il fondamento dello Stato di diritto e una loro violazione attuerebbe un sovvertimento dell'assetto costituzionale.

V'è un legame profondo tra la tutela di tali diritti inviolabili ed il richiamo al diritto naturale. Il rifacimento costante a tale diritto operato nella Costituzione e nelle Dichiarazioni internazionali e trattati identifica la necessità di un assetto di valori

¹⁵ *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952

di natura giusnaturalistica. E' la testimonianza di una necessità, dopo le nefandezze dei conflitti mondiali, consci della capacità umana di derogare principi da essi stessi creati, e resi a mezzo del diritto positivo. Lo strumento a mezzo del quale i legislatori europei e di oltre oceano hanno sottolineato l'esistenza di un diritto pregresso alla stessa vita umana. Innato e per questo antecedente ad ogni fenomeno giuridico. La nostra Costituzione identifica il macrocosmo di tale diritto e la necessaria tutela che ad esso deve essere offerta dalla Repubblica nell'articolo sopracitato. Il riferimento ad un'organizzazione sovrastrutturata in grado di svolgere tale mansione sarà chiara anche in un'altra norma: l'art. 29 della Cost., e sarà ancora più esplicito nella menzione a livello internazionale contenuto nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948: "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza (...)" "Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione (...)", così l'art. 1 e 2. Ancora più incisivo l'art. 16 "Ogni individuo ha diritto alla vita (...)". Si guardi agli altri due articoli della Costituzione, in cui sia possibile ascrivere il fenomeno giornalmisticamente reso come "testamento biologico": l'art. 13 e 32.

Art. 13: "La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive 48 ore si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E' punita ogni violenza fisica e morale nelle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva". Tale articolo rubricato nel Titolo I, Parte I concernente i rapporti civili nell'elenco dei diritti e doveri dei cittadini, concerne la libertà personale. Prima tra le libertà fondamentali. Sono anch'essi dei diritti connaturati alla persona di cui permettono l'esplicazione libera. Considerata la loro natura di diritti originari ed inviolabili la Costituzione li riconosce a tutti gli individui, compresi gli stranieri. L'intento dell'Assemblea Costituente è chiaro: ritagliare un apposito spazio per la tutela della persona. Per libertà personale, nella fattispecie, s'intende il diritto della persona fisica a non subire coercizioni che ne impediscono o limitino i movimenti e le azioni. Essa deve essere intesa anche quale libertà morale, vale a dire come integrità della propria coscienza, che non deve essere condizionata da minacce o intimidazioni al fine di annientarne la volontà. Uno dei primi diritti ad essere garantito, essendo sancita già nel 1215 nella Magna Charta Libertatum, a difesa dei sudditi inglesi da arresti ingiustificati. E' *l'habeas corpus*. E' la necessaria preservazione della libertà personale dalla eventuale degradazione giuridica.

Il costituente ha voluto, così, dettare un'efficace garanzia per proteggere i cittadini da illegittime interferenze nella sfera di libertà individuali della pubblica autorità. Nella volontà di evitare ogni arbitrario potere soprattutto nell'attuazione di misure restrittive, i padri costituenti hanno posto a baluardo dell'inviolabilità di tale diritto la riserva di legge. In realtà, e ciò dando credito alla suggestiva ipotesi in virtù della quale la libertà personale riserverebbe la propria disciplina in altre ulteriori disposizioni alla stessa norma costituzionale, le definizioni correnti della libertà personale (ex art. 13 Cost.) sono essenzialmente due: quella che identifica nella possibilità di disporre in via esclusiva del proprio benessere fisico, nei limiti e con l'osservanza degli obblighi posti dall'ordinamento; e l'altra secondo cui essa consisterebbe nella disponibilità non solo fisica, ma anche psichica o morale di se stessi. Secondo altra parte della dottrina le coercizioni fisiche sarebbero esercitabili solo in virtù dell'art. 25, 30 e 32 della Cost. Ciò che è chiaro, nel rapportarsi alla lettera della norma, è che l'art. 13 offra di per sé argomenti in favore della teoria che caratterizza la libertà personale in senso lato. Con pari sicurezza si può sostenere leggendo il comma 2 dell'art. 13, tanto che la formula di chiusura delle restrizioni vietate (né qualsiasi altra restrizione della libertà personale [...]), si riferisca a situazioni omogenee con quelle poste in essere dalle misure fisicamente coercitive, puntualmente indicate in precedenza.

"Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale", quanto che essa concerna situazioni diverse da quelle, e che proprio perciò non sarebbero predeterminate in Costituzione. L'art. 13 detiene la prima attestazione personalistica degli intenti della prima tra le fonti del diritto italiano. Si analizzi adesso, l'articolo 32, stato mesenchimale della recente normazione. Tale articolo rubricato nel titolo II°: rapporti etico-sociali discute di "diritto alla salute". Recita la norma: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo nell'interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Il diritto alla salute è riconducibile alla categoria dei diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 in quanto tutela l'integrità psichica e fisica dell'uomo contro ogni minaccia proveniente dall'ambiente esterno. Esso è qualificato come il più importante dei diritti sociali indicati dall'art. 3 comma 2 poiché rende possibile il pieno godimento dei diritti di libertà. La salute, si evince dalla norma, non costituisce solo un diritto primario dell'individuo, ma anche un interesse preminente della collettività, che predispone a questo scopo adeguate strutture per la sua protezione. Se è vero, però, che nel passato tale diritto è stato reso, prima, a mezzo dell'istituzione del S.S.N., legge 28/12/78 e poi ad un maggiore interesse per la salubrità dell'ambiente, in rispetto all'intento di tale scritto, la contestualizzazione del combinato disposto degli artt. sopra citati, ci spingeranno verso il riconoscimento della sussistenza del diritto alla vita dignitosa, intendendo per essa anche la necessaria normazione volta a regolare

la volontà di porvi fine al venir meno delle condizioni atte ad intenderla come dignitosa, come avviene nella legge 219/2017. Se, difatti, ci convinciamo della bontà della tesi tendente ad identificare i diritti inviolabili con il diritto naturale e, diamo fede al giusnaturalismo alla loro creazione "prenormativa", ne avremo che tali diritti sono parte dell'etica che disciplina i rapporti intersoggettivi, e come tale è una realtà ideale e astratta che, come ogni altro principio morale, non ha carattere giuridico.

Tale carattere lo assumerà solo allorché ci sarà esplicito richiamo nel diritto positivo. Le norme sui diritti inviolabili dell'uomo costituiscono quindi la positivizzazione di precetti etici dei quali assorbono il contenuto, e che rendono con ciò stesso giuridicamente coattivi. La norma morale diviene precetto etico. Ora se consideriamo che lo Stato di diritto è strutturato sulla presenza delle norme giuridiche che garantiscono i diritti umani, essi risulteranno tutelabili solo sulla base del principio di legalità. L'interpretazione che non vuol costituirsi come estensiva ma per sua stessa genesi letterale, identifica nel combinato disposto degli art. 2- 13 e 32 della Cost. la piena legittimazione del testamento biologico. L'impianto esegetico è chiaro: la vita è sì diritto inviolabile dell'uomo, ma per struttura bifasica è, al contempo, la maggiore indicazione della libertà dell'individuo, che deve essere tutelata e non violata o depauperata nel suo momento definitivo: quello del congedo. Dato che l'idea implica sempre un'astrazione, come suggerisce Alessandro Catalani, e quindi una generalizzazione della realtà materiale, che deve essere adattata alla materia, nella sua concretezza; è necessario che la forma-norma sia dotata di un valore deformante rispetto al principio. Valore che, nella questione *de qua*, si carica delle indicazioni della capacità interpretativa di chi è chiamato ad applicare tale principio; e che della norma necessita per non travalicarne il *limen*.

b. Interpretazione dei principi, tra evoluzione ed involuzione.

I. D.d.I. Calabrò

Eppure, gli stessi principi ivi enunciati vengono posti alla base di un tentativo legislativo diametralmente opposto a quanto accaduto in tempi recenti. Il 26 marzo 2009 il Senato approvò un disegno di legge avente ad oggetto le alleanze terapeutiche, ribattezzato dalla per il suo intento liberticida: "legge salva Eluana". "(...) *una vera e propria vendetta istituzionale dopo la conclusione nella legalità (...) che mette in discussione non solo la nostra Costituzione, ma persino il principio dell'habeas corpus stabilito 794 anni fa dalla Magna Charta*¹⁶, così il compianto Rodotà, commentava, in un contesto già tacciato di rottura ai precetti costituzionali, il d.d.I. Calabrò. E' il secondo tentativo compiuto dal governo Berlusconi. Il 6 febbraio il Consiglio dei Ministri aveva già varato un decreto legge. Un atto normativo che si era attirato le critiche di gran parte dei giuristi

¹⁶Cfr Stefano Rodotà

italiani, non solo sul piano contenutistico ma anche in rispetto alla forma. Il che equivarrebbe a dire che il decreto legge fu additato come espediente anti-costituzionale non solo in rapporto al diritto che voleva negare: quello della vita dignitosa, ma anche nell'assetto ritualistico, per il mancato rispetto dei presupposti di urgenza e necessità previsti dall'art. 77 della Cost. Un rapido *excursus* sulla vicenda immediatamente precedente a quella *in fieri* di analisi è necessaria per comprendere l'evoluzione delle coscienze e, di rimando, dell'impianto normativo. E' Federico Gustavo Pizzetti¹⁷ ad offrirci una chiave di lettura valente: tre sono i punti di vista da considerare nell'analizzare il d. l. varato dal Consiglio dei Ministri il 06/02/2009. Il primo (nell'ideologica numerazione di Pizzetti, risulta terzo)¹⁸ si riferisce alla natura e alla funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato in materia di decretazione d'urgenza ed ai rapporti intercorrenti tra Colle e Governo negli equilibri fragili di una fase storico-politica caratterizzata da una costante evoluzione della forma di governo verso un significativo rafforzamento del ruolo dell'esecutivo, e che vede l'Italia, nella contesa tra parlamentarismo e presidenzialismo decisamente più protesa al secondo. Anche se il pressing sul presidenzialismo ha subito la stangata della crisi economica che spinge sì ad una riforma procedurale e sostanziale ma appunto sulla sostanza e non già sulla forma¹⁹. L'equilibrio è rappresentato dalla sottile distinzione tra atti aventi forza di legge e i regolamenti, rifiutando la teorizzazione estrema ed estremizzata di parte della dottrina che, giocando sulla somiglianza fonetica di promulgare ed emanare ritiene preponderante il rifiuto doveroso del potere inibente dell'obiezione di Giorgio Napolitano poiché circoscritto dalla lettera della legge (ex art. 74) al solo rinvio alle camere. Nel tentativo di depauperare il Capo dello Stato della sua funzione di controllo dell'integrità dello Stato Italiano e della stessa Costituzione, Napolitano fu tacciato d'aver illegittimamente strumentalizzato un potere a sé non confacente; lasciando la *Costituzione* imbrigliata nel suo assetto "sovietico" da cui occorreva liberarla. Il secondo assunto considerato dal docente torinese, riguarda la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, previsti dall'art. 77 della Costituzione per l'adozione dei provvedimenti provvisori con forza di legge²⁰, rispetto alle specifiche circostanze di fatto e di diritto alla presenza delle quali il Governo ha

¹⁷Per approfondimenti: F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e progetto di vita*, in *Politica del diritto*, XL, 3, 2009, pp. 445-481.

¹⁸Cfr F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti alla legge e progetto di vita*, in *Astrid*, rassegna 2009, n. 88 (anno V, n. 5) del 12 marzo.

¹⁹E' quanto già aveva osservato l'ex direttore del Corriere della Sera Piero Ostellino che nei 18 caotici mesi dell'avvicendamento Letta-Renzi aveva ravvisato la speranza dell'introduzione del semi-presidenzialismo alla francese con la fine del bicameralismo e l'introduzione del federalismo.

²⁰Per approfondimenti ulteriori, Cfr. F.G. PIZZETTI, *Il disegno di legge governativo su dico e testamento biologico: spunti di riflessione in inizio e fine vita: soggetti diritti e conflitti*, in F.G. Pizzetti e M. Rosti (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008 pp. 2199-2201.

ritenuto di dover intervenire sotto la sua responsabilità. In realtà come indicato anche dal Capo di Stato, i temi di disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione artificiale, sui quali il Governo si stava accingendo ad intervenire in via provvisoria, non potevano essere considerati "straordinari" nell'accezione della mancata precedente presentazione alle Camere. Altra obiezione, proposta da Napolitano ed accreditata dalla dottrina, è quella in virtù della quale il decreto legge era destinato ad assumere le caratteristiche di inappropriato strumento di condizionamento in una circostanza in cui erano già state poste le colonne d'Ercole del giudicato. La *res iudicata* non poteva subire l'ulteriore regolamentazione del decreto legge. Veniamo al terzo ed ultimo punto: la compatibilità della disciplina contenuta nel decreto legge con il riconoscimento e la garanzia costituzionale di diritti inviolabili della persona umana, alla luce di principi fondamentali e costituenti l'ordinamento repubblicano nella sua stessa, profonda, radice assiologica. Come è possibile dedurre dalle interviste dell'epoca ai membri di governo e senato il *liet motiv* degli interventi normativi e del decreto legge ivi citato, in particolare è: la salvezza della vita umana. Tale, presunta, volontà salvifica è apparsa al Governo giustificazione più che sufficiente a legittimare anche il superamento di quei confini costituzionali fondamentali che presidiano e tutelano l'esercizio della funzione giurisdizionale e di quella legislativa. L'eccezionalità della "vicenda Eluana" nell'accezione che di essa voleva essere offerta in una strumentalizzazione che spinge ad un ricordo d'oltreoceano²¹, trova ossimorico contrasto con l'entità lesiva del contenuto del provvedimento provvisorio rispetto ai diritti garantiti dalla Costituzione. Il rapporto tra Stato e soggetto ne risultava compromesso a danno del secondo, vittima del gravame di una norma che eccede nella simbiosi tra la "dignità umana e l'identità personale". La vicenda Eluana nel profilo normativo non si esaurisce qui. Mentre Eluana spirava nella casa di cura la Quiete, il Senato concentrava la sua attenzione su di un nuovo d. l. , quello Calabrò. Nato dalla salvaguardia della salute altrui quale interesse generale della collettività in una sorta di accoglimento dell'indicazione fornita dalla Corte Costituzionale circa la necessaria riserva di legge e, indi, un'attività normativa da demandarsi esclusivamente al Parlamento. E' il segno dei tempi. La Chiesa cattolica, dopo un'iniziale reticenza su qualsiasi tipo di normazione, torna sui suoi passi, facendosi essa stessa promotrice di un intervento legislativo, che sia pur sempre monito alla vita. Nella lunga, pregressa lotta clericale plasmata sull'equilibrio dell'indisponibilità dei due estremi: vita e morte, si apre uno squarcio, è il relativismo della chiesa gerarchica, è l'inno di un teologo valdese: *Fratelli cristiani: meno Ratzinger, più Kant!* Un'appassionata analisi in cui l'oltranzismo della gerarchia vaticana sulle questioni di fine vita confligge non solo con la cultura laica, ma anche con diverse acquisizioni del magistero cattolico, più vicino all'opera di evangelizzazione di quanto avvenga per la

²¹Si pensi al noto caso Schiavo e al contenuto del memoriale di Brian Darcing

catechesi²². Il d.d.l. Calabrò non è divenuto legge dello Stato, eppure risulta interessante analizzare alcuni punti significativi del testo, per comprendere quanto di esso sia traslato nella legge attualmente in vigore sulle DAT:

- **Art. 1 Tutela della vita e della salute. Lo Stato garantisce l'astensione da trattamenti sanitari sproporzionati per chi si trova in fin di vita o morte prevista come imminente.**

E se fosse imminente ma evitabile? Non si tratta di evitare l'accanimento terapeutico, già vietato, ma di limitare le cure per chi non ha possibilità di guarigione. Non viene attuata alcun tipo di definizione, né chiarita l'eventuale proporzione (o soglia della tale) che dovrebbe sussistere tra cura e patologie.

- **Art. 2 Consenso informato.** Prevede che per attivare un qualsiasi trattamento sanitario serva sempre un consenso informato scritto. Quasi a voler sottolineare quell'indice di necessaria sicurezza di latina memoria: *verba volant scripta manent*. In realtà, si tentò una maldestra "deresponsabilizzazione" del medico, a cui non è più chiesto un onere di attivazione, dovendo questi attendere il consenso, anche per il trattamento chirurgico dei cui rischi deve informare il paziente, o nell'ipotesi di incapacità dello stesso, del tutore.
- **Art. 3 Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento (DAT).** Alimentazione ed idratazione non sono soggette ad essere interrotte. Non meraviglia il grande apprezzamento per il sarcastico interrogativo di Gian Domenico Borasio: In Italia i sondini hanno più diritto dei malati? E di farlo alla luce della constatazione in virtù della quale nonostante nutrizione ed idratazione siano sempre state terapie mediche, persino dannose poiché in grado di prolungare la sofferenza del malato terminale, siano state sottratte al regime delle cure palliative.
- **Art. 4 Forma e durata della DAT.** Il consenso deve essere sempre contestuale, poi diverrebbe anticipato, fino a 5 o più anni, rispetto ad una ipotetica e non definibile situazione. E' revocabile solo in forma scritta.
- **Art. 5 Assistenza ai soggetti in stato vegetativo.** Viene indicato di stabilire linea guida affinché le regioni si conformino nell'assicurare l'assistenza domiciliare per i soggetti in stato vegetativo permanente, sarebbe più corretto chiamarlo persistente.
- **Art. 6 Fiduciario.** Nominabile nella stessa stesura della DAT, è l'unico che può interagire con il medico con il compito di verificarne attentamente la condotta ed il rispetto delle DAT.
- **Art. 7 Ruolo del medico.** Deve prendere in considerazione le DAT ma non è obbligato ad eseguirle. Tuttavia può essere sostituito.

²²Cfr D. GARRONE e F. d'ARCAIS, *MicroMega*, 2/2009, pp. 137-143

- **Art. 8 Autorizzazione giudiziaria.** E' chiamato in causa il giudice tutelare a decidere in caso di controversia o inerzia ad esprimere il consenso ai trattamenti sanitari.
- **Art. 9 Disposizioni finali.** Istituisce un registro delle DAT ed affida al Ministero del Lavoro , della salute e delle politiche sociali la stesura di norme attuative sulla sua redazione e modalità di conservazione.

Il testo presenta già alcune anomalie dal punto di vista "formale", non stabilisce, difatti alcun stanziamento di spesa, pur prevedendo l'impegno di assistere anche a livello domiciliare i pazienti in stato vegetativo, non individua chi e come dovrà far attuare la legge, limitandosi ad affidare ai dicasteri del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali la compilazione di norme attuative sulla redazione delle DAT; ad ultimo non prevede alcuna sanzione amministrativa e/o penale per chi non la applica in modo adeguato. E da tali assunti occorrerà partire per valutare la norma oggi in vigore. Accanto alle obiezioni dal punto di vista formale, però, molte e più profonde possono presentarsi da quello sostanziale. Il ddl Calabrò suscita, anzitutto, dubbi in merito alla sua piena compatibilità con il principio di volontarietà di trattamenti sanitari, di inviolabilità del corpo, di promozione del "progetto di vita" della persona stessa (e dunque di rispetto e valorizzazione della sua "personalità essenziale"), di ricerca di un quadro composito di valore e di diritti tutto giocato sul binomio "dignità-identità". La dignità della persona umana, la stessa che aveva ottenuto chiaro riconoscimento nelle sentenze del caso Englaro e nella stessa lettera della norma: artt. 2-13-32 della Cost., veniva nella bozza depauperata del principio personalista, divenendo solo "salvaguardia" di un interesse statalista. La norma appare ispirata ad una certa diffidenza verso la valorizzazione dell'autonomia del paziente e verso la promozione della sua personalità nelle scelte mediche. In realtà tale disegno di legge cela, ipocritamente, dietro la mancata negazione dell'alleanza terapeutica uno schema predeterminato entro il quale il diritto a morire è negato nel rispetto di uno diritto prioritario, che non è diritto alla vita, ma bene della vita. La proporzione dei trattamenti sanitari richiesta dal combinato disposto degli artt. 2-3-8 annienta "i valori fatti propri dalla persona interessata, la sua visione di dignità o il senso che deve alla propria vita"²³. Un noto aforisma inglese suole mettere in guardia che "*hard cases make bad law*", tale vicenda legislativa può costituire un *exemplum* chiaro, quanto gravoso. Le tensioni suscitate dal caso Englaro hanno spinto l'opinione pubblica a schierarsi apertamente in considerazioni pro o contro il caso stesso²⁴.

²³Cfr. A. PIOGGIA, *Brevi considerazioni sui profili di costituzionalità del ddl Calabrò*.

²⁴Come asseriva L. CHIEFFI, v'è un'esigenza pressante di trovare equilibrio restando rispettosi del catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale. Il ddl Calabrò è dimentico dell'evoluzione storica che la stessa lettura della norma costituzionale cela e propone; "irritualmente" strutturato, "anti democraticamente" orientato, esso è da considerarsi illegittimo.

II. Dalla libertà di cura d.d.I. Finocchiaro (29 aprile 2008). Nuova esegesi della considerazione del trattamento sanitario.

" *L'obbedienza alle leggi è libertà !*" Scrive L. Tom Perry di fede mormone e membro del *Quorum* dei Dodici Apostoli. Per formazione culturale e convincimento religioso Perry e, di rimando, l'aforisma citato ha uno "sguardo proteso verso l'alto". La legge cui si richiede obbedienza è quella divina; quell'armonia dominatrice del caos, cara agli Eleatici e, per sua stessa natura dotata di un forte potere coercitivo, in quell'ossimorica condizione che vedrebbe gli uomini dotati di libero arbitrio atto però, solo a scegliere tra il bene ed il male con l'utilizzo, nel caso in cui la scelta disseminasse la via di Cristo, del più potente strumento coercitivo: la dannazione eterna. Questo principio non è però, caro, solo ai precetti religiosi. Kant, nel suo capolavoro *Critica della ragion pura*, servendosi di espressioni provenienti dalla filosofia scolastica, osserva che la libertà è condizione sostanziale (*ratio essendo*) della legge morale, e che la seconda è a sua volta condizione cognitiva (*ratio conoscendo*) della libertà. Ora, tralasciando l'impianto esegetico che lo portò a definire l'anima come paralogismo (ossia sillogismo sbagliato che ci porta ad intendere l'io come sostanza) ciò che preme in questa sede è valutare come già Kant avvertiva che ciò che moralmente premesse come esigenze divenisse imperativo categorico²⁵. E' l'interrogativo di partenza del Nostro che è fondamentale anche per l'analisi *in fieri*, per tentare di spiegare come e quando una norma che per suo concepimento dovrebbe tenersi lungi dal principio etico, seppure esso ne costituisce il substrato, finisca per regolare una sfera essenziale della morale e della vita dell'uomo, nel suo momento di "fine"²⁶. La codificazione legislativa, che è punto terminale di un processo in cui è sempre l'autorità di maggioranze dispotiche ad imporsi, finisce per risolversi in un congegno liberticida²⁷. Quanto

²⁵Sarà un italiano, Bruno Leoni, poco più di 150 anni dopo della nota risposta di Kant ai quesiti sull'illuminismo *sapere aude!* (abbi il coraggio di conoscere) a chiarire i limiti della libertà individuale.

²⁶ <<La libertà individuale può essere compatibile con gli ordinamenti contemporanei incentrati sulla legislazione e quasi completamente identificati con essa?>>, B. LEONI, *La libertà e la legge 1961*, Liberlibri, 1995.

²⁷Leoni, preconizzando il delirio demiurgico e la metastasi normativa, che avrebbero devastato gli ordinamenti contemporanei, tratteggia una teoria generale del diritto che scongiuri i rischi a cui un potere legislativo privo di limiti espone la libertà individuale. In realtà, già Roberto Esposito aveva acutamente sollevato il problema della crescente richiesta di regolamentazione del fine vita con l'ammissibilità della norma etica: <<dal rilievo crescente dell'elemento etico nelle relazioni tra popoli e stati, alla centralità della questione sanitaria come indice privilegiato del sistema economico-produttivo alla priorità dell'ordine pubblico nei programmi di tutti i partiti, quello che si registra da ogni parte è un tendenziale schiacciamento della politica su dato puramente biologico, se non sul corpo stesso di coloro che sono al contempo oggetti e soggetti >>.

riconosciuto nella norma costituzionale era ravvisabile già nella legge 833 del 1978 all'art. 33 e nel decreto legge 211 del 24 giugno 2003 recante disposizioni sulla sperimentazione clinica. In realtà, le prime proposte di legge che si occupano di problematiche connesse a ciò che, traslando una dizione cara al codice civile, si è soliti definire testamento biologico, risalgono al 1999. Nel corso della XIII legislatura, il 10 febbraio 1999, alla Camera fu depositata la proposta di legge "Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipata nel trattamento sanitario" n. 5673/99. La proposta di un gruppo di deputati dell'Ulivo era finalizzata ad offrire al cittadino-persona l'esplicita fondazione giuridica del suo essenziale diritto all'autodeterminazione, inteso non più come un dovere dell'operatore sanitario, ma come un positivo riconoscimento, nonché gli strumenti giuridici sostanziali e procedurali per vedere garantito tale diritto anche nel caso di perdita di capacità di decidere o di esprimere la sua decisione, consentendogli di disporre anticipatamente in merito al trattamento medico desiderato. Mentre l'art. 2 si occupava della capacità di doversi riconoscere ad ogni individuo la prestazione o l'erogazione del proprio consenso in rapporto a determinati trattamenti sanitari, l'art. 3 precisa che "la volontà del soggetto in merito al trattamento sanitario, sempre revocabile, è dichiarata con atto scritto di data certa e con sottoscrizione autenticata". Una proposta analoga viene presentata al Senato il 29 giugno 2000 da un gruppo di senatori dei Verdi. Nella XVI legislatura da alcuni esponenti dei democratici di sinistra fu presentato un disegno di legge contenente un esplicito riferimento alla Convenzione di Oviedo appena ratificata; nella proposta si denunciava la scarsa o sporadica informazione al paziente di cui ancora era permeato l'intervento medico, rea di non consentire un garantito, efficiente, diritto all'autodeterminazione. L'8 luglio 2002 viene depositata alla Camera una proposta di legge esplicitamente finalizzata al riconoscimento della legalizzazione dell'eutanasia. La proposta n. 2974/2002, difatti, discutendo di diritto di libera scelta e di autodeterminazione riconosce *valetudo* alla disposizione di volontà che l'associazione italiana per il diritto al fine vita *Exit Italia* aveva già indicato sotto la dicitura di testamento biologico. L'art. 3 della medesima proposta chiarisce sin dalla titolazione: "Suicidio assistito ed eutanasia", la possibilità, per il soggetto in caso di malattia gravemente invalidante e dall'esito infausto, di scegliere le modalità della propria morte. Nell'iter d'evoluzione normativa vi sono state diverse voci di dissenso. Anzitutto la Lega Nord, che nel 2002 presenta una proposta il cui titolo è sì, ancora una volta, idiomatically manifestazione di un'ideologia, ma di segno opposto: "Disposizioni concernenti il divieto di eutanasia" parimenti assolutamente netto è il diniego del Comitato Nazionale di bioetica che nel parere del 30 settembre 2005 stabilisce che la sospensione di idratazione ed alimentazione va valutata "non come la doverosa interruzione di un accanimento terapeutico, ma piuttosto come una forma dal punto di vista

umano e simbolico, particolarmente crudele, di "abbandono del malato". Ciò che preme rievocare, è l'atto normativo controcorrente di una legislatura orientata a sfavore dell'autodeterminazione; il d.d.l. noto come Marino-Finocchiaro presentato alla Camera dei Senatori il 29 aprile 2008 e intitolato: "Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico, nonché in materia di cure palliative e di terapia del dolore". Il disegno di legge esamina alcuni punti salienti. Nasce nel contesto caotico e degli animi infiammati dei poteri istituzionali, a seguito dell'evoluzione della vicenda Eluana. Morta la giovane in stato vegetativo da 17 anni, non si sono di certo raffreddati gli animi. In questa prospettiva non si può certo dimenticare che la Corte di Cassazione (n. 21748 del 16 ottobre 2007) aveva indicato per la soluzione del caso Englaro l'applicazione delle conseguenze che discendono dal dettato costituzionale. Se, difatti, così avviene nella norma costituzionale sarà possibile anche ravvisare l'assoluta personalizzazione del diritto. Non è possibile immaginare un'interferenza del tutore. Il disegno di legge in analisi produce, allora, un'ulteriore evoluzione nel porsi dinanzi alla problematica del necessario rispetto della volontà, nell'incapacità di palesarla (poiché in stato di incoscienza) riconoscendo un certo margine rappresentativo al tutore. Ampia parte del contenuto del d.d.l. è lasciato alla regolamentazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento; con una conseguente specificazione delle stesse a titolo della lettera a) comma 1: *l'atto scritto con il quale ciascuno può disporre in merito ai trattamenti sanitari nonché in ordine all'uso del proprio corpo o di parti di esso dopo la morte, incluse le disposizioni relative all'eventuale donazione del proprio corpo, di organi o tessuti a scopo di trapianto, ricerca o didattica, alle modalità di sepoltura e all'assistenza religiosa*. Trattasi già nell'interpretazione della scelta etimologica di un chiaro potere di disposizione. Non si discute più di "orientamento circa l'attivazione dei trattamenti sanitari" ma di atto scritto a mezzo del quale palesare la propria volontà. La norma si pone l'obiettivo di dare soluzione al problema dell'interruzione dei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico e di garantire un valido supporto a favore del medico per orientare le sue decisioni secondo quanto voluto dal paziente. Difatti la disposizione è esatta riproduzione dei principi del *living will* statunitense e dell'onere dell'operatore sanitario di tener fede a quanto disposto dal gravemente ammalato. La proposta di legge chiarisce però che il curante non è del tutto depauperato del suo arbitrio valutativo, nel chiaro rispetto dell'art. 32 può difatti coinvolgere il comitato etico dell'azienda ospedaliera ove è chiamato ad intervenire. Per la stesura di un testamento biologico è fondamentale l'esistenza di un rapporto di fiducia tra il medico, paziente e familiare del paziente. L'obiettivo è che ciascuno maturi individualmente la propria scelta, nella serenità di valutazioni personali. La presenza di un fiduciario determina il definitivo allontanamento dalle scelte paternalistiche. A tali problemi il disegno di legge offre una risposta sottolineando, anzitutto, la necessità del consenso

informato. Il soggetto ha il diritto di rifiutare in tutto o in parte le informazioni che gli competono con relativa comunicazione al fiduciario e annotazione nella cartella clinica. Nel caso di incapacità del paziente, il medico terrà conto di quanto espresso nella DAT, parimenti il congiunto e il medico chiamati a sopperire all'eventuale *vacatio* della stessa agiranno nell'interesse migliore dell'ammalato; in caso di dissenso tra i legittimati provvederà il comitato etico. La dichiarazione anticipata di trattamento produce effetto sin dal momento in cui interviene lo stato d'incapacità decisionale del disponente. Lo stato di incapacità è certificato da una commissione di 3 medici: un neurologo, uno psichiatra ed uno specialista nella patologia del disponente. E' prevista la possibilità per il medico di disattendere le direttive contenute nella DAT qualora, sulla base del parere vincolante del comitato etico della struttura sanitaria, la stessa non sia più corrispondente a quanto espresso dal disponente sulla base dell'evoluzione tecnico-scientifica. Il secondo obiettivo della proposta Marino-Finoccharo è di offrire, in chiara linea continuativa con i principi del Welfare State, ai malati inguaribili e alle famiglie sostegno socio-sanitario a mezzo di precisi *standard* assistenziali. E' il ricorso alle cure palliative e all'accrescimento del livello del LEA (livello essenziale di assistenza). Inoltre il disegno di legge, riprendendo quanto disposto per la semplificazione degli adempimenti amministrativi connessi alla tutela della salute introduce un'importante novità sulla terapia del dolore, prevedendo che, nell'ambito del SSN, la prescrizione di farmaci possa avvenire con un normale ricettario. Nel 2014, 6 anni dopo la presentazione di tale proposta, i dati forniti dall'associazione Luca Coscioni risultano allarmanti: solo il 5% dei bambini affetti da gravissime patologie neuro-degenerative sono ammessi alla terapia del dolore. Di qui la necessaria sollecitazione alle forze politiche ed il tentativo di rendere, finalmente, la "libertà di scelta" normoregolamentata.

.c. Dal d.d.l. Finocchiaro alla legge 219 del 22 dicembre 2017. Limiti e possibilità del *novum* legislativo.

A più di un decennio dalla notissima sentenza della Corte di Cassazione n. 21748 del 2007, la accalorata rilevanza della libertà dell'individuo, trova un, primo, specifico, riferimento normativo. Il 16 ottobre del 2007 la Cassazione aveva, già, sottolineato la rilevanza del consenso informato: *occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il proseguimento dei suoi migliori interessi.* Nelle intuizioni della giurisprudenza nomofilattica, il valore del consenso informato risultava chiaramente promanato dalla Consulta (sentenza 471 del 1990) che nell'art. 13 aveva letto il proclama dell'inviolabilità della libertà personale, nella quale è postulata la sfera di applicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Nella stessa sentenza 21748/2007, la Corte dichiarò la conformità

tra il rifiuto delle terapie e il principio personalistico che anima la Costituzione, giungendo ad escludere che *il diritto all'autodeterminazione terapeutica incontri un limite allorchè da esso consegua il sacrificio della vita*²⁸. *Sub specie* fu accertato: *il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire*. Ciò che transita dal vuoto normativo specifico da registrarsi nel 2007 alla legge 219/17 è sicuramente il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti nella scelta del rifiuto terapeutico (sempre ben distinto dalla pratica eutanassica), esigente una immediata e specifica tutela. E' sempre il Collegio ad anticipare la risultanza normativa nel ruolo riconosciuto al tutore; tra i compiti di questi non solo la cura degli interessi patrimoniali dell'interedito ma anche la cura della persona e che *pertanto lo stesso deve ritenersi investito della legittima posizione di interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace*. L'attività del tutore non può essere sostitutiva ma "presuntiva" dovendosi circoscrivere alla ricostruzione della volontà del soggetto incapace. La vaghezza apparentemente contenuta nelle perifrasi della sentenza viene, a seguito della legge 219, tradotta nella chiarezza della disposizione anticipata. Eppure il limite dispositivo del tutore nel vincolo del potere rappresentativo ha chiari riferimenti, un breve *excursus* storico convince del longevo substrato della legge icasticamente definita come "legge sul testamento biologico". Nel diritto delle XII Tavole la **tutela** è un potere tanto per il tutore legittimo quanto per il tutore testamentario. Il tutore legittimo ha la facoltà dell'*in iure cessio* tutela e, cioè può trasferire in altri l'esercizio della tutela: il testamentario può rinunciare alla tutela, ha cioè la facoltà dell'*abdicatione tutelae*, di cui si parla ancora in un papiro dell'anno 14 a. c. Prima di tale epoca, nel diritto romano degli esordi, a tutela erano soggetti gli impuberi (pupelli) e le donne. La tutela dell'*impubere* era divenuta un pubblico ufficio e un onere per il tutore, un istituto protettivo per il pupillo. In realtà tale tutela sopravveniva al diritto romano, essendo avvertita come funzione in rapporto alla famiglia, gerarchizzata e patriarcale. Anche nell'editto pretorio *De administratore tutorium* l'ufficio del tutore testamentario è volontario, perché il pretore affida l'amministrazione a quello, fra più tutori designati dal testamento del *pater familias* che offra la *satis solatio rem pupelli salvem fore* ed è appunto per mezzo di questa (*satislatio* volontaria) che il tutore assume l'obbligo di gestire la tutela²⁹. Gli stessi consoli, imponendo l'obbligo di prestare la *satislatio rem pupilli salvam fore* al tutore legittimo che voleva garantire la tutela, fecero sì che, quantunque sia rimasta la volontarietà della gestione, i poteri e la responsabilità del tutore legittimo si uniformassero a

²⁸In realtà, la Corte intendeva escludere la strumentalizzazione della persona umana, riconosciuta quale valore etico in sé, vietando ogni strumentalizzazione della medesima per fini eteronomi ed assorbenti. Si veda, in proposito, B. de FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Cedam, 2018.

²⁹Cfr. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929.

quelle degli altri tutori, donde la conseguenza che fu vietata *l'in iure cessio tutelae* dell'impubere. Le funzioni del tutore, post *lex Atilia*, sono due: *l'auctoritatis interpositio*, con la quale integra la volontà del pupilli negli atti e negozi giuridici e la *negotiorum gestio*, cioè l'amministrazione del patrimonio e la gestione degli affari per conto del pupillo. La genesi della tutela può essere di varia natura: testamentaria, legittima o dativa. La legge delle XII Tavole permise che il *pater familia* assegnasse ai figli un tutore diverso dall'erede. L'iniziale discrasia tra le tre tipologie viene annullata dal tentativo di unificazione compiuto dal diritto giustiniano, mirante ad unificare la disciplina delle varie specie di tutela. Nell'atto medievale l'istituto della tutela nella configurazione giustiniana si conserva, peraltro corrotto, solo ove sopravvive l'influenza del diritto romano e bizantino, scompare nelle zone legate all'affermarsi del diritto longobardo³⁰. E a nulla vale il tentativo dello Schupfer di far corrispondere il *mundio* germanico alla tutela, e ciò poiché il *mundio* si limitava alla concessione di una *potestas*: era esercizio di un diritto sulla persona ed i beni dell'incapace più che difesa e protezione di questo diritto che aveva valore soprattutto da un punto di vista economico-patrimoniale, come ha fatto notare il Cortese³¹. Spettando inoltre il *mundio* a più persone, tale supposta tutela sarebbe toccata, in origine collettivamente, ai componenti maschi della famiglia che agivano *iure proprio*, certo *non iure representationis* del pupillo, essendo la rappresentanza ignota ai germani. Nel diritto longobardo, difatti, la cosiddetta tutela dei minori si limita alla semplice amministrazione dei beni che nel periodo più antico sono comuni con quelli dei parenti; *vive, o doveva vivere, il pupillo longobardo sotto la protezione di quelli stessi che avevano diritto sui beni, dei quali era indiscutibile la trasmissione a lui per ragioni paterne*³². Lontano dalla cultura longobarda, la rinascita del diritto romano riporta in auge lo studio della tutela romana, nelle sue varie accezioni. La società comunale riconosce con facilità i principi romanistici in essa già presenti e riscoperti nella loro pienezza dalla scuola, e disciplina l'istituto con autonome norme statutarie. Il fenomeno ha portata generale: gli statuti contengono quasi sempre norme sulla tutela³³. I giuristi divulgano, commentano e seguono con precisione le disposizioni giustiniane in materie di tutela; la legislazione comunale ne recepisce in pieno i concetti basilari, li segue e presuppone nella sua casistica, li plasma secondo le necessità del tempo, con una più marcata finalità di controllare a vantaggio dei pupilli la gestione della tutela per prevenire eventuali danni al patrimonio pupillare. Si perde a differenza del diritto giustiniano, il vigore della tutela come *manus publicum* e nella *Salaria tutorum* i poteri dello stesso sono illustrati come "a

³⁰SCHUPFER, *Della tutela dei minori nel diritto longobardo* (Riv. Ital. Sc. Giur. XLI, 1906).

³¹SCHUPFER, *Ibidem*

³²*Ibidem*

³³ROBERTI, *Ricerche intorno alla tutela dei minori*, Vol.I, Padova, 1904-05.

doppia potenzialità": inficiano, difatti, sia la persona del pupillo che il suo patrimonio. Riguardano poteri strettamente personali; al tutore è demandato in taluni casi, un profondo potere disciplinare sul pupillo. Ne amministra sì i beni ma coinvolgendoli non più nel solo mantenimento ma anche nell'educazione e nella dote maritale, per favorire un'unione da egli stesso decisa. Sebbene nel periodo comunale venga esercitato un controllo maggiore sull'operare del tutore, trattasi di un controllo sulle cause dell'agire, non esercitando pressioni di sorta sul fine teleologico dallo stesso previsto che, anzi, subisce una notevole estensione. La legislazione francese post-rivoluzionaria riprende tali principi, "adagiandoli sul letto" del diritto naturale: la famiglia, prima cellula della società, offre protezione prima dello Stato, e tocca *in primis* ad essa provvedere alla tutela. Le magistrature tutelari affermatesi sin dal secolo XII per esercitare, con fini pubblicistici, una protezione diretta ed un costante controllo sull'esercizio della tutela sono ignorati. La tutela, a titolo degli art. 389-487, continua ad essere considerata un *manus publicum* e valutata con le sue caratteristiche appartenenti al diritto romano. E' una, sostanziale, depauperazione di poteri, demandati per lo più al Consiglio di famiglia. Il codice napoleonico fu lo stato mesenchimale del codice civile del 1865 cui si ispirano, a loro volta, la codificazione francese post-rivoluzionaria e il codice albertino. In essi un temperamento della capacità di gestione del tutore, alcune variazioni desunte dal codice austriaco consentirono un maggiore intervento dell'autorità giudiziaria, non per approvare i singoli atti di amministrazione, ma per assicurare l'adempimento di varie formalità dal conto degli amministratori³⁴.

Sebbene la legge 19/05/1975 n. 151 abbia abrogato a mezzo dell'art. 159, l'art. 341 del c. c., circa il potere accordato ai genitori legittimi sulla persona dei minori non emancipati, nelle moderne legislazioni continuano ad essere protetti e garantiti, sul modello appena descritto, i diritti concernenti la patria potestà³⁵. Ciò che è mutato e che risulta particolarmente rilevante per l'analisi in fieri è che tale potere non è più garantito nel favore dell'esercitante ma di colui che lo subisce: i figli. Questo rapido *excursus* storico oltre ad addottorarci sulla genesi dell'istituto in discussione: la tutela, ha, difatti, l'intento di chiarire il modo in cui si è declinato nelle epoche. Privato sempre più del carattere meramente economico, esso è diventato strumento di garanzia dei rapporti tra tutore e tutelato. Nella configurazione giuridica dell'istituto della tutela esso ha parimenti finalità di ordine altamente sociale. L'accentuazione del valore sociale è determinato dalla natura stessa della funzione: assicurare una più efficace

³⁴Tali principi hanno plasmato anche l'epoca del "realismo italiano", ove la dottrina designa indifferentemente con il termine <<pupillo" e con quello di <<minore" la persona che non avendo compiuto gli anni 21 è ritenuta dalla legge incapace ad esercitare i propri diritti a cagione della sua giovane età.

³⁵S. PUGLIATTI, *Tutela e curatela*, Diritto Civile 9. Nuovo Digesto Italiano, vol. XII, 2 parte, 1940.

protezione degli interessi materiali e morali degli incapaci privi del naturale presidio dei genitori o delle proprie capacità cognitive. A questa gamma di tutele che un tempo annoverava gli orfani di guerra, a seguito dell'evoluzione storico-sociale-culturale ne sono state aggiunte altre riguardanti il soggetto in stato d'incoscienza a causa di una patologia cronico-degenerativa o a seguito di un evento traumatico. Indipendentemente dallo stato mesenchimale dell'istituto, la tutela, intendibile come generale protezione degli incapaci, non è un'autorità o una potestà familiare alla stregua della patria potestà, quantunque i poteri del tutore non siano desumibili dai poteri del genitore. Il tutore, infatti, come il genitore, ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni. Riguardo al complesso di questi poteri-doveri, che formano il contenuto dell'uomo e dell'altro istituto, non vi è tra essi sostanziale differenza. Tuttavia, considerando i limiti imposti al tutore nell'esercizio dei suoi poteri e la sua subordinazione all'autorità del giudice tutelare, la identità di disciplina fra i due istituti non è né concepibile né possibile in considerazione delle evidenti differenze che intercorrono fra le due situazioni in dipendenza dell'esistenza o della mancanza del rapporto di filiazione. Tutela deriva da *tueri* che vuol dire proteggere, difendere, e tale è mansione demandata al tutore. Sebbene sia derivato dal diritto privato tale istituto vanta una vasta eco anche in quello pubblico, essendo, difatti, rendibile quale officium statale: la difesa del debole. Una funzione quella del tutore che assume una natura di potere-dovere, in rispetto a quel principio del favor minoris che plasma e regola l'assetto giuridico tutto. Una funzione riassunta nell'alveo dell'art. 357 del c. c. L'art. contenuto nella sezione III rubricata: Dell'esercizio della tutela, così recita: "Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni".

L'ufficio del tutore ha la triplice, fondamentale funzione che nelle sue linee essenziali, si modella strutturalmente sulla tripartizione deducibile dalla patria potestà, anche se con ridotta estinzione circa i poteri:

- 1) quella di prendere cura della persona minore;
- 2) di rappresentarlo in tutti gli atti civili;
- 3) di amministrare i beni.

E ciò è in equivoca lettera di legge. Ciò che è mutata è la canalizzazione univoca del tutelato; esso non è più solo il minore o l'interdetto giudiziale. Di tutore parla, esplicitamente, in rapporto al paziente in SVP il noto ddl Marino- Finocchiaro, vi analizzato e diretta primigenia della legge 219 del 22 dicembre 2017 che, a titolo dell'art. 4 comma 2° chiarisce:

2. Nel caso in cui la persona da sottoporre a trattamento sanitario versi nello stato di incapacità di accordare o rifiutare il proprio il consenso, si ha riguardo alla volontà espressa dalla stessa nella dichiarazione anticipata di trattamento. In caso di mancata espressione di volontà nella dichiarazione, si ha riguardo alla volontà manifestata dal fiduciario o, in mancanza di questo, dall'amministratore di sostegno o dal tutore (...).

3. Il fiduciario, nell'esecuzione delle disposizioni contenute nella dichiarazione anticipata di trattamento, attua la volontà del disponente quale risultante dalla lettura della suddetta dichiarazione e dall'attività rivolta ad indagare e ricostruire il significato da attribuire alle dichiarazioni del disponente (...).

4. In caso di impossibilità di decidere ai sensi del comma 2, si ricorre al comitato etico della struttura sanitaria o, in caso di assenza dello stesso, al comitato etico dell'azienda sanitaria locale (ASL) territorialmente competente.

E' specificato, poi, ai sensi dell'art. 5:

"Colui che presta o rifiuta il consenso ai trattamenti sanitari, per conto di un soggetto che versi in stato di incapacità, è tenuto ad agire nell'esclusivo o migliore interesse dell'incapace, tenendo conto della volontà espressa da quest'ultimo in precedenza, nonché dei valori e delle convinzioni notoriamente proprie della persona in stato d'incapacità".

Dopo aver introdotto il criterio del miglior interesse, il d.d.l., che si offre quale risposta alle sollecitazioni del Presidente Napolitano sulla necessità di regolamentare il "fine vita", nel 7° articolo precisa l'attenzione da rivolgersi ai minori ed agli interdetti

1. Il consenso al trattamento sanitario del minore è accordato o rifiutato dagli esercenti la potestà parenterale, la tutela o l'amministrazione di sostegno, la decisione di tali soggetti è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute psicofisica del minore;

2. – 3. comma *omissis*.

4. Il consenso al trattamento sanitario del soggetto maggiore d'età, interdetto o inabilitato, legalmente rappresentato o assistito, ai sensi di quanto disposto dal codice civile è espresso dallo stesso interessato unitamente al tutore o curatore. La proposta firmata tra gli altri dai senatori Marino-Finocchiaro in caso di eventuali contrasti tra soggetti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, demanda tale potere al comitato etico. Come è palese, il progetto normativo addottato su di una nuova funzione di tutore, non più relegato nel *limen* normativo pregresso, non più solo per il minore o per il giudizialmente interdetto, ma per chi versi in una condizione di incapacità, ed è ciò conferma di quanto ipotizzato preventivamente³⁶. Il Tribunale di Modena, pur

³⁶A. GORGONI, nell'affrontare la tematica, apre un nuovo scenario che, compatibilmente con il tentativo di fusione ivi progettato, sintetizza la necessità della "testimonianza" e del rispetto della volontà espressa, con la "distorsione" del tutore nel testamento biologico: l'amministrazione di sostegno in luogo dello stesso. Nel decreto in esame i giudici riaffermano il diritto costituzionale di auto determinarsi (artt. 2, 13 e 32 della Costituzione), pur appoggiando la discrasia, più volte contestata, tra eutanasia attiva ed omissiva, ma facendolo con il velo, ipocrita, della considerazione del rifiuto ante-trattamento dell'eutanasia, e, di quelle in itinere come tale. Il giudice sottolinea come il diritto di autodeterminarsi regoli, ove esercitato, tre differenti casi: 1. persona capace, gravemente ammalata, che rifiuti o chieda la sospensione del trattamento salvifico; 2. persona in SVP, dichiarata incapace che pur in assenza di disposizioni scritte, abbia "lasciato" elementi probatori chiari ed univoci atti a convincere il giudice delle proprie volontà; 3. persona in perfetta salute che disponga di un futuro, eventuale tempo d'incoscienza.

in assenza di un'espressa previsione legislativa, aveva riconosciuto il potere di negare, nel nome e per conto del beneficiario, il consenso ai trattamenti medici che ottengono solo il risultato di protrarre la vita in stato d'incoscienza. Riconoscimento avvenuto tramite la validazione di una scrittura privata con la quale un signore designava come amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 408 c. c., la moglie, e, qualora questa fosse stata inabilitata ad assumere l'ufficio, la figlia. L'atto compiuto "in previsione della propria futura eventuale incapacità" conteneva, oltre la designazione, anche l'indicazione dei poteri suggeriti dal giudice tutelare, da attribuire all'amministratore nel decreto di nomina. Nell'atto di designazione (e ne è qui la portata innovativa), si manifestava il rifiuto delle tecniche mediche (macchine o sistemi artificiali) che consentono, in presenza di certe malattie o lesioni traumatiche irreversibili e invalidanti, di sopravvivere privi della capacità relazionale. Si esplicitava, inoltre, la volontà di ricevere "tutti i provvedimenti atti ad alleviare le sofferenze (...) anche se essi dovevano anticipare la fine della vita". Nell'esplicazione della fase volontaristica siamo sul terreno del testamento biologico, la fondamentale funzione svolta di riduzione dello iato tra medico e paziente incosciente, ha permesso la genesi di alcune norme che consentono la redazione di un "atto di libertà", di disposizione del proprio corpo. La vicenda di Modena ha persuaso sulla necessità di una legge che sia in grado di palesare l'intenzione del soggetto che redige l'atto e, parimenti, legittimi la figura dell'amministratore di sostegno. Il Tribunale partì, nella sua argomentazione dall'art. 408 comma 1, esso stabilisce che "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata". La norma consente a chi è capace di intendere e di voler scegliere, in previsione di un fatto invalidante, la persona reputata più idonea a curare interessi, riconosciuti in *prima facie*, solo patrimoniali. E' l'amministratore di sostegno. Non senza qualche difficoltà si è giunti ad ammettere che, tale atto, possa contenere anche le scelte dell'interessato sui trattamenti medici che esso desideri o rifiuti di ricevere qualora se ne ravvisi la necessità. Residua qualche dubbio nella nomina di un amministratore di sostegno per un'epoca di benessere difetterebbe l'attualità della condizione sottesa alla misura protettiva. La replica, nel decreto in commento è condotta sotto il profilo dell'effettività del diritto di autodeterminazione, traendo argomento dal combinato disposto degli art. 404 e 406 comma 1. La prima norma suggerirebbe all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario vale "come presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche come requisito per la sua "istituzione"". La seconda lascerebbe intendere che il ricorso può essere presentato anche da un soggetto con piena capacità di agire e che anche il minore, l'interdetto e

l'inabilitato sono legittimati attivi. In conclusione chi è pienamente capace "può legittimamente lasciare disposizioni relative ai trattamenti sanitari da praticare sul suo corpo, per l'ipotesi di (sopravvenute) incapacità". L'atto di designazione in previsione dell'eventuale futura incapacità diventa significativo solo se l'amministratore abbia già assunto il suo ufficio, nell'attualità della pratica e/o interruzione di un certo trattamento. Dinanzi all'evidenza che la perdita di coscienza non possa comportare la privazione dei diritti fondamentali, l'amministratore di sostegno, proteggendo soprattutto la sfera personale dell'individuo, ne fornisce garanzia. C'è la necessità di considerare attentamente la volontà, espressa in un atto pubblico o scrittura privata autenticata, contraria ai trattamenti salvavita. Il medico è vincolato al rispetto delle dichiarazioni di volontà anticipate, pur in assenza di una legge, salvo che esse non corrispondano a quanto l'interessato aveva previsto al momento della loro redazione perché, nel frattempo, sono mutate le conoscenze scientifiche e tecnologiche. Non erroneamente, allora, si finisce con l'indicare il d.d.l. Marino-Finocchiaro, nato per contrastare l'antiquiridicità del d.d.l. Calabrò e appena analizzato, come il diretto antesignano della legge 219/17.

Tale norma recita al primo comma dell'articolo 1, comma 1: *La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi esplicitamente previsti dalla legge.*

Tale articolo rubricato "consenso informato" riprende le intuizioni di decenni nella giurisprudenza nomofilittica in merito alla rilevanza del consenso dell'interessato. Al fine di ottenere il consenso informato valido dal paziente, prima dell'intervento, il consenso deve essere consapevole, cioè informato; tuttavia nel caso della sperimentazione ed in particolare di quella in chirurgia, l'operatore stesso non può essere consapevole di tutto ciò che può comportare l'intervento. Questa problematica è comune con quella della sicurezza del paziente, poiché soprattutto in una fase iniziale non si hanno dati sufficienti per poter valutare i risultati a medio e lungo termine. Il consenso informato è uno degli elementi essenziali da valutare al fine di escludere e/o chiarire il rapporto tra medico e paziente. In realtà, informare correttamente il paziente circa il percorso terapeutico non è un problema recente. Desumibile non solo dall'art. 32 della Costituzione, è stato arricchito dalla legge 833/78 istitutiva del SSN e dal "Galateo dei Medici" edito a Pavia nel 1971. Come osservato dal professore di Medicina Legale, Francesco Inrona, il termine "informazione" ha in sé il concetto del moto a luogo. Portare la formazione nel paziente; si tratta di un concetto monodirezionale, e si differenzia dai termini spesso usati in alternativa quali "comunicazione" che presuppone un rapporto attivo, collaborativo, bidirezionale fra medico e paziente, una comunicazione tra due realtà, una coesione, una

fusione tra due mondi sicché possa realizzarsi un perfetto equilibrio tra le parti. L'onere di un'informazione corretta è sicuramente in capo al medico, così come indicato dalla giurisprudenza nomofilachia³⁷. Sebbene la modifica apportata all'art. 33 del Codice di deontologia medica (pur volendo accettare le posizioni più estreme di segnalazione della natura assolutamente *extragiuridica* del codice deontologico) nel 2014, stabiliscono la necessità di una comprensione e non più di una somministrazione diretta dell'informazione, resta il medico garante e baluardo di un'informazione completa, esaustiva, su base scientifica, implicante una descrizione adeguata, esauriente, delle conseguenze della terapia. Senza l'informazione il consenso non è valido. E, se è vero che tale assenza può comportare delle scusanti in ambito penalistico, ben più rigida è la possibilità in ambito civilistico. Il codice deontologico è chiaro in tal senso e ancora più chiara risulta l'interpretazione della Suprema Corte per la quale, il medico deve fornire al paziente tutte le informazioni scientificamente possibili, riguardanti le terapie che intende eseguire e l'intervento chirurgico che intende seguire con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, con il solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali fortuiti che non assumano rilievo in quanto una volta realizzati interromperebbero il nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo. C'è da chiedersi quali sono i rischi imprevedibili? Il rischio è un evento strettamente connesso con la terapia effettuata, perfettamente noto, più o meno frequente ma sicuramente prevedibile e non sempre prevenibile o preventivabile. Il rischio imprevedibile dovrebbe essere un evento possibile sul piano sanitario ma non prevedibile in quanto non correlato con la patologia sofferta dal paziente. Imprevedibili sono gli eventi avversi che non rientrano nelle complicità previste nella letteratura scientifica per la patologia trattata e di matrice *extrabiologica*. Di contro, tutti i rischi connessi con la patologia sofferta dal paziente e con il trattamento sanitario utilizzato, anche i più estremi e rari, non ben noti perché non descritti in letteratura, sono prevedibili e pertanto andrebbero esplicitati al paziente secondo quanto affermato dalla giurisprudenza in materia. Si badi bene, come ebbe a sottolineare la professoressa Aloisi, in nessun modo può essere considerato "rischio prevedibile" lo sbaglio del sanitario di Barniana memoria, l'errore inescusabile, imprevedibile, non preventivabile. Sarebbe assurdo e fuorviante dover fornire al paziente informazioni su rischi imprevedibili intesi come ipotetici errori in cui il sanitario incorre colposamente. Ciò che è lapalissiano è che il fatto che una informazione inadeguata possa creare risvolti penalistici e civilistici, genera indubbiamente un abbrivio verso la medicina difensiva. Ne è prova la disposizione contenuta nell'articolo 35 del Codice di Deontologia professionale che, dal 2014, invece di mitigare la conflittualità tra medico e paziente, afferma che "il medico acquisisce in forma scritta e sottoscritta o con altre modalità aventi

³⁷ *Ex pluribus*, Cass., Sez. Unite Penali n. 2437/2009, Cass. civile, sez. III n. 27751/2013, Cass. civile, sez. III, n. 18334/2013, Cass. Civile, sez. III n. 20984/2012 *et similia*.

efficacia documentale, il consenso.” La responsabilità del sanitario è mutata con il mutare del consenso: dal consenso strettamente connesso alla capacità di agire e quindi formalmente anche legato al conseguimento della maggiore età, al consenso che, invece, diventando connotazione personalissima dell’individuo è legato alla capacità di intendere e volere, quindi alla capacità naturale e, di conseguenza, alla possibilità anche da parte di chi è minore o di chi è apparentemente incapace, di fornire un proprio parere e di doverne tenere conto, è evidente che in questo modo i livelli di difficoltà per chi è chiamato ad acquisire il consenso diventano sempre maggiori. Per dissipare i dubbi, è utile riferirsi alla catalogazione di Catanesi, per il quale esistono quattro aree fondanti: comprendere le informazioni, riconoscere la propria condizione clinica e le possibili conseguenze e le diverse azioni terapeutiche, la capacità di ragionare in termini di pro e contro ed esprimere una scelta. Su questo punto la dottrina risulta scissa tra chi attribuisce piena rilevanza giuridica all’utilizzo dei formulari e chi, di contro, tende a negare la piena capacità rappresentativa a causa della precostituzione del formulario stesso. Bateson soleva valutare la necessità di uscire da un’astrazione e garantire al medico giusta certezza su quanto gli si chiede, su quanto può e quanto deve soprattutto nelle situazioni cliniche, ne è scaturigine un complesso puzzle, ove vi sono consenso, responsabilità e rischio. La Corte di Cassazione con la sentenza n. 2437 del 2009³⁸ mediante un approccio conforme al diritto vivente, risolve la questione della rilevanza penale dell’attività medico chirurgica a fini terapeutici in caso di mancato consenso del paziente. Nel caso di assenza del consenso o di mancato perfezionamento dello stesso, il medico risponde di lesioni volontarie anche quando l’intervento è favorevole. Nella sentenza del 2013 in esame viene, altresì, stabilito che il consenso al trattamento sanitario prestato dal paziente per un determinato intervento chirurgico non può estendersi ad un intervento diverso, eseguito in luogo del primo. Dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero ed informato del paziente all’atto medico vada considerato non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all’integrità della persona. Di pari intensità le disposizioni della Carta Costituzionale: art. 2, art. 13 e articolo 32, interpretabili nel senso del necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l’esigenza che si prevedano, a opera del rispetto del legislatore, tutte le cautele preventive possibili atte ad evitare il rischio di complicanze. Nella legislazione ordinaria il principio del consenso informato è enunciato in numerose leggi speciali quali quella istitutiva del Servizio sanitario nazionale: l. n. 33/1978 il cui art. 33 sancisce il carattere di norma volontaria degli accertamenti e dei trattamenti sanitari, nel rispetto della dignità della persona umana; in tema di sperimentazione clinica (d.lgs. n. 211/2003) di

³⁸ C.Cass., SS.UU. penali, 21 gennaio 2009 (ud. 18/12/2008), n. 2437.

procreazione medicalmente assistita (nella rappresentanza della l.n. 40/04 e della sua evoluzione) e di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati (l.n. 219/2005). È nuovamente la Cassazione (V Sezione Penale) a chiarire temi e modi del consenso informato: nella sentenza n. 5639 del 1992³⁹, nota come sentenza *Massimo* si evince che è il medico a rispondere del reato di lesioni personali volontarie, essendo irrilevanti sia gli aspetti psichici che la finalità curativa della condotta; salvo invece rispondere del più grave reato di omicidio preterintenzionale se dall'evento ne fosse derivato il decesso del paziente. Il *novum* legislativo si fa indi garante di quanto già presente da decenni nella giurisprudenza nazionale, rendibile come interpretazione autentica delle disposizioni costituzionali e della giurisprudenza internazionale: il necessario rispetto della volontà dell'assistito.

Comma 2: omissis (sarà trattato nel paragrafo successivo).

Comma 3: Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il terzo comma enuncia in modo chiaro i diritti del paziente in ordine alla conoscenza delle proprie condizioni di salute e detta le precondizioni per la corretta espressione del consenso. Al centro dell'intera disposizione normativa vi è sempre la dignità umana che deve essere riconosciuta e valorizzata. Il personale medico non può sostituirsi al paziente nel decidere se l'informazione circa le condizioni di salute debba essere fornita o meno, né può stabilire i tempi di detta informativa. Le prescrizioni contenute nel comma 3 sono perfettamente corrispondenti ai precetti contenuti nel codice di deontologia medica.⁴⁰ Il diritto di ricevere le informazioni relative al proprio stato di salute può dirsi pienamente corrispondente sia ai canoni ermeneutici dell'art 5 del c.c. sia alla necessaria sussistenza della capacità di intendere e di volere (art. 428 c.c.). La delega per le informazioni e il consenso deve essere espressa dal paziente. Nell'ipotesi in cui non sia in grado di esprimere tale volontà, non può essere riconosciuta pienamente valida quella di un prossimo congiunto.

Comma 4: Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso

³⁹ Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639.

⁴⁰ Cfr. B.DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, pp. 91 e ss., Cedam, 2018.

videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

A differenza di quanto avvenga nel dispositivo *extragiuridico* del codice di deontologia professionale, ove il consenso informato, ai sensi dell'art. 35 è atto di esclusiva competenza medica e per questo non delegabile, nella norma in riferimento, del consenso, viene chiarita solo la complementarietà tra gli strumenti adottati e le condizioni del paziente. In termini processuali⁴¹ ciò comporta un onus probandi in capo all'operatore sanitario. È demandata a questi, difatti, la prova di aver adempiuto alla corretta informativa.

Comma 5: Ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il comma 5 afferma che ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento sanitario o trattamento diagnostico proposto dal medico. La norma attribuisce il diritto di rifiutare accertamenti e trattamenti sanitari ai soggetti maggiorenni che non siano legalmente interdetti o altrimenti incapaci. Il rifiuto, come il consenso deve essere manifestato e quindi documentato. Circa la forma scritta essa è necessaria non già per la formazione, ma per la trasposizione del consenso/rifiuto. Il rifiuto segue le condizioni del potere revocatorio. In merito a idratazione e nutrizione artificiale gli orientamenti sono gli stessi della sentenza n. 21748/2007⁴² nella quale, per la prima volta, si considera l'alimentazione forzata alla stregua di un accanimento terapeutico, negandosi, altresì, la sottile (id est. Ipocrita?) linea di demarcazione tra eutanasia indiretta omissiva ed eutanasia diretta. In capo al medico il rinnovo, mai pleonastico, di una corretta informativa.

Commi 6, 7 e 8: omissis (trattati nel paragrafo successivo).

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

Commi 9, 10 e 11: concernono tutti specifiche circa il consenso informato, cui si ci è già riferiti nei precedenti momenti di analisi.

Articolo 2 (Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita)

1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriate terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010 n. 38.

Tale primo comma costituisce una pleonastica ripetizione di quanto già contenuto nel codice deontologico: la libertà del paziente di rifiutare le terapie non deve significare un abbandono da parte del medico, cui è demandata la capacità di provvedere ad alleviare le sofferenze al proprio assistito. La necessità dell'assistenza nella sofferenza è sottolineata anche nella fase finale della vita, in merito sia alle terapie algologiche sia alle cure cosiddette palliative; trattasi, nel secondo caso, delle cure poste in essere, ai sensi della legge 38 del 2010 sia per i familiari che per il paziente, la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile progressione, non risponde più a trattamenti sanitari specifici. Le cure palliative comprendono interventi di carattere terapeutico, farmacologico, psicologico e assistenziale, ed hanno finalità affini a quelle del consenso informato essendo, sempre, la dignità il valore centrale da considerarsi. Quanto contenuto nella norma, sotto un profilo bioetico, è speculare a quanto già previsto nel Codice deontologico ai sensi dell'art. 39 ove si legge l'onere in capo al medico, in caso di prognosi infausta, di adoperarsi al fine di eliminare inutili sofferenze psichico fisiche.

2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

Il secondo comma dell'articolo 2, stabilisce il divieto di ostinazione terapeutica. Tale deve essere considerata la pratica sanitaria posta in essere in una situazione irrimediabilmente compromessa, con imminenza di morte. La sottolineatura dell'imminenza della morte nasce dal desiderio di rifuggire un possibile *slippery slope*⁴³ con, conseguente, applicazione di pratiche eutanasiche. In letteratura si considera accanimento (id est: ostinazione) terapeutica la somministrazione di cure che non abbiano ragione logica di esistere a causa della prognosi infausta

⁴³ Letteralmente scivolamento, con esso si ci riferisce alla teoria accreditata da parte della dottrina, in virtù della quale ogni forma di regolamentazione del biodiritto, recerebbe seco il rischio di un abuso.

del paziente, vittima di inutili sofferenze. L'inutilità delle sofferenze, sebbene non sia esplicitamente dizione di legge, ben può considerarsi riassunta nel termine irragionevolezza. E' chiaro che la norma chieda l'adeguamento al caso concreto, mai sottovalutando il necessario consenso dell'assistito.

3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. Il divieto di ostinazione terapeutica è valido in assenza di disposizioni anticipate di trattamento. Ove, di contro, il paziente chieda che vengano effettuate cure inutili sproporzionate, il medico può rifiutarle, in applicazione del precetto contenuto nel comma 6 dell'articolo 1. Il limite alla sproporzionalità e inutilità della cura, su richiesta del paziente è costituito dalle buone pratiche clinico-assistenziali.

Articolo 3: (Minori e incapaci)

1. La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

La norma deve essere interpretata nel generale quadro di valorizzazione del minore e dell'incapace. Diversi provvedimenti legislativi quali, ad esempio, la legge 4/2006⁴⁴, hanno progressivamente valorizzato la seppur minima facoltà di autodeterminazione per l'incapace. In rapporto al minore, fondamentale il riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989⁴⁵. Nel processo di formazione della volontà, le potenzialità del minore devono essere necessariamente valorizzate, al fine di ottenere tale obiettivo sarà necessario che il medico adegui la propria informativa alla capacità di comprensione del minore.

2. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

Gli esercenti la responsabilità genitoriale restano titolari del diritto di esprimere il consenso informato in luogo del minore e, pertanto, devono essere destinatari anch'essi dell'informazione fornita dal medico. I genitori, però, non sono pienamente liberi, dovendo dare rilievo alla volontà espressa dal minore, essendo obiettivo primario la tutela psicofisica e la vita dello stesso nel necessario rispetto della sua dignità.

1. Il consenso informato della persona interdetta ai sensi dell'art. 414 del codice civile è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo

⁴⁴ Cfr. B.DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, pp. 110 e ss., edizioni Cedam, 2018.

⁴⁵ *Ibidem*.

come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità.

L'articolo 414 concerne l'interdizione e riguarda coloro che, a causa di un'abituale infermità di mente, sono incapaci di provvedere ai propri interessi. Il successivo articolo 415 riguarda l'inabilitazione: trattasi sempre di persone inferme di mente, il cui stato non sia tanto grave da dar luogo all'interdizione. Tale misura viene adottata anche nei confronti degli alcolisti abituali la cui condotta può arrecare grave pregiudizio economico alla famiglia. L'amministrazione di sostegno⁴⁶ è istituto applicabile a quanti, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica e/o psichica, si trovino nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi. Il tutore, secondo quanto già espresso nei paragrafi precedenti, rappresenta lo stesso in tutti gli atti e ne amministra i beni. L'interlocutore del medico è, quindi, il tutore. Come per il minore, così per l'interdetto, residuando una certa capacità, essa deve essere opportunamente considerata in sede di formazione della volontà. Circa il valore del trasferimento al tutore, a mezzo della rappresentanza legale, del potere dispositivo sulla salute dell'incosciente; la giurisprudenza nomofilattica⁴⁷, chiarisce che non trattasi di un potere incondizionato essendo legato al *best benefit* del paziente, la scelta non deve essere "al posto" ma "per" il paziente incapace.

2. Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata. Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

Per l'inabilitato non è prevista alcuna partecipazione del curatore ed il regime applicabile è quello ordinario. La legge ritiene che l'inabilitato considerato il grado di infermità, sia in grado di assumere decisioni relative alla propria salute. Ben diversa la condizione per l'amministrazione di sostegno: se il giudice ha previsto assistenza o sostituzione per la materia sanitaria l'amministratore deve svolgere le funzioni a questi assegnate.

3. Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare sul ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli

⁴⁶ Si veda la disciplina codicistica: articoli 404 e ss..

⁴⁷ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

articoli 406 e successivi del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

L'articolo 406 stabilisce che se il ricorso per la nomina di un amministratore riguardi una persona già interdetta o inabilitata, debba essere prestato congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o inabilitazione. Se il tutore, ai sensi dell'articolo 357 c.c. rappresenta il minore in tutti gli atti civili, non altrettanto può dirsi per il curatore dell'inabilitato, cui la legge non attribuisce il compito di rappresentare l'inabilitato, ma solo di assisterlo. Come osservato da De Filippis, la norma adopera in senso atecnico l'espressione rappresentante legale, riferendosi sia al curatore che al rappresentante. Anche in tale circostanza deve ritenersi prevalente la considerazione circa il potenziamento della capacità residuale nell'esplicazione della volontà. In assenza di DAT, la norma disciplina il conflitto tra rappresentante dell'incapace e medico, qualora il primo rifiuti le cure proposte dal secondo. Qualora il paziente non sia capace e sia pertanto rappresentato, si determina una situazione analoga alla mancanza di consenso. Unico strumento di risoluzione è il ricorso dinanzi al giudice; esso può essere presentato da più soggetti, il rappresentante dell'incapace, il medico, il rappresentante della struttura sanitaria e tutti i soggetti di cui all'art. 406 cc, vale a dire il coniuge, il convivente, i parenti e gli affini.

Art. 4: (Disposizioni anticipate di trattamento)

1. *Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche o singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.*

Palese è la parificazione alle disposizioni di cui agli artt. 591 e ss. cc. relativi al testamento a scopo patrimoniale. Presupposti per la redazione sono difatti la maggiore età e la capacità di intendere e di volere, una capacità attuale al momento della formazione dell'atto, ma non prevista nella fase successiva. Le DAT vengono redatte in previsione di una possibile futura incapacità di autodeterminarsi. Con le disposizioni può essere espressa ogni volontà in tema di trattamenti sanitari, manifestando altresì consenso o rifiuto in ordine a determinati accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e trattamenti. Sempre sussumibili nel limite della cooperazione con il personale sanitario, particolarmente rilevante è l'opzione espressa in merito a idratazione e nutrizione artificiale. La norma non prevede che le dichiarazioni siano utilizzate *post mortem*, l'eventuale indicazione di assistenza religiosa, potrebbe avere la stessa validità delle indicazioni di carattere morale contenute nel testamento.

2. *Il fiduciario deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la*

sottoscrizione delle DAT o con un atto successivo, che è allegato alle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente.

Al fiduciario è richiesta la stessa capacità del testatore. La nomina deve essere accettata e contestuale e se successiva deve risultare da atto scritto allegato alle DAT. In capo al fiduciario si possono rilevare gli oneri dell'ordinaria diligenza, può rinunciare alla nomina con atto scritto, da comunicare al disponente. Il medesimo potere di rinuncia, *rectius* di revoca, è riconosciuto al disponente, recita, difatti il comma

3. L'incarico del fiduciario può essere revocato al disponente in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

La non necessità della motivazione è facilmente collegabile al rapporto fiduciario che lega disponente e fiduciario. A questi è demandata la rappresentanza del testatore, *res ipsa loquitur*, è fondamentale la piena fiducia.

4. Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile.

5. Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5 dell'articolo 3.

In via di principio il medico è tenuto a rispettare quanto contenuto nelle DAT. A tale assunto generare si oppongono due limitazioni: la prima concerne l'impossibilità di esigere trattamenti contrari a norme di legge, deontologia e buone pratiche, la seconda riguarda in modo specifico il rispetto delle disposizioni, disattendibili dal medico quando appaiano incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica del paziente. Viepiù, l'evoluzione tecnica e scientifica, intervenuta dopo la redazione delle DAT, potrebbe rendere risolutiva una patologia non tale al momento della scrittura e, indi, fare in modo che il medico disattenda a quanto previsto dal disponente. Perché ciò possa avvenire, il medico deve ricevere il consenso del fiduciario o, ove esso manchi, di un eventuale amministratore di sostegno, nominato per l'evento, in subordine, permane la possibilità di ricorrere al giudice e di rimettere allo stesso la questione.

6. Le DAT devono essere redatte per atto scritto o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del

disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7.⁴⁸ Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche non lo permettano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento.⁴⁹ Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste di periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta e videoregistrata dal medico, con l'assistenza di due testimoni.⁵⁰

7. Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio Sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili.⁵¹

8. Entro sessanta giorni dalla entrata in vigore della presente legge, il Ministero della salute, le regioni e le aziende sanitarie provvedono ad informare della possibilità di redigere le DAT in base alla presente legge, anche attraverso i rispettivi siti internet.

Articolo 5. omissis (trattato nel successivo paragrafo)

Articolo 6. Ai documenti atti ad esprimere la volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge.⁵²

Articolo 7. Clausola di invarianza finanziaria.

Articolo 8. Relazione alle Camere

3. La figura del sanitario in materia di DAT.

«Giuro per Apollo medico e per Asclepio e per Igea e per Panacea e per tutti gli Dei e le Dee, chiamandoli a testimoni che adempirò secondo la mia forza e il mio

⁴⁸ Circa le forme di redazione dell'atto pubblico, si richiama la disciplina codicistica di cui all'articolo 2699 c.c..

⁴⁹ Per approfondimenti del potere revocatorio, si rimanda all'approfondimento di diritto civile dal titolo *Il diritto di disporre di sé. Profili comparatistici tratestamento biologico, e valore epistemico della regolamentazione mortis causa* della stessa autrice, numero 3, luglio 2017, della Rivista De Iustitia.

⁵⁰ L'unico ufficio autorizzato a ricevere le DAT è quello di residenza del soggetto interessato.

⁵¹ Per la revoca è prevista anche una procedura d'urgenza, nell'ambito della quale il medico ha la facoltà di attestare il cambiamento delle disposizioni del medico.

⁵² Il testamento biologico sebbene di recente codificazione normativa, già da tempo è esistente del dibattito italiano. L'articolo *de quo*, stabilisce la validità degli atti dispositivi redatti precedentemente alla entrata in vigore della legge, ma che hanno la medesima forma.

giudizio a questo patto scritto. (...) Sceglierò il regime per il bene dei malati secondo le mie forze ed il mio giudizio (...) Conserverò pia e pura la mia arte». È questo l'*incipit* e parte del testo "classico" del giuramento Ippocratico. Testo lungamente trasformato e modernizzato in rispetto alla laicizzazione della professione medica e alla fedeltà, necessariamente, palesata nei confronti di ben altre divinità: la difesa della vita. La pienezza e la purezza della propria arte, un tempo chiesto agli esercenti la professione medica, è divenuta la capacità d'esser terzo e «di curare tutti i pazienti con egual scrupolo e impegno indipendentemente dai sentimenti che essi ispirano e prescindendo da ogni differenza di razza, religione, nazionalità, condizione sociale e ideologia politica». A regolare la vita professionale del medico e la sfera comportamentale del professionista è il Codice di Deontologia medica. Il termine *deontology* deriva dai termini greci *to deon*: ciò che deve essere e si deve fare è *logos*, discorso, parola, scienza. Di uso comune, da quando Bentham diede alla sua *Science of morality* il titolo di *Deontology*, nel 1834, esso è identificativo di un codice di autoregolamentazione.

Recita l'articolo 1: «Il codice di Deontologia Medica contiene principi e regole che il medico chirurgo e l'odontoiatra, iscritti agli albi professionali dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, di seguito indicati con il termine medico, devono osservare nell'esercizio della professione. Il comportamento del medico, anche al di fuori dell'esercizio della professione deve essere consono al decoro e alla dignità della stessa. Il medico è tenuto alla conoscenza delle norme del presente Codice, la cui ignoranza non lo esime dalla responsabilità disciplinare». Ciò che è chiarito sin dal primo articolo non è solo il mero *limen* dell'agire del medico, che deve sempre essere decoroso; ma la genesi di una responsabilità disciplinare indissolubilmente legata al mancato rispetto del Codice di autoregolamentazione. Su questa responsabilità ha fatto, negli anni, leva la Federazione che nello scegliere tra "difendere e rafforzare" il valore e l'importanza della deontologia professionale, ha tentato di difendere l'esercizio della professione dall'incessante opera di "legiferazione" di tutti gli aspetti in cui si svolge o a cui si rivolge l'attività umana. La deontologia medica rappresentando, tradizionalmente, l'insieme delle norme riguardanti i doveri del medico nei suoi rapporti con l'autorità, i cittadini ed i colleghi, si connatura *ab origine* per la sua "extragiudizialità": registrando l'incapacità per la norma giuridica, a causa dei suoi aspetti di generalità ed astrattezza, di regolamentare l'universalità dei comportamenti, in particolare, in un campo sì complesso come quello della professione sanitaria: esso diviene diritto "naturale". In campo medico, in particolare, il comportamento deontologico si esprime nel rispetto della dignità professionale. Questo si sostanzia nel presupposto che la scelta della medicina come professione sia vocazionale. Elementi fondamentali ne sono l'indipendenza intellettuale e la libertà scientifica. I valori basilari del rispetto della vita e della dignità della persona devono essere sempre di guida al medico, la cui opera ha per fine l'interesse del paziente, da perseguire nella rigorosa

adesione ai canoni della deontologia ippocratica. È il rispetto ai principi essenziali di beneficiabilità e non maleficenza. È, indi, ancora attuale l'antichissimo binomio della scienza e coscienza. L'atto medico ha, da un punto di vista deontologico una doppia giustificazione. Da un lato la scienza del medico, il suo sapere offerto al paziente e corretto dalla coscienza, in esclusivo interesse del malato, e dall'altro la volontà di questi, liberamente espressa o delegabile, nelle modalità e con le strutture cui si è fatta menzione. Altro articolo cui occorre far menzione è l'art. 3 del Capo 1, Titolo 2°, rispettivamente intitolati: *Doveri del medico, Indipendenza e dignità della professione, Doveri generali del medico*.

Tale articolo, recita: «Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollevare dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza discriminazione di età, sesso, di razza, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace come in tempo di guerra, quale che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona».

L'utilizzo del termine "dover" nell'ambito delle affermazioni di carattere quasi universale, contenute nell'articolo tende a puntualizzare il rapporto imprescindibile che deve esistere fra il medico e la persona. Questo articolo è di fondamentale rilevanza per la tematica ivi trattata poiché, sottolineando valori fondamentali e principi etici universali, vuole rivestire per il professionista una sorta di guida in riferimento a situazioni in cui l'affermazione di una propria regola comportamentale può arrivare a porsi in diretto contrasto con la normativa statale vigente. Il secondo comma conferma la lettura estensiva della salute, interpretata sia come benessere fisico che psichico. Questo articolo è l'evoluzione specializzata degli art. 3 e 32 della Costituzione, la garanzia del "diritto alla salute". L'esercizio medico è, sicuramente, la più antica tradizione, ed il più naturale supporto per difendere la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Si passi all'art. 14, rubricato *Accanimento diagnostico-terapeutico*:

«Il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti, da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita».

Questo articolo nel combinato disposto agli artt. 36 e 37 dedicati rispettivamente ai limiti dell'eutanasia e dell'assistenza al malato inguaribile, costituisce una summa dei doveri del medico di fronte al malato inguaribile. È l'esempio pratico dell'orientamento insito in tutto il nuovo codice di deontologia medica relativa al rispetto della dignità della persona, ed al necessario, dignitoso, profilo in relazione della patologia: il rapporto, fiduciario che lega medico e paziente.

Così come attraverso il divieto dell'eutanasia non è permesso al medico compiere alcun atto diretto alla soppressione della vita, così, nella lettera dell'art. 14, correlativamente, si vieta l'accanimento terapeutico consistente in una inutile ostinazione in trattamenti che non possono né salvare la vita al paziente né

migliorare la qualità della vita residuale. La norma, autoregolamentatrice, si riferisce anche ad accanimento diagnostico, ovvero ad ogni atto posto in essere dal medico che, pur in presenza di una prognosi infausta continui a sottoporre il paziente ad esami e ricerche inutili. Il commentario cita l'esempio di una malattia neoplastica in cui il tumore abbia dato origine a varie metastasi, senza che il medico abbia avuto la possibilità di intercettare la genesi. Dinanzi all'ineluttabilità di una prognosi "mortale" occorre che il medico si confronti con la propria coscienza. Senza riferire esplicitamente ai compiti demandati al medico chiamato a confrontarsi con il paziente in stato terminale la norma richiede, genericamente, che non vengano posti in essere trattamenti atti solo a prolungare le sofferenze. Resta il problema del tentativo e della ricerca della salvezza anche dinanzi ad una situazione drammatica.

Il titolo III del Codice intitolato *Rapporti con il cittadino*, chiarisce sin dal *Capo 1* il necessario rispetto da doversi fornire ai diritti del cittadino, recita l'art. 17:

«Il medico nel rapporto con il cittadino deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona».

Si noti la sostituzione del termine paziente con quello di cittadino proprio a voler sottolineare l'universalità dei principi fondamentali. Tale articolo deve essere inteso come *l'imprimatur* sul quale plasmare l'esatta prospettiva secondo cui la professione medica si colloca nell'ambito della società. Si è scongiurato l'utilizzo della terminologia "persona ammalata" per evitare letture paternalistiche e anacronistiche del rapporto medico-cittadino.

L'art. 17 modifica, in via generale, l'impostazione del rapporto medico-paziente. Da mero *patior* nella reinterpretazione fornita del vocabolo latino: "colui che soffre", e indi, soggetto passivo del rapporto si è passati ad una configurazione soggettiva: il paziente cerca e trova la legittimazione del suo agire nell'autorizzare il personale sanitario. Nell'ambito della dicotomia relazionale paziente-medico, è sempre quest'ultimo a rivestire una posizione obiettivamente predominante. Questa condizione di "superiorità" è suggerita dalle competenze scientifiche, e dalla rilevanza del bene salute che il medico si trova a gestire, nel rispetto dell'affidamento psicologico che il paziente ha nei suoi confronti. All'esercente la professione sanitaria spetta, indi, una continua opera di bilanciamento e riequilibrio con la posizione della persona assistita, onerato dal rispetto dei diritti da essi vantati. Il recepimento dei principi fondamentali della Costituzione che è prospetto generale dell'opera, diviene nitida proprio in tale articolo. La norma giuridica diviene norma deontologica. Questa scelta è di rilevanza notevole: da un pregresso divieto di strumentalizzazione della posizione professionale a fini di prevaricazione e di dominio psicologico sul paziente si è passato a funzionalizzazioni di detta posizione, al riconoscimento e al rispetto dei diritti fondamentali del paziente ulteriori e non secondari rispetto a quanto garantito dall'art. 32 della Costituzione. L'art. 17 sicuramente è influenzato dal principio espresso dalla Conferenza Internazionale degli Ordini dei Medici (1987), secondo cui: " (...) il medico non può sovrapporre la sua

concezione di vita a quella del paziente”.⁵³ L’articolo la cui analisi è *in fieri* è, sostanzialmente l’indice del mutamento, intervenuto in ambito sociale del rapporto medico- paziente divenuto paritario. Se tale parificazione si è sicuramente registrata grazie alla maggiorata sensibilità dell’utenza, resta in capo al medico il dovere di assistenza, tale dovere è specificato nell’art. 28: «Il medico deve contribuire a proteggere il minore, l’anziano e il disabile, in particolare quando ritenga che l’ambiente familiare o *extrafamiliare*, nel quale vivono, non sia sufficientemente sollecito alla cura della loro salute, ovvero sia sede di maltrattamenti, violenze o abusi sessuali, fatti salvi gli obblighi di referto o di denuncia all’autorità giudiziaria nei casi specificamente previsti dalla legge. Il medico deve adoperarsi, in qualsiasi circostanza perché (...) siano garantite qualità e dignità di vita, ponendo particolare attenzione alla tutela dei diritti degli assistiti non autosufficienti sul piano psichico e sociale, qualora vi sia incapacità manifesta di intendere e volere, ancorché non legalmente dichiarata. Il medico, in caso di opposizione dei legali rappresentanti alla necessaria cura dei minori e degli incapaci, deve ricorrere alla competente autorità giudiziaria».

Alle critiche di superfluità rivolte a tale articolo a causa del “sentire” l’assistenza come dovere fondamentale di qualsiasi medico nei confronti di qualsiasi cittadino, si replica obiettando che, proprio perché, volto a sollecitare una particolare attenzione assistenziale del medico nei confronti di soggetti deboli, esso amplia il dovere fondamentale del professionista in quanto lo connota di un elemento di carattere solidaristico-sociale che non deve essere visto da una prospettiva esclusivamente professionale di tipo tecnico-medico bensì deve essere esteso a tutti i comportamenti che possono andare oltre la competenza professionale specifica. Nell’utilizzazione del termine “contribuire” è facile intendere il senso solidaristico dell’attività del medico, finalizzata ad obiettivi assistenziali ed insensibili in un contesto più ampio che vede coinvolti nella tutela dei soggetti deboli altre strutture di carattere sociale, altri soggetti, altri operatori dell’ordinamento stesso individuati. Deve respingersi l’idea di una deresponsabilizzazione, essendo stato previsto che il medico debba agire a tutela della salute, non rimanendo, la sua mansione limitata ad essa. Viene, difatti, delineata nei confronti delle categorie più deboli, una funzione del medico di tutela ben più ampia che abbraccia, oltre alla salute, le stesse condizioni di vita, allorché possano incidere negativamente sulla quantità e dignità dei soggetti suindicati. L’esercizio professionale della medicina diventa, in questa prospettiva l’occasione e lo strumento di rilevazione di situazioni familiari, sociali e/o ambientali in cui versano soggetti particolarmente deboli che, oltre ad incidere negativamente sulla salute di costoro, ne compromettono, la qualità e dignità di vita. In tali ipotesi il medico deve farsi attivo promotore di iniziative volte a

⁵³ Principio poi superato dall’assenza di richiami alla presunta, predominanza della posizione del professionista. Di ciò si ha poi riscontro e conferma in altre norme dello stesso codice quali quelli concernenti l’informazione ed il consenso del paziente.

rimuovere dette condizioni, iniziative che, secondo la sua valutazione, dovranno coinvolgere la famiglia o nei casi più gravi anche organi pubblici di assistenza sociale, in caso di maltrattamenti, violenza o di opposizione dei legali rappresentanti alle cure necessarie a minori e incapaci, anche l'autorità giudiziaria o di polizia. Quello fissato dall'articolo in esame è un dovere ulteriore e diverso da quelli sanciti dalla legge nelle ipotesi in cui questa fissa per il medico obblighi di referto o di denuncia. Ciò che avviene in tale norma è un sostanziale ampliamento della funzione attribuita al medico. Egli riveste la delicata posizione di dover valutare quando la situazione in cui versino determinati soggetti sia tale da richiedere, da parte sua, oltre che la violazione del segreto professionale e del principio di riservatezza, anche un intervento non limitato alla sfera della salute dei soggetti medesimi, ma diretto anche alle sfere più delicate dell'intimità familiare, con possibili conseguenze spiacevoli d'ordine giuridico: è questa una precisa scelta culturale e di civiltà secondo principi di attiva solidarietà cui l'esercizio della professione medica deve conformarsi a sostegno di chi è pressoché privo di difesa. L'ultimo articolo del Codice di deontologia cui occorre prestare attenzione in ossequio alle tematiche ivi discusse è il XXX, primo del Capo IV: *Informazioni e consenso*, titolato *Informazioni al cittadino*.

«Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate: il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima adesione alle proposte diagnostiche-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazioni da parte del paziente deve essere soddisfatta. (...)».

L'art. 30 è il primo di una serie di articoli dedicati ai problemi dell'informazione e del consenso, esso obbliga il medico alla informazione più ampia ed idonea per quanto riguarda prognosi, prospettive, eventuali alternative diagnostiche e terapeutiche e conseguenze delle scelte operate. L'articolo, inoltre, riconferma il compito di assicurare l'informazione facendo riferimento alle capacità di comprensione del cittadino. È ovvio che diversi saranno i criteri che il medico dovrà seguire per adeguare l'informazione allo *status* del soggetto che la stessa dovrà ricevere. L'informazione, infatti, dovrà assumere connotazioni diverse, potrà essere fornita, se necessario, con gradualità a seconda delle condizioni oltre che fisiche e psicologiche anche socio-culturali del malato. Viene anche confermata la necessità di particolare prudenza e l'uso di terminologie non traumatizzanti. Considerata ivi, al fine di avvalorare l'ipotesi "fiduciaria" dell'evento relazionale medico-paziente. Particolarmente importante è la opportunità, in ogni caso, di non escludere la speranza per non lasciare solo con la propria disperazione il cittadino malato. L'informazione è il presupposto indefettibile per il consenso del paziente. Nel presente codice è stata operata una scelta di fondo a favore dell'informazione del paziente per quanto attiene alla diagnosi, alla prognosi e alle prospettive oltre che alle conseguenze delle

proposte terapeutiche. In rispetto all'evoluzione sociale, il codice attuale specifica la necessità di un'informazione veritiera, pur formulata con tutte le necessarie accortezze, anche d'ordine terminologico e psicologico, riguardo a prognosi gravi o infauste.⁵⁴

L'orientamento nell'ambito del quale vanno inquadrare le norme del presente articolo riconosce, come fondamentale, il diritto alla verità che implica una concezione dell'uomo come responsabile delle proprie azioni e che si configura come condizione essenziale per l'esercizio della libertà. Tale libertà non può essere relegata alla trasmissione di meri, freddi dati clinici. Seguendo l'orientamento dell'art. 30 sull'elaborazione suggerita dal CNB, ne deduciamo che l'informazione deve essere:

a) adatta al singolo paziente, ovvero commisurata alla sua cultura e alla capacità di comprensione;

b) corretta e completa circa la diagnosi, le terapie, il rischio e la prognosi.

Nella sua articolazione, chiara e precisa, la norma il necessario comportamento del medico. La verità deve regolare l'instaurazione di un forte e stabile rapporto medico-paziente fondato sulla reciproca fiducia. Come evidenziato dal CNB "attraverso la somministrazione delle informazioni si profila il ritorno della funzione del medico come elemento decisivo per la condotta del paziente", al paziente dovrebbe, anzi, essere, sempre demandata una possibilità di scelta, la possibilità opzionale anche dinanzi ad una condizione di inguaribilità. *Quid iuris* quando non viene rispettata la volontà del malato? Interviene a fornire risposta a tale interrogativo la sentenza n. 5444 del 14.03.2006, sez. III, Cassazione Civile. Con tale sentenza è stato chiarito che in presenza di un *deficit* informativo, il sanitario è responsabile anche in caso di trattamento corretto. Statuisce, difatti, la Corte⁵⁵ che "la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui esso agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo d'informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e della successiva verifica di un aggravamento delle sue condizioni di salute, mentre è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno". Questa massima è in grado di generare una riflessione sul ruolo e la natura del consenso informato. Sorvolando sulla strutturazione dello stesso, nell'elencazione delle normative di riferimento e sulla titolarità "naturale" di tale diritto in capo a ciascun individuo, poiché questioni già ampiamente dibattute, ciò che preme in tale sede è chiarire stato mesenchimale ed evoluzione della responsabilità medica al diniego e/o omissione dell'informativa. Informativa costituzionalmente garantita anche dall'art. 21 (diritto all'informazione), se universalizzato. La giurisprudenza di legittimità

⁵⁴ Tale scelta è il risultato di un dibattito approfondito che recupera le indicazioni formulate in materia dal CNB (comitato nazionale di bioetica).

⁵⁵ Cass. civ., sez. III, sentenza n. 5444 del 14.03.2006.

aveva inizialmente sostenuto la necessità di un rapporto di causalità tra l'intervento chirurgico e l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie affinché l'inadempimento dell'obbligo d'informazione desse luogo al risarcimento. La Suprema Corte ha nuovamente affrontato la questione ritenendo che la violazione dell'obbligo del consenso informato è fonte autonoma di responsabilità anche qualora la prestazione del medico sia stata eseguita correttamente, in forza di un nesso di causalità soltanto obiettivo tra trattamento e peggioramento delle condizioni di salute. Il caso riguardava il decesso di una paziente sottoposta a trattamento radioterapico, quale terapia complementare di un intervento chirurgico di laparostomia e annessiectomia bilaterale, per la rimozione di un tumore uterino. I giudici di merito avevano condannato i sanitari al risarcimento del danno morale per la violazione dell'obbligo di informazione circa l'incertezza degli esiti curativi e le possibili conseguenze dannose. I ricorrenti avevano dedotto che, l'assenza di un comportamento colpevole dei sanitari nell'esecuzione del trattamento escluderebbe la violazione dell'obbligo al consenso informato. La terza sezione civile ha respinto tale censura affermando che, in caso di violazione del consenso informato, la responsabilità dei sanitari discende dalla violazione in se, ovvero dall'omissione dell'obbligo di informazioni sulle prevedibili conseguenze del trattamento. Al fine della sussistenza dell'illecito è bastevole la condotta omissiva dannosa e l'ingiustizia determinata dalla deficitaria conoscenza di cui dispone il paziente. Il punto più innovativo della sentenza è la precisazione, ad opera della S. C. che sul piano del danno-conseguenza, venendo in considerazione il mero peggioramento, rimane del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretto o scorretto. Nella prospettiva ivi descritta, indi, l'onere del medico di informare non può ridursi ad un ruolo accessorio e strumentale rispetto alle prestazioni mediche, atteso che la sua violazione incide sul diritto di rango costituzionale del paziente all'autodeterminazione in ordine alle scelte terapeutiche che attengono alla propria salute. Altri regimi "speciali" sono costituiti, ad esempio, dall'omesso consenso ad un trattamento identico ad uno autorizzato in precedenza o ad altri interamente essenziali, privi di alternativa che, sul piano probatorio, possano essere rappresentati come esempi di violazione solo formale. In materia di DAT, il profilo relazionale del rapporto medico-paziente assume le caratteristiche di un contratto. Una parte della dottrina, contestando duramente tale intuizione, però, nega nel mancato rispetto della direttiva da parte del medico una forma di responsabilità contrattuale, riferendola a quella aquiliana. Questa teoria si basa su alcuni, fondamentali argomenti:

a) perché sussista responsabilità contrattuale occorre l'esistenza di un contratto. Esso è, ai sensi dell'art. 1321 un accordo tra parti, essendo deficitario l'incontro di volontà tra medico e paziente, il rapporto tra i due non è considerabile quale contratto;

- b) il paziente non ha neanche la facoltà di scelta del medico che lo avrà in cura, in primo luogo perché spesso l'ospedale affida la cura del paziente ad un'*équipe* e non ad un singolo medico, e, in secondo luogo perché i medici curanti vengono scelti dalla struttura in base alla disponibilità, all'orario, al tipo di intervento;
- c) il rapporto si istaura tra paziente ed ospedale, mentre i medici curanti devono essere considerati dipendenti dell'ente;
- d) il medico effettua la prestazione non perché si lega al paziente in virtù di un vincolo contrattuale, ma perché legato all'ente ospedaliero da un rapporto di lavoro;
- e) a conferma del principio appena citato si pensi alla stipula del contratto con un imprenditore a mezzo dei suoi rappresentanti: vi è un rapporto diretto con l'imprenditore in rispetto agli art. 1228, né si dubita che chi contrae con un rappresentante volontario munito di procura possa agire contrattualmente solo verso il rappresentato, residuando una eventuale responsabilità del rappresentante solo *ex art.* 2043. E non c'è alcun motivo per derogare, in tema di responsabilità del medico, a questi principi oramai consolidati;
- f) secondo questa teoria, poi, la *extracontrattualità* dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica degli art. 1176 e 2236 c.c. «in quanto la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare complessità e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito».

Tale impostazione ha una serie di limiti.

Ridurre la responsabilità del medico all'art. 2043 c.c. significa equiparare il medico al *quisque de populo* che senza titolo ingerisce la sfera giuridica altrui. Il consenso informato crea, invece tra medico e paziente un rapporto parificato al contratto diretto, poiché da esso si generano i medesimi obblighi. In più l'art. 2043 c.c. avrebbe ad oggetto i soli comportamenti atti a causare un danno ma la Suprema Corte chiarisce che il "danno" è costituito dal solo, mero, mancato rispetto della frizione volontaria. Per cercare poi, di superare il legame tra medico ed ente, al fine di deresponsabilizzare il primo, parte della giurisprudenza ha qualificato come contrattuale di tipo professionale sia la responsabilità del medico sia la responsabilità dell'ente ospedaliero, valorizzando il dato che entrambe trovano un fondamento unitario nell'esecuzione non delegante della prestazione sanitaria, e traendo conforto dall'art. 28 della Costituzione. Il discorso invero è fallace, perché l'art. 28 della Cost. si limita a statuire che è diretta la responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti.

Contestabile è anche l'argomento relativo alla radice comune della responsabilità dell'ente e del medico, poiché la responsabilità e la sua caratterizzazione è determinata dalla natura della norma violata e non la condotta. In tale tentativo di caratterizzazione della responsabilità prediligo la determinazione della responsabilità del medico dipendente come responsabilità da «contratto

sociale». È la Corte di Cassazione con la sentenza 589 del 1999⁵⁶ a cassare l'assunto tradizionale secondo il quale occorre un contratto in senso formale per potersi discutere di responsabilità contrattuale. L'idea di fondo è che il medico non può essere considerato, rispetto al paziente, affidato alle sue cure, un *quisque de populo*, soggetto soltanto al dovere del *neminem laedere* gravante su ciascun consociato perché a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustamente quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento. Al fine di affermare la responsabilità contrattuale, i giudici di legittimità ricorrono alla figura dell'«obbligazione senza prestazione»⁵⁷ fondata sul «contatto sociale» tra il medico che presta la sua attività professionale all'interno della struttura ospedaliera ed il paziente che ad essa si rivolge. Risolvendo la questione e celebrando la più straordinaria partita innovativa della sentenza del 2006, la Corte afferma che, quando il paziente che ha stipulato un contratto con la casa di cura viene affidato dalla stessa alle cure di un medico a sua volta legato all'ente ospedaliero da un contratto di lavoro dipendente, sorge un contratto sociale qualificato, ossia un rapporto contrattuale di fatto, che obbliga il medico a tenere gli stessi comportamenti specifici in presenza di contratto. La Corte ha, indi, analiticamente valutato la genesi di oneri di protezione, ontologicamente parificati a quelli di prestazione.

Del rapporto fiduciario vi è profonda eco nella legge n. 219/2017, sin dal primo articolo, recita, difatti il comma 2: *È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.*

L'attenzione rivolta al rapporto fiduciario è coerente con l'intera struttura normativa che consente al paziente di sentirsi autore della propria sorte. Il paziente è sì centro dell'impegno terapeutico, ma, gravoso è il peso della competenza del medico, in sé idoneo ad influenzare il paziente. La norma assume come modello l'idea di un medico legato all'assistito a mezzo del canale comunicativo. Medico e paziente non sono due entità distinte ma due poli della relazione di fiducia che la norma, dettata per il biotestamento ma avente significato generale, pone a base del processo di cura. Sul rapporto fiduciario si

⁵⁶ Cass. civ., sez. III, sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999.

⁵⁷ Per approfondimenti, si veda G. VANACORE, *Responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero*, da *ildiritto.it*.

fonda, anche, la condivisione nella pianificazione delle cure, ai sensi dell'articolo 5 della nuova norma sul testamento biologico:

1. Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

Nella drammatica condizione di malattie inarrestabile, il problema della scelta o sintesi tra cure intensive e cure palliative può presentarsi con immediatezza e concretezza, sia in presenza che in assenza di *DAT*. La legge prevede che il percorso di pianificazione delle cure sia deciso da medico e paziente, sulla base di adeguate informazioni. Per definire questo percorso di pianificazione la norma richiama, in primo luogo, la relazione di fiducia, entro cui confluiscono l'autonomia decisionale del paziente e la competenza e responsabilità del medico.

2. Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative.⁵⁸

3. Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione del fiduciario.

Anche tale articolo richiama e quindi sollecita, nella fase delicata degli intendimenti futuri che regola il rapporto medico-paziente, la nomina di un fiduciario ove non precedentemente avvenuta.

4. Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettrico. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

5. Per quanto riguarda gli assetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4.

La corretta conclusione interpretativa può consistere nel ritenere che, nel corso di un rapporto diretto tra medico e paziente, la forma scritta e l'inserimento nella

⁵⁸ Per convivente la norma intende non solo la persona legata dal contratto di convivenza, ai sensi dell'articolo 1, della legge n. 76/2016, ma anche il convivente di fatto, ai sensi dell'articolo 36 della medesima legge, vale a dire la persona legata da rapporti di *adfectio*.

cartella clinica previsti dal comma 4 dell'articolo 1, siano sufficienti mentre, per le disposizioni anticipate, siano necessari l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata. Le manifestazioni di volontà, contenute nei predetti atti, indi, qualora rispettino i requisiti richiesti dalla nuova normativa, sono validi e pertanto devono essere rispettate.

La sentenza Taricco *bis*: un timido passo indietro nel rispetto del principio di legalità.

di Adriana MERCORIO*

SOMMARIO: Premessa. **1.** Riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione "alla data dei fatti". **2.** Un punto fermo della sentenza: l'irretroattività della "regola Taricco" ai fatti commessi entro l'8 settembre 2015. **3.** Questioni aperte: "spetta ai giudici nazionali" verificare la compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza. **4.** L'obbligo imposto dal secondo paragrafo dell'articolo 325 TFUE contratta o meno con il principio di determinatezza? **5.** Conclusioni.

Premessa.

La Corte di Giustizia con la sentenza resa in data 5 dicembre 2017 aggiunge un ulteriore tassello, non l'ultimo, alla c.d. "Saga Taricco"¹. In quella sede ripropone il precedente orientamento, seppur mitigato dal parziale accoglimento delle perplessità manifestate dalla Consulta che, con l'ordinanza interlocutoria n. 24 del 26 gennaio 2017, pareva aver minacciato ma non sollevato i controlimiti². Giova ricordare che la Corte d'Appello di Milano e la Corte di Cassazione³, avevano sollevato questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, nella parte in cui rende esecutivo l'articolo 325 paragrafi 1 e 2 del TFUE, nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco, resa in data 8 settembre 2015, causa C-105/04, per asserita violazione del principio di legalità in materia penale. La Corte Costituzionale, tuttavia, sceglie la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale chiede di tornare sui propri passi, onde evitare che sia la stessa, attraverso l'attivazione dei controlimiti, a dover impedire l'ingresso nell'ordinamento interno di una regola in contrasto con il principio di legalità.

I giudici europei, a seguito dell'ordinanza interlocutoria, ripresentano il precedente dispositivo, ma vi apportano un temperamento, nel rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, così statuendo «L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al

* Avvocato, specializzata in professioni legali.

¹ Così A.NATALE, Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso, in *Questione giustizia*, 7 dicembre 2017.

² Cfr. sul punto A. MASSARO, Taricco 2 - Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti ma la saga continua, in *Giurisprudenza Penale Web*, fascicolo 12 - 2017.

³ Corte d'Appello di Milano, Sez. II, ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto; Corte di Cassazione, Sez. III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, Pres. Grillo, Est. Riccardi.

giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevoli di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato⁴».

Sembra che in tal modo, i giudici europei, abbiano dato ascolto, almeno in parte, ai dubbi espressi dalla Corte Costituzionale, mettendo in atto la funzione che il rinvio pregiudiziale, ex articolo 267 TFUE, assolve nel contesto eurounitario, ossia di instaurare un dialogo tra la Corte e i giudici degli Stati membri che funga «da strumento di cooperazione, per mezzo del quale la prima fornisca ai secondi gli elementi di interpretazione loro utili per risolvere le controversie che essi sono chiamati a dirimere⁵»; elementi di interpretazione dell'articolo 325 TFUE, che a seguito delle esitazioni prospettate dalla Consulta, devono essere coerenti con il principio di legalità, nel duplice corollario della determinatezza e della irretroattività, di cui non si era fatto cenno nella precedente sentenza Taricco, poiché non sottoposto all'attenzione della Corte.

Tuttavia, nonostante questo temperamento, questa "cooperazione" tra le due Corti, la sentenza resa in data 5 dicembre 2017⁶, non appare del tutto risolutiva della questione, all'opposto lascia aperti diversi interrogativi, ed è ricca di spunti di riflessione, pertanto si necessita di procedere ad un esame dei suoi punti nevralgici.

1. Riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione "alla data dei fatti".

Risulta essenziale ripercorrere brevemente le fasi del dibattito.

Il contrasto tra la statuizione della Corte di Giustizia resa in causa Taricco e la successiva ordinanza interlocutoria della Corte Costituzionale n. 24 del 2017,

⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14.

⁵ Così Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-105/14, § 23.

⁶ La sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 5 dicembre 2017, verrà in seguito denominata Taricco *bis*, per esprimere lo stretto collegamento tra quest'ultima e la precedente sentenza della Corte di Giustizia del dicembre 2015 relativa al caso Taricco (e altri imputati). La seconda sentenza si riferisce, infatti, ad altri processi e diversi imputati.

nasce dalla divergenza di opinioni circa la natura giuridica del regime prescrizionale.

Va innanzitutto ricordato che, la Corte di Giustizia, nella sentenza dell'8 settembre 2015, si premura di ribadire il proprio consolidato orientamento circa la natura processuale dell'istituto della prescrizione, nel caso di specie soffermandosi sugli articoli 160, ultimo comma, c.p. e all'articolo 161, comma secondo, c.p., che ne dettano il regime degli atti interruttivi.

Orbene, si legge testualmente nella sentenza in esame, che la disapplicazione delle disposizioni nazionali in tema di prescrizione, al fine di approntare misure effettive e dissuasive di lotta contro la frode all'IVA, così come imposto agli Stati membri dall'articolo 325 TFUE, «avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente (...). Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe il diritto degli imputati, quali garantita dall'articolo 49 della Carta. Infatti non ne deriverebbe affatto una condanna agli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto⁷».

La lettura processualistica del regime prescrizionale, come sottolineano i giudici europei, è poi avvalorata anche dalla Corte di Strasburgo, che ha più volte sostenuto come la proroga del termine prescrizionale così come la sua immediata applicazione ai giudizi pendenti, non comporta un *vulnus* ai diritti garantiti dall'articolo 7 Cedu, qualora l'allungamento dei termini prescrizionali riguardi fatti non ancora estinti per intervenuta decorrenza del termine.

Per tale ragione la Corte di Giustizia asserisce che, all'occorrenza, i giudici nazionali sono obbligati a disapplicare le norme relative al termine massimo di interruzione della prescrizione, qualora detto termine comporti l'impunità di un numero elevato di gravi frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE ovvero qualora la mancata disapplicazione comporti una lesione al principio di assimilazione.

Diametralmente opposta è l'impostazione da sempre seguita dai giudici delle leggi, ribadita nell'ordinanza interlocutoria n. 24 del 2017 ove si afferma che il regime della prescrizione rientra nel diritto penale sostanziale, e per tale ragione è assoggettato al principio di legalità in materia penale - quest'ultimo facente parte dei principi supremi dell'ordine costituzionale - trattandosi «di un istituto che incide sulla punibilità della persona»⁸. E' dunque necessario, che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma vigente al momento della commissione del fatto.

⁷ Così Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco, Causa C- 105/04, § 55-56.

⁸ Così Corte cost., ordinanza n.24 del 2017, § 4.

Così facendo, la Corte Costituzionale estende al regime della prescrizione il principio del *nullum crimen*, asserendo espressamente che ogni disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena e "*entro quale limite temporale*", abbisogna di essere determinata e in nessun caso abbia portata retroattiva.

Giova rilevare poi come la Corte Costituzionale, nell'ordinanza interlocutoria, non mette in discussione il primato del diritto dell'Unione, né la regola enunciata della sentenza Taricco, e desunta dall'articolo 325 TFUE, che impone misure effettive e dissuasive di contrasto alle frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ma soltanto «l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione da parte del giudice», posto che risulterebbe vulnerato il principio di legalità, nella sua portata di determinatezza e irretroattività, qualora il giudice comune fosse chiamato a disapplicare le norme relative alla prescrizione, assoggettate al principio del *nullum crimen*.

Ciò posto con riferimento ai termini del dibattito, la Corte di Giustizia nella sentenza resa in data 5 dicembre 2017 - in risposta all'ordinanza interlocutoria - ricorda, in primo luogo, l'importanza che il principio di legalità riveste anche nell'ordinamento unionale.

Quest'ultimo, infatti, impone il rispetto del principio di legalità agli Stati membri nella parte in cui siano chiamati a dare attuazione al diritto dell'Unione, così come sancito dagli articoli 49 e 51 della Carta di Nizza la cui logica conseguenza è che il rispetto di tale principio sia richiesto anche con riferimento all'articolo 325 TFUE, nella misura in cui prescrive l'obbligo di adottare sanzioni, di natura penale, effettive e dissuasive.

In secondo luogo, la Corte di Lussemburgo, riconosce che nell'ordinamento domestico, "alla data dei fatti", l'istituto della prescrizione ricadeva nel diritto penale sostanziale e che pertanto fosse assoggettato al principio di legalità dei reati e delle pene.

Giova osservare come il riconoscimento del regime sostanziale della prescrizione limitato "alla data dei fatti", si spiega in ragione delle misure di armonizzazione, che posteriormente all'ordinanza interlocutoria, sono state adottate dall'Unione Europea.

Invero, la Corte di Giustizia, in difformità a quanto sostenuto dai giudici delle leggi nell'ordinanza interlocutoria⁹, dà atto di come il settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione rientri nelle materie di competenza concorrente tra Unione e Stati membri, ai sensi dell'articolo 4 paragrafo 2 TFUE, e di come l'Unione sia intervenuta sul punto dettando misure di armonizzazione.

Si tratta della direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, recante misure di "Lotta contro la frode che lede gli interessi

⁹ Si legge testualmente nell'ordinanza n. 24 del 2017 al paragrafo 4, che l'istituto della prescrizione non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione.

finanziari dell'Unione mediante il diritto penale", direttiva, che all'articolo 12 disciplina l'istituto della prescrizione.

Tale passaggio della sentenza appare di notevole importanza e non va in alcun modo trascurato, poiché con esso la Corte di Giustizia si premura di sottolineare l'intervento del legislatore europeo, osservando che alla data dei fatti la Repubblica Italiana era «libera, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime (prescrizionale) ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene¹⁰», libertà che, secondo la Corte di Giustizia, potrebbe essere messa in discussione a fronte dell'intervento sovranazionale¹¹.

2. Un punto fermo della sentenza: l'irretroattività della "regola Taricco" ai fatti commessi entro l'8 settembre 2015.

Riconosciuta la natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento nazionale, se non altro con riferimento al regime temporale antecedente all'emanazione della misura di armonizzazione, i giudici europei procedono nel verificare se l'interpretazione fornita dagli stessi dell'articolo 325 TFUE, nella parte in cui impone di disapplicare gli articoli 160 e 161 c.p., sia allora compatibile con il principio di legalità dei reati e delle pene ovvero se vi sia la necessità di un cambio di rotta, così come sostenuto dalla Corte Costituzionale.

I giudici si soffermano, dunque, sul primo quesito sottoposto dalla Consulta, avente ad oggetto il principio di prevedibilità. Quesito che, dai giudici delle leggi, viene formulato in chiave prettamente retorica domandando alla Corte di Giustizia «se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco»¹².

La risposta della Corte, come anticipato da alcuni, non poteva che essere negativa, poiché nessun consociato avrebbe potuto prevedere un simile esito, ossia che il 325 TFUE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, imponesse la disapplicazione delle disposizioni nazionali in punto di prescrizione.¹³

¹⁰ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, C-105/14, § 45.

¹¹ Cfr. sul punto E. LUPO, *La sentenza europea cd. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo* - fascicolo 12-2017, p. 109 s.

¹² Corte cost., ordinanza n.24 del 2017 § 5.

¹³ Cfr. sul punto F. VIGANO', *Le parole e i silenzi, osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017.

Tale conclusione, infatti, si ritrova nelle parole della Corte di Giustizia che, nella sentenza Taricco-bis, afferma come il principio di legalità, nella sua portata di prevedibilità/ irretroattività, impedisce che le disposizioni nazionali di cui all'articolo 160 e 161 c.p. possano essere disapplicate in danno di quei soggetti che siano giudicati per fatti commessi antecedentemente all'8 settembre 2015. E' interessante osservare come i giudici europei, nella motivazione della sentenza, diversamente che nel dispositivo, ricollegano il principio di irretroattività alla pronuncia della Corte di Giustizia, disponendo che la "regola" enunciata nella sentenza Taricco non può applicarsi a tutti quei fatti commessi antecedentemente alla stessa, mentre, in linea generale, il principio di irretroattività si riferisce alla legge. E' la legge, il precetto penale, che se sfavorevole non può avere portata retroattiva.

Il riferimento dell'irretroattività alla sentenza piuttosto che alla legge, dovrebbe dunque spiegarsi alla luce dell'altro corollario del principio di legalità, ossia la prevedibilità, e osservarsi come, non era prevedibile - per i consociati - che prima della sentenza Taricco, l'articolo 325 TFUE imponesse al giudice penale di disapplicare le norme in materia di prescrizione.¹⁴

Sembra allora potersi affermare, che un punto fermo della sentenza Taricco-bis riguardi l'impossibilità di disapplicare, da parte dei giudici nazionali, le norme di cui agli articoli 160 e 161 c.p. in relazione a tutti quei fatti commessi antecedentemente all'otto settembre 2015, anche se la mancata disapplicazione si dovesse tradurre in una violazione del diritto unionale.

3. Questioni aperte: "spetta ai giudici nazionali" verificare la compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza.

Se con riferimento al principio di irretroattività, la Corte di Giustizia si conforma con quanto espresso dalla Corte Costituzionale, lo stesso non può dirsi con riguardo al principio di determinatezza della norma penale, su cui i termini del dibattito sono destinati a prolungarsi.

Va in primo luogo rilevato che la Corte Costituzionale, nell'ordinanza interlocutoria n. 24 del 2017, si interroga sulla compatibilità dell'interpretazione che i giudici di Lussemburgo hanno fornito dell'articolo 325 TFUE con il principio di determinatezza.

Tale principio, come a tutti noto, impone che i precetti penali siano sufficientemente determinati, sì di garantire, da un lato, la conoscenza anticipata da parte dei consociati di quali siano i comportamenti penalmente rilevanti e le sanzioni applicabili, dall'altro, che il potere giudiziario non sfoci in arbitrio e si trasformi in scelte di politica criminale, così travalicando i limiti imposti alla propria discrezionalità¹⁵.

¹⁴ Così E. LUPO, *op. cit.*, p. 113.

¹⁵ Ex multis, F.MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, pp. 61 e ss., C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, UTET giuridica, 2016, pp. 87 e ss.

La Consulta, proprio sulla base della portata di tale principio, afferma che qualora alla regola sancita dalla Corte di Giustizia dovesse attribuirsi il significato secondo cui, il giudice penale è tenuto a disapplicare le norme in materia di prescrizione allorché ciò osti all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive *in un numero considerevoli di casi* di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ciò implicherebbe un chiaro contrasto con il principio in commento, poiché, «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di Giustizia»¹⁶.

Giova ricordare come parte della dottrina ha sostenuto che, con la sentenza Taricco, i giudici europei abbiano approntato una chiara lesione al principio in esame, poiché il giudice del caso concreto non dispone di strumenti istruttori per verificare il requisito "del numero considerevole di casi", che eccede i singoli fatti di causa contenuti nell'imputazione, e che finirebbe, per far discendere pregiudizievoli conseguenze per l'imputato da circostanze estranee alla sua condotta¹⁷.

Nonostante le incertezze rappresentate dalla Consulta, la risposta della Corte di Giustizia non appare appagante, e a tratti sembrerebbe essere contraddittoria, poiché se al paragrafo 56 della sentenza in commento, la Corte osserva che «il principio di determinatezza della legge applicabile,(...) implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale», poi non chiarisce il significato da attribuire al requisito del "numero considerevoli di casi", requisito rispetto al quale la stessa Corte con la sentenza Taricco ha imposto al giudice comune di disapplicare una norma di diritto penale sostanziale, con effetti in *malam partem* per l'imputato.

Diversamente, la Corte di Giustizia, conferisce al giudice nazionale il compito di verificare, di volta in volta, se l'obbligo di disapplicazione contrasti con il principio di determinatezza, affermando che, qualora la disapplicazione dovesse condurre ad una situazione di incertezza nell'ordinamento italiano circa il regime di prescrizione applicabile, allora quest'ultimo non sarebbe tenuto a conformarsi all'obbligo di disapplicazione.

¹⁶ Corte cost., ordinanza n.24 del 2017, § 5

¹⁷ F. VIGANO', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 settembre 2016, p. 8, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti*, in A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee a difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 212 e ss.

A tale ultimo proposito, si legge nel dispositivo che il giudice nazionale è chiamato a disapplicare le norme sulla prescrizione «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile»¹⁸. Con tale ultima asserzione la Corte di Giustizia sembrerebbe quindi bypassare la Corte Costituzionale, che si ricorda, pur non avendo sollevato i controlimiti, aveva concesso un *ultimatum* ai giudici europei, e preferisce rimettere la questione al singolo giudice del caso concreto, che sarà chiamato a valutare la compatibilità dell'obbligo imposto e ribadito dalla Corte di Giustizia con il principio di determinatezza, con il rischio che la discrezionalità lasciata a questi porti ad un'applicazione non uniforme del diritto.

4. L'obbligo imposto dal secondo paragrafo dell'articolo 325 TFUE contratta o meno con il principio di determinatezza?

Orbene, sino a tale momento si è fatto generico riferimento all'articolo 325 TFUE nel suo insieme, senza distinzione alcuna tra gli obblighi imposti dal primo e dal secondo paragrafo della norma in commento.

Va innanzitutto ricordato che gli obblighi discendenti da tale disposizione, seppur tendenti allo stesso risultato - combattere la frode fiscale e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione - si differenziano contenutisticamente.

Invero, mentre il primo paragrafo prescrive agli Stati membri e all'Unione l'adozione di misure effettive e dissuasive per combattere le attività illegali che ledono gli interessi finanziari unionali, il secondo paragrafo si riferisce soltanto agli Stati membri, e impone l'adozione di misure di assimilazione, ossia di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione adottando le stesse misure con cui gli Stati membri tutelano i propri interessi finanziari.

È opportuno osservare come, secondo taluni autori, sia l'ordinanza interlocutoria della Consulta, sia la sentenza della Corte di Giustizia del 5 dicembre 2017 cd. Taricco "bis", rinvencono un profilo di incompatibilità tra l'obbligo di disapplicazione, imposto ai giudici italiani, e il principio di determinatezza, con esclusivo riferimento al primo paragrafo dell'articolo 325 TFUE¹⁹.

Quest'ultimo, infatti, come poc'anzi osservato, impone allo Stato membro di adottare misure effettive e dissuasive di lotta contro le attività illegali che ledono gli interessi finanziari unionali, che sarebbero vulnerate - secondo la Corte di Giustizia- qualora i giudici italiani non disapplicassero le norme del codice penale sulla interruzione della prescrizione, ove ciò comporti l'impunità di un numero considerevole di casi di gravi frodi fiscali.

E' con riferimento a tale obbligo che i giudici delle leggi prospettavano l'incompatibilità con il principio di determinatezza, imponendosi al giudice

¹⁸ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, C-105/14, §62.

¹⁹ In tal senso E. LUPO, op. cit., p. 112, F. VIGANO', Le parole e i silenzi, op. cit., p.9.

nazionale di disapplicare una norma di diritto penale sostanziale, con effetti *in malam* per l'imputato, in assenza di una base legale sufficientemente determinata, e alla sola presenza di indizi, incerti, individuati dalla Corte di Giustizia.

Diversamente, secondo gli autori in commento, tale profilo di incompatibilità non potrebbe dirsi sussistente in riferimento al secondo paragrafo dell'articolo 325 TFUE. Tale disposizione, richiamando il principio di assimilazione, impone allo Stato membro di adottare contro le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che l'ordinamento nazionale predispone per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari nazionali.

Per tale ragione, qualora risulti che lo Stato membro appresti due diversi livelli di tutela, e che gli interessi finanziari dell'Unione siano salvaguardati con misure meno efficaci rispetto a quelle adottate per salvaguardare gli interessi finanziari nazionali, il giudice interno sarebbe chiamato a disapplicare le prime, così da rendere omogeneo il livello di protezione degli interessi in gioco. In ipotesi di tal fatta, il principio di determinatezza non può ritenersi violato, essendo il giudice penale chiamato semplicemente a comparare i livelli di tutela, sulla base di norme penali precise e determinate, ed eventualmente ad estendere le disposizioni penali che tutelano gli interessi finanziari interni anche alle frodi che tutelano gli interessi finanziari unionali.

Con riferimento a tale ultima questione, può prendersi in esame come specifica ipotesi normativa lesiva del principio di assimilazione - come del resto sostenuto dalla Corte d'Appello di Milano²⁰ - l'articolo 291-quater del D.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, che punisce il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi di lavorati esteri - ipotesi delittuosa certamente lesiva degli interessi finanziari nazionali -, assimilabile all'ipotesi di associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di IVA.

Per l'ipotesi di cui all'articolo 291-quater, il termine massimo della prescrizione in presenza di atti interruttivi, di cui all'articolo 160 ultimo comma e 161 comma secondo c.p., non opera, poiché rientrante nel novero di quei reati previsti dall'articolo 51 commi 3 bis e 3 quater del codice di procedura penale, che fanno eccezione alla regola generale.

Sembrerebbe allora evidente che, in virtù del principio di assimilazione, il giudice nazionale qualora si trovi a giudicare su di una fattispecie di associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di IVA, che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, debba procedere alla disapplicazione di cui al combinato disposto degli articoli 160 ultimo comma e 161 comma secondo c.p., estendendo ai reati in commento la disciplina applicabile all'articolo 291-quater del D.P.R. n.43 del 1973, sì da garantire un livello uniforme di tutela degli interessi finanziari, siano essi unionali o prettamente nazionali, senza che possa dirsi vulnerato il principio di legalità, nel suo corollario della determinatezza.

²⁰ Corte d'Appello di Milano, Sez. II, ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto.

5. Conclusioni

Si è cercato sin qui di esaminare la sentenza Taricco-*bis*, evidenziandone i punti nodali.

Tirando le fila del discorso, si osserva allora, che se da un lato, la Corte di Giustizia accoglie i dubbi sollevati dalla Corte Costituzionale, affermando che l'obbligo di disapplicazione, imposto dall'articolo 325 TFUE, non si applica ai giudizi pendenti per fatti commessi antecedentemente alla sentenza Taricco, così garantendo il rispetto del principio di irretroattività, d'altro canto, la Corte di Giustizia non sembrerebbe risolvere tutti i dubbi prospettati dalla Consulta con riferimento specifico al principio di determinatezza.

Infatti, la Corte di Lussemburgo, non indica con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire al fine di poter disapplicare le norme relative al regime prescrizionale, né fornisce alcun chiarimento in merito ai presupposti, dalla stessa individuati, in presenza dei quali il giudice comune è chiamato a disapplicare le norme di cui agli articoli 160 ultimo comma e 161 c.p. . Diversamente, sostiene che spetta al giudice nazionale verificare se la disapplicazione delle norme in tema di prescrizione, imposta dal primo paragrafo dell'articolo 325 TFUE, comporti un *vulnus* al principio di determinatezza a causa dell'incertezza della legge applicabile.

Proprio l'incertezza scaturente dalla sentenza Taricco-due, ha portato taluno a sostenere che la Corte Costituzionale, questa volta, non avrebbe avuto alcuna remora ad attivare i controlimiti, paventando la possibilità di una dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, nella parte in cui rende esecutivo l'articolo 325 del TFUE, nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, con specifico riferimento alla lesione del principio di determinatezza.

Tale rischio, in realtà, allo stato dei fatti deve ritenersi superato.

La Corte Costituzionale, difatti, è tornata sulla questione in data 10 aprile 2018²¹, e dall'informazione provvisoria rilasciata, pare potersi sostenere che diversa sia l'interpretazione che i giudici delle leggi hanno dato alle parole della Corte di Giustizia.

La Consulta, più precisamente, dichiara infondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte d'appello di Milano e dalla Corte di Cassazione, aventi ad oggetto l'articolo 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, nella parte in cui dà esecuzione all'articolo 325 TFUE, così come interpretato dalla sentenza Taricco.

Invero, secondo i giudici delle leggi, la "regola Taricco" contrastante con il principio di legalità in materia penale, è venuta meno a seguito della sentenza resa dalla Corte di Giustizia in data 5 dicembre 2017, nella quale i giudici europei sostengono che l'articolo 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia

²¹ In www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicati stampa.

nel 2015, non è applicabile né ai fatti anteriori all'8 settembre 2015 - quindi neanche nei giudizi portati all'esame della Consulta - né qualora il giudice nazionale ravvisi un contrasto con il principio di legalità in materia penale. Sembra dunque potersi mettere un punto alla "Saga Taricco", e rilevare come secondo la Corte Costituzionale - almeno da quel che emerge nel comunicato del 10 aprile 2018 - il dialogo tra le due Corti abbia avuto un esito positivo, scongiurando il rischio di attivazione dei controlimiti.

**Cass., S.U., u.p. 22 giugno 2017 (dep. 28 novembre 2017), n. 53683,
Pres. Canzio, Rel. Vessichelli.**

di Giada LIETO*

Particolare tenuità del fatto – art. 131 bis c.p. – art. 34 d.lgs. n. 274/2000 – principio di specialità – concorso di norme – procedimenti dinnanzi al giudice di pace – inapplicabilità.

“La causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall’art. 131 bis c.p., non è applicabile ai procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace”.

La sentenza in commento costituisce l’approdo dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite emessa dalla III Sezione Penale della Corte di Cassazione in data 4 aprile 2017 e vertente sulla questione dell’applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-bis c.p.¹ anche ai procedimenti di competenza del giudice di pace².

In particolare, il Giudice di pace di Verona applicava, in data 14 luglio 2015, la causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis del vigente codice penale nei confronti di due imputati, concorrenti ex art. 110 c.p. nella commissione della fattispecie contravvenzionale prevista dall’art. 731 c.p.³. Il Gdp rilevava, a tal proposito, un rapporto di specialità (ex art. 15 c.p.) tra la norma introdotta dal d.lgs. 28/2015 e recante una causa di esclusione della punibilità e la disposizione dell’art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 che prevede, al contrario, la non procedibilità per i reati caratterizzati da particolare tenuità, tale da non escludere l’operatività della prima rispetto ai procedimenti celebrati dinnanzi al giudice di pace.

Tale sentenza veniva poi sottoposta dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Venezia al vaglio della Suprema Corte di Cassazione, la cui Terza Sezione, preso atto del nodo gordiano da sciogliere con riguardo alla questione de qua, disponeva la rimessione alle Sezioni Unite.

* Avvocato, specializzata in professioni legali.

¹ Disposizione introdotta con d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

² L’art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 prevede una causa di esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto.

³ Concorso in inosservanza dell’obbligo di istruzione elementare di figlio minore.

Queste ultime, all'esito di un'attenta disamina della questione, risolvono il contrasto dichiarando l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 131-bis c.p. ai procedimenti svolti dinnanzi al giudice di pace.

In particolare, le Sezioni Unite passano in rassegna gli orientamenti emersi in sede di legittimità: una tesi che si pone a favore dell'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. anche ai procedimenti dinnanzi al giudice di pace ed una, maggioritaria, che rinnega tale possibilità.

L'orientamento maggioritario muove dall'assunto secondo cui i due istituti, quello di cui al 131-bis c.p. e quello regolamentato dall'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000, si caratterizzano per svariate differenze ontologiche.

Infatti, in prima istanza, si nota come la ratio legis alla base dell'introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sia quella di deflazione dei carichi giudiziari per quei reati che, nella loro realizzazione concreta, si dimostrano dotati di una lesività così lieve da non rendere opportuna la risposta sanzionatoria nei confronti del reo che potrebbe recepire la stessa come sproporzionata, venendo meno il fine ultimo della pena come rieducazione del condannato.

Si tratta di una depenalizzazione in concreto che non opera, pertanto, come una abolitio criminis ma permette una ponderazione di interessi più confacente al caso sottoposto alla cognizione del giudice, attraverso la valorizzazione dei principi di offensività, proporzionalità e sussidiarietà.

Al contrario, la logica sottesa all'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 risulta più squisitamente "conciliativa", connotato che si nota anche nel ruolo assunto dalla persona offesa dal reato che può, innanzi alla magistratura onoraria, opporre un veto all'improcedibilità per particolare tenuità del fatto⁴.

Inoltre, i due istituti si differenziano anche dal punto di vista dell'ambito di operatività in quanto l'art. 34 del decreto menzionato non è vincolato da precisi limiti edittali che, al contrario, sono espressamente previsti dall'art. 131-bis⁵ c.p.. Le due discipline poi si caratterizzano per essere una, quella di cui all'art. 131-bis c.p., una causa di esclusione della punibilità, mentre l'altra come una condizione di procedibilità in cui rientrano anche valutazioni a carattere individuale⁶ in quanto l'art. 34 pone come sbarramento alla procedibilità il fatto

⁴ C.M. CELOTTO, art. 131-bis e art 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità, in *Dir. Pen. Cont.*, p. 1ss.

⁵ Si ricorda che l'art. 131-bis c.p. può trovare applicazione solo con riguardo ai reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo ad anni cinque.

⁶ Valutazioni che, al contrario, non trovano cittadinanza nell'ambito del campo di operatività del 131-bis.

che il proseguimento del procedimento potrebbe essere foriero di pregiudizio con riguardo alle esigenze familiari, di lavoro, studio o salute dell'imputato.

Pertanto, a fronte della diversità strutturale dei due istituti, tale orientamento, che è stato poi fatto proprio dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento, continua sostenendo che il rapporto di specialità tra le due norme andrebbe risolto attraverso il ricorso all'art. 16 c.p. secondo cui le disposizioni del codice penale si applicano alle materie regolate da altre leggi, "in quanto non sia da queste stabilito altrimenti". Ciò importerebbe la prevalenza della disciplina dell'art. 34 per i reati sottoposti alla cognizione del giudice di pace.

Al contrario, l'orientamento minoritario, sposato dal Giudice di pace di Verona, parte dal presupposto della asserita diversità dei due istituti che però non importa una loro inconciliabilità ma, al contrario, una potenziale concorrenza. Secondo tale tesi, sarebbe illogico e contrario alla ratio ispiratrice dell'art. 131-bis c.p. non ammetterne l'applicazione ai reati la cui cognizione è affidata al giudice di pace e che ontologicamente si caratterizzano per il minor grado offensività. Pertanto, secondo tale indirizzo ermeneutico, ben potrebbe operare la disciplina fissata dall'art. 131-bis, in costanza dei requisiti fissati dalla disposizione, anche nell'ambito dei reati di competenza del giudice di pace⁷.

Ciò risulterebbe suffragato dalla natura sostanziale dell'art. 131-bis che renderebbe necessaria la sua applicazione anche ai giudizi dinnanzi al giudice di pace in quanto la norma opererebbe come *lex mitior* ai sensi dell'art. 2 c.p..

Tale orientamento, però, non risulta avallato dalle Sezioni Unite che preferiscono conformarsi al primo indirizzo richiamato in quanto, come accennato, i due istituti rispondono a *rationes* differenti : deflativa del procedimento penale ordinario⁸ quella del 131-bis e conciliativa quella dell'art. 34 d.lgs. n. 74/2000, suffragata dal ruolo particolarmente attivo e propulsivo della persona offesa dal reato che può opporsi all'improcedibilità, eventualità non contemplata dal codice penale come modificato dal d.lgs. n. 28/2015. .

Sulla base di ciò, si può sostenere che il concorso apparente di norme vada risolto non già ponendo in rilievo la disposizione di cui all'art. 15 c.p. ma piuttosto valorizzando la norma dell'art. 16. Infatti, le disposizioni richiamate non si caratterizzano per una specialità in senso tecnico ma per una radicale difformità

⁷ M. GAMBARDELLA, Lo "splendido isolamento". Ai reati di competenza del giudice di pace non si applica l'art. 131-BIS c.p., in Cassazione Penale, fasc.2, 2018, pag. 487.

⁸ La relazione di accompagnamento al decreto introduttivo chiarisce che la disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto è destinata ad operare nell'ambito della giustizia ordinaria. Ciò farebbe intendere che essa non trovi applicazione nei procedimenti speciali come quelli dinnanzi al giudice di pace.

in punto di presupposti applicativi e finalità che si innestano su di un nucleo comune dato dall'accertamento del caso concreto, cosicché esse si pongono in rapporto di interferenza più che di specialità vera e propria.

Ciò permette di introdurre il principio di espansività⁹ secondo cui le disposizioni del codice penale possono trovare applicazione anche alle materie regolate da leggi speciali a patto che queste non dispongano diversamente. Ciò ci permette di sostenere che il fatto che il d.lgs. n. 274/2000 abbia approntato delle stringenti garanzie di autonomia del procedimento dinanzi al giudice di pace rispetto a quello ordinario e che l'art. 131-bis non contenga alcun riferimento ad un coordinamento tra le due discipline siano indizi della inapplicabilità ai reati di competenza del giudice di pace della causa di non punibilità introdotta nel 2015. Ciò risulta ulteriormente confermato dal fatto che l'art. 131-bis non ha provveduto ad una abrogazione tacita dell'art. 34 citato che conserva la sua operatività ed autonomia, non sussistendo tra le due disposizioni un rapporto di specialità in senso tecnico¹⁰. Tale approdo ermeneutico poi non smentisce la finalità deflativa dell'art. 131-bis c.p. in quanto la inapplicabilità ai reati di competenza del giudice di pace trova riscontro nell'assoluta diversità dei due canali processuali che conducono ad esiti e sanzioni differenti che non possono essere messi sullo stesso piano.

A tali conclusioni le Sezioni Unite giungono anche attraverso un'attenta disamina della giurisprudenza costituzionale¹¹ che, da ultimo, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'esclusione della sospensione condizionale della pena per i reati di competenza del giudice di pace, valorizzando il cd. "*microcosmo punitivo*" sotteso alla giurisdizione del giudice di pace che si caratterizza per la sua autonomia rispetto al procedimento ordinario.

Pertanto, per i Giudici di Piazza Cavour, l'art. 131-bis c.p. non può trovare applicazione ai giudizi di competenza del giudice di pace, attesa l'autonomia di forme e finalità dei procedimenti ordinario e speciale e nonostante la natura sostanziale della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto¹².

⁹ "Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti".

¹⁰ Non è ravvisabile un rapporto di genere a specie tra le due norme.

¹¹ E. APRILE, Sull'esclusione della sospensione condizionale per le pene pecuniarie applicate dal giudice di pace (nota a C. cost. 13 marzo 2014 n. 47), in Cassazione Penale, fasc. 6, 2014, pag. 2106.

¹² C. MINNELLA, Il microcosmo punitivo del Giudice di Pace ne esclude la sua applicazione, In Diritto & Giustizia, fasc.192, 2017, pag. 13.

Resta da chiedersi però se tale orientamento si manterrà granitico nel tempo o, al contrario, verrà scardinato sulla base di valutazioni che pongono al centro della vicenda processuale la necessità di dare un peso specifico maggiore alla proporzionalità della pena e all'offensività del fatto di reato.

Difatti, il rischio insito in tale pronuncia potrebbe essere quello di creare situazioni paradossali in cui vi sia una sperequazione di trattamento tra reati, non rientranti nella competenza del giudice di pace e quindi più gravi, rispetto a quelli che per definizione destano minore allarme sociale.

L'agente provocatore tra esigenze politico-criminali e diritti inviolabili.

di Valerio RIELLO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Evoluzione dell'agente provocatore fino alla sua tipizzazione. **3.** Il dibattito dottrinale sulla punibilità dell'agente provocatore. **3.1** Il reato impossibile. **3.2.** Cause di esclusione dell'antigiuridicità: **a)** art. 50 c.p.: il consenso dell'avente diritto; **b)** art. 51 c.p.: l'adempimento del dovere; **c)** art. 52 c.p.: la legittima difesa; **d)** scriminante atipica: l'azione socialmente adeguata. **3.3.** Assenza di colpevolezza. **4.** La posizione della giurisprudenza nazionale. **5.** La posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La responsabilità del provocato. **6.** Le figure specifiche di agente provocatore: *il fictus emptor* e il soggetto passivo del reato. **7.** Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Di recente, a seguito di alcune inchieste giornalistiche (compiute dalla redazione del giornale online *Fanpage.it*) è riemerso nel dibattito politico-istituzionale e nell'opinione pubblica il tema dell'ammissibilità e dei limiti di utilizzo del c.d. agente provocatore.

Occorre fin da subito chiarire, ai fini di una disamina di carattere giuridico scevra da valutazioni di diversa natura, che con il termine *agente provocatore* in senso stretto si indica una figura che la dottrina e la giurisprudenza, anche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ben conoscono facendo riferimento al soggetto, pubblico o privato, che istiga un altro a commettere un reato che altrimenti non avrebbe commesso al solo fine di assicurarlo alla giustizia mediante l'arresto del colpevole o comunque la messa a disposizione dell'autorità giudiziaria del materiale probatorio raccolto durante l'operazione.

L'agente provocatore non è l'agente *infiltrato*, che, invece, penetra sotto copertura nell'ambito di un'organizzazione criminosa per osservarne le dinamiche interne e l'attività prodromica al compimento di un reato, già pianificato, senza determinarne o agevolarne la realizzazione.

La *querelle* sulla figura in esame si inserisce proprio nel crinale che separa l'istigazione dall'osservazione esterna del reato, il contributo concorsuale dal contegno non criminoso e appare evidente che se l'ordinamento spostasse il

* Magistrato ordinario.

baricentro verso la condotta di incitamento al reato ad opera dell'agente, rendendola lecita, ciò porterebbe alla luce uno strumento incandescente di massiccio contrasto a forme invasive di criminalità, ma anche un altrettanto consistente rischio di intollerabile calpestamento delle garanzie e dei diritti dell'individuo.

Nel corso del tempo, inoltre, si è assistito ad una proliferazione di sottotipi di agente provocatore, emersi nella prassi, portatori di specifiche problematiche, eppure non distinguibili dalla figura generale, di cui rappresentano realtà peculiari: da una parte il *fictus emptor*, soggetto che nei reati-contratto si finge acquirente di una sostanza il cui commercio è vietato per legge al solo fine di cogliere il reo sul fatto; dall'altra, la finta vittima nei delitti di relazione, ove il "provocatore" assume la qualità di soggetto passivo del reato, lasciandosi fittiziamente raggirare (come nella truffa) o costringere (come nella concussione) per punire l'autore.

Lungi dal ritenere queste figure autonome rispetto alla tematica generale dal punto di vista dommatico e delle risposte sanzionatorie, esse sono frutto della poliedricità delle forme dell'agente provocatore, che si adattano alla metamorfosi della criminalità e sono tutte accomunate dal tratto caratterizzante costituito dallo scopo di far emergere una fattispecie criminosa e intervenire prima o immediatamente dopo la sua realizzazione.

Orbene, come si metterà in rilievo nel corso della trattazione, in merito all'ammissibilità e alla liceità dell'intervento dell'agente provocatore, mentre, da un lato, il dibattito dottrinale è aperto, vivace e variegato, dall'altro, invece, la consapevolezza della giurisprudenza del fatto che lo Stato ha il dovere istituzionale di prevenire e reprimere i delitti, ma non certo di reprimerli dopo aver contribuito alla loro commissione, è evidente nelle ormai consolidate prese di posizione che fanno salve le attività di osservazione e contenimento dall'esterno di un reato commesso da altri, ma non quelle dell'agente provocatore in senso stretto che istiga al crimine, salva la previsione di normative speciali e settoriali che delineano specifiche cause di non punibilità per l'agente pubblico che, nel pieno rispetto dei limiti e delle procedure da esse previsti, incorra in determinate attività illecite.

2. Evoluzione dell'agente provocatore fino alla sua tipizzazione.

La provocazione al reato ad opera di agenti, tanto pubblici quanto privati, è vista con particolare favore dallo Stato assolutista francese, che organizza un sistema capillare di controllo del territorio per neutralizzare gli oppositori del regime e

tutelare il potere costituito¹. Le potenzialità spropositate dello strumento dell'istigazione al reato sono già evidenti nell'evoluzione dell'apparato difensivo statale che prima provoca all'attività illecita persone già sospette al fine di coglierle in flagranza di reato, poi si rivolge a soggetti nemmeno indiziati per reprimere il dissenso politico, con l'aiuto di cittadini privati che alimentano così un clima di odio e di sospetti.

In seguito, la valorizzazione delle libertà civili e delle garanzie degli individui ad opera dello Stato di diritto, che si afferma progressivamente in Europa nell'Ottocento, conduce all'abbandono, su impulso dei giuristi del tempo, della figura dell'agente provocatore, considerato mezzo di controllo sociale illiberale e condizionato da ragioni partigiane, avulse da un contesto di tutela degli interessi della comunità².

I giuristi della Scuola Classica sottolineano che compito della polizia giudiziaria non è far commettere attività criminose, ma scoprire reati già commessi e questa presa d'atto, impregnata di una cultura di fondo di carattere liberale, sarà fatta propria dalla giurisprudenza italiana del Novecento, non senza opinioni articolate dissenzienti della comunità scientifica (su cui v. *infra*).

La questione che, però, inizia a porsi è che l'infiltrazione di agenti pubblici in contesti illeciti e criminali può diventare un'arma investigativa preziosa e, a volte, esclusiva per far emergere reati in maniera tempestiva ed efficace.

Orbene, il problema che dottrina e giurisprudenza hanno da sempre dovuto affrontare è la latitanza del legislatore, che si è astenuto dall'intervenire e regolamentare in modo generale la materia dell'agente provocatore; ed invero, fino alla fine del secolo scorso, non vi era alcuna disposizione, nemmeno di carattere settoriale, che prendesse posizione sul punto.

Un primo tassello nella materia in esame è stato introdotto nel 1990 solo a seguito della sollecitazione internazionale proveniente dalla Convenzione delle Nazioni Unite, sottoscritta a Vienna il 20 dicembre 1988, che stabilisce le linee programmatiche dell'adozione di più efficaci forme di contrasto al traffico di stupefacenti. Così, l'art. 97 d. P.R. n. 309/1990 è stata la prima norma che ha disciplinato le operazioni dell'agente provocatore, stabilendo metodi investigativi innovativi portati avanti esclusivamente dagli ufficiali, agenti di polizia giudiziaria e dai loro ausiliari sotto l'egida del pubblico ministero e prevedendo una speciale

¹ A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, UTET, 2010, 753 ss.

² Sul punto v. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, I, undicesima ed., Firenze, 1924, 380

causa di non punibilità per determinate operazioni illecite compiute per acquisire elementi di prova in ordine ai delitti in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope dall'infiltrato o dal *falsus emptor* che acquista simulatamente la sostanza.

Negli anni successivi all'emanazione del Testo Unico degli stupefacenti, il legislatore ha allargato l'ambito operativo dell'agente provocatore con riferimento a plurime fattispecie di reato dettando variegate disposizioni, la maggior parte delle quali è stata abrogata dall'art. 9, L. n. 146/2006 (*"Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001"*), che ha reso unitaria la disciplina di carattere procedimentale che la polizia giudiziaria è tenuta a rispettare: la norma, come modificata dalla L. 13 agosto 2010, n. 136, si applica, oltre che alla materia degli stupefacenti anche alle operazioni di polizia coinvolgenti, tra le altre ipotesi, il contrasto al terrorismo, le fattispecie criminose concernenti armi, esplosivi, munizioni, quelle relative al Testo Unico dell'immigrazione, i delitti di cui al libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p. e quelli di cui agli artt. 473, 474, 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.

La disposizione prevede al primo comma che *"fermo quanto disposto dall'art. 51 del codice penale, non sono punibili"* gli appartenenti alla polizia giudiziaria che, *"al solo fine di acquisire elementi di prova"*, realizzano attività illecite secondo i dettami sostanziali e procedimentali tassativamente scanditi dalla normativa in esame, ossia coloro che, *"anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali"*.

Negli stessi casi, inoltre, la polizia giudiziaria può essere autorizzata ad utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati dagli organismi competenti secondo modalità stabilite dal Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia e con gli altri Ministri interessati.

Già *l'incipit* della disposizione (*"Fermo quanto disposto dall'art. 51 c.p."*) fornisce segnali per la qualificazione giuridica della fattispecie che delinea una scriminante che risulta essere: personale, perché fruibile solo dagli appartenenti alla polizia giudiziaria o dagli ausiliari e dalle interposte persone, e non da soggetti privati; delimitata dal punto di vista dell'elemento soggettivo, in quanto

caratterizzata dalla finalità specifica di acquisire elementi di prova che deve necessariamente muovere l'agente; delimitata anche dal punto di vista oggettivo delle fattispecie di riferimento, dato che sono giustificate solo le condotte espressamente previste dalla norma, come ad esempio l'acquisto simulato di droga, e non altre, come la coltivazione, fabbricazione o la produzione di sostanza stupefacente.

Infine, la causa di giustificazione è imprescindibilmente legata al controllo diretto dell'autorità giudiziaria e, in particolare, del pubblico ministero, a cui deve essere comunicata preventivamente l'operazione di copertura perché egli possa impartire le direttive necessarie per la sorveglianza sugli sviluppi dell'attività criminosa. L'autorità competente per le indagini, inoltre, deve essere avvisata immediatamente anche quando *"per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal comma 1"* gli agenti sotto copertura omettono o ritardano atti di propria competenza, potendo il pubblico ministero disporre diversamente ovvero, con un provvedimento molto incisivo, ritardare l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, un fermo di indiziato di delitto o l'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro.

A sancire la natura della causa di non punibilità in esame è lo stesso l'art. 9 della citata legge, laddove aggiunge al co. 1bis, introdotto dalla L. n. 136/2010, che *"la causa di giustificazione di cui al comma 1 si applica agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e agli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate ai sensi del presente articolo"*.

Il riferimento alla categoria dommatica della causa di giustificazione risolve *in subiecta materia* la qualificazione della causa di non punibilità dell'agente provocatore, che aveva innescato un profondo dibattito interpretativo, dando altresì importanti indicazioni sulla definizione della problematica generale della sua ammissibilità e dei limiti di intervento al di fuori del settore considerato dalla normativa in questione, senza risolvere tuttavia i dubbi ermeneutici che animano la dottrina.

Il dibattito sulla figura generale del provocatore è, invero, aperto e occorre riflettere, prendendo per ora le distanze dalla norma speciale, sulla possibilità di trovare nei principi generali del diritto penale le risposte al quesito della punibilità o meno di colui che nella sua attività di indagine contribuisca con la propria condotta - di istigazione, determinazione o partecipazione - alla realizzazione anche solo in forma tentata di reati.

3. Il dibattito dottrinale sulla punibilità dell'agente provocatore.

In dottrina si rinviene una vasta gamma di opinioni tra loro diversificate, che si schierano per la liceità dell'attività di provocazione di reati ad opera del soggetto, di regola appartenente alle forze di polizia, che concorre alla realizzazione della fattispecie delittuosa. Occorre per ragioni di sequenza logico-giuridica iniziare l'analisi mediante la verifica della possibilità di escludere la rilevanza penale della condotta dal punto di vista della struttura obiettiva del fatto, prima di discorrere in termini di antigiuridicità e colpevolezza.

3.1 Il reato impossibile.

Ed invero, molti esponenti della dottrina reputano la vicenda del provocatore un esempio lampante di reato impossibile non punibile ai sensi dell'art. 49 c.p. per l'inidoneità dell'azione a ledere il bene giuridico protetto, con la conseguenza che andrà esente da pena anche il provocato.

Più nel dettaglio, si può sottolineare che la problematica dell'agente provocatore è la cartina di tornasole delle diverse teorie che tradizionalmente animano il dibattito interpretativo in merito all'esatta qualificazione del reato impossibile e ai suoi rapporti con il tentativo.

Focalizzando l'attenzione solo sui termini della questione che rilevano ai fini della tematica in esame, la non punibilità del provocatore e del provocato viene invocata da chi possiede una visione del reato impossibile improntata in modo netto al principio di offensività, costituzionalmente tutelato a norma degli artt. 13, 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost.

Nella specie, aderendo alla concezione realistica del reato³, si sostiene che l'art. 49 c.p. non è il "doppione rovesciato del tentativo", ma ribadisce a livello di legge ordinaria il canone di necessaria offensività del fatto: la norma, cioè, non si limita a prendere atto che l'azione inidonea a realizzare l'evento alla luce del giudizio *ex ante* tipico del tentativo non è punibile, perché ciò può essere affermato già sulla scorta del solo art. 56 c.p.; essa, invece, si rivolge a quei fatti che astrattamente riconducibili alla norma incriminatrice, nel concreto non sono idonei a provocare la lesione alla luce di una valutazione *ex post*, compiuta dopo che si sono svolti i fatti tenendo in considerazione tutte le circostanze che realmente esistevano, fossero esse conosciute o meno dagli agenti.

Ne deriva che se il provocatore agisce già sapendo di bloccare il colpevole all'atto della commissione del reato, di regola con la contestuale predisposizione della

³ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, V ed., Padova, CEDAM, 188 ss.

forza pubblica che è pronta ad intervenire, non può realizzarsi alcuna offesa del bene giuridico protetto in quanto in nessun momento l'azione è stata anche solo pericolosa per lo stesso: la condotta, invero, si è svolta sotto il persistente controllo degli agenti pubblici, con la conseguenza che l'ordinamento non potrebbe legittimamente punire i soggetti perché non vi è interesse effettivamente messo in pericolo tale da giustificare la limitazione della libertà personale.

Tuttavia, una siffatta scelta restringerebbe in modo eccessivo l'area del tentativo punibile vanificando gli obiettivi di politica criminale, portando ad escluderlo ogniqualvolta il mancato perfezionamento della fattispecie sia dipeso da fattori impeditivi preesistenti o concomitanti all'inizio dell'azione delittuosa: il tentativo non sarebbe configurabile a titolo di esempio nel caso di un uomo che pugnalasse un altro che sotto gli abiti nasconde una corazza⁴.

Per tali motivi la dottrina tradizionale e prevalente, in uno alla giurisprudenza consolidata⁵, opina nel senso che l'art. 49 c.p. scolpisca un tentativo inidoneo e quindi non punibile, con la conseguenza che l'inidoneità dell'azione va valutata in base ad un giudizio *ex ante* di prognosi postuma su base parziale, che tenga conto non di tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione, ma solo di quelle conoscibili dall'uomo medio e di quelle ulteriori concretamente conosciute dal soggetto agente.

In tal modo, occorre riconoscere che la previa predisposizione della forza pubblica non rientra tra le circostanze rilevanti del giudizio e quindi non può essere presa in considerazione per escludere l'idoneità della condotta a realizzare l'evento, in quanto essa costituisce una causa esterna, estrinseca e indipendente dalla condotta del reo e non elide, per questo, l'originaria, intrinseca capacità degli atti compiuti a ledere il bene giuridico⁶, salvo che sia elemento conoscibile secondo la scienza ed esperienza comune o concretamente conosciuto dal soggetto agente.

Si aggiunga, poi, che è evidente che l'inoffensività del fatto vanificherebbe l'efficacia dell'agente provocatore, perché il suo intervento non condurrebbe ad assicurare gli altri soggetti alla giustizia in assenza di un fatto-reato.

Orbene, escluso che si possa discorrere in termini di assenza di offensività del fatto, è necessario distinguere la posizione del provocatore da quella del

⁴ L'esempio è di L. VIGNALE, *Agente provocatore*, in *Digesto*, IV ed., vol. I, Torino, 1987, 61.

⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, a cura di L. Conti, IX ed., Milano, 1982, 443 ss.; cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. I, 13 aprile 2001, Calafato, in *Guida al diritto-il sole 24 ore*, n. 24/2001, 81.

⁶ Cass., 22 ottobre 1997, in *Guida al diritto*, 1997, n. 44, 93.

provocato. Il provocato risponde del delitto tentato, per le ragioni ora viste, ovvero di reato consumato, a seconda che compia atti idonei o porti a perfezionamento l'azione delittuosa, sempre che il procedimento penale svolto nei suoi confronti non si reputi iniquo ai sensi dell'art. 6 CEDU (su cui v. *infra* par. 4).

Con riferimento alla figura dell'agente provocatore è invece possibile rinvenire nel sistema risposte differenziate in merito alla sua possibile non punibilità, prospettate da coloro che prendono atto che tale figura rappresenta un importante strumento di politica criminale fondato sull'irrobustimento dei poteri di contrasto dello Stato verso ogni forma di crimine.

3.2. Cause di esclusione dell'antigiuridicità: a) art. 50 c.p.: il consenso dell'avente diritto.

Alcuni studiosi si muovono nel campo delle cause di esclusione dell'antigiuridicità in relazione alla condotta del provocatore. Giova, prima di analizzare le varie tesi più in profondità, premettere che comune a tutte le soluzioni è il problema della estensibilità delle scriminanti ai concorrenti nel reato in virtù della conformità obiettiva della condotta a tutti i rami dell'ordinamento, ancorché sussumibile in una fattispecie penale tipica. In particolare, la causa di giustificazione si estende a tutti i compartecipi ex art. 119 co, 2 c.p., con l'effetto ancora una volta di rendere sostanzialmente inutile l'intervento del provocatore stante l'impossibilità di punire il "colpevole".

Un'attenuazione di questo inconveniente può essere ottenuta solo dando una lettura non universale dell'art. 119 co. 2 c.p. con riguardo alle cause di giustificazione, se si ritiene che occorre valutare in concreto quali di esse si estendono ai concorrenti e quali hanno invece carattere solo soggettivo⁷.

Ciò chiarito, vi è chi⁸ valorizza il consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. distinguendo le ipotesi in cui il titolare del bene protetto sia un terzo piuttosto che lo stesso provocatore, sul presupposto che sussista il consenso effettivo, libero, consapevole e relativo a beni nella disponibilità del titolare, secondo i dettami della giurisprudenza sulla fruibilità di tale scriminante.

Se titolare è un terzo, egli può esprimere il proprio consenso, in una prima ipotesi, all'attività delittuosa del solo provocatore ed allora ad usufruire della scriminante sarà solo quest'ultimo e non anche il provocato; ovvero, in una

⁷ in questo senso v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 1987, 595.

⁸ E. CALIFANO, *L'agente provocatore*, Milano, Giuffrè, 1964, 85 ss.

seconda ipotesi, altresì alla condotta del provocato che allo stesso modo, quindi, non sarà punibile, con la precisazione che anche nel primo caso egli è scriminato se ritiene per errore non colposo – o colposo per i delitti non puniti a titolo di colpa – che la scriminante oggettiva operi pure nei suoi confronti ai sensi dell'art. 59 co. 4 c.p.

Quando il bene protetto fa capo all'agente provocatore, allora il consenso di questi si esplica in favore del provocato che non viene sanzionato ai sensi dell'art. 50 c.p.

Il limite di questa teoria è nei presupposti interni del consenso rilevante ai sensi della norma in esame ed in particolare nel requisito della disponibilità del bene tutelato, dato che di regola (salvo casi eccezionali come la truffa) la problematica dell'agente provocatore riguarda beni indisponibili, come nella materia del commercio degli stupefacenti.

b) art. 51 c.p.: l'adempimento del dovere.

L'orientamento di gran lunga prevalente fa leva sull'adempimento del dovere per ritenere scriminata l'azione del provocatore.

Ed invero, il soggetto, che secondo questa tesi deve essere appartenente alla polizia giudiziaria, agisce non per commettere il reato e ledere gli interessi sociali, ma anzi per tutelarli mosso dalla finalità di assicurare i colpevoli alla giustizia nell'adempimento del dovere d'ufficio scolpito nell'art. 55 c.p.p., che impone di ricercare gli autori dei reati, impedire che essi siano portati a conseguenze ulteriori e assicurare le fonti di prova⁹.

Pertanto, l'autore della fattispecie criminosa compie un fatto tipico corrispondente alla norma astratta ma lo fa in un nome di un interesse superiore, in esecuzione di un obbligo posto dallo stesso ordinamento in capo alla forza pubblica, con l'effetto che quest'ultimo per non cadere in contraddizione deve tenere indenne il provocatore dall'intervento penale.

Nonostante l'ampio consenso suscitato da questa teoria, si può obiettare che l'affermazione secondo cui la norma del codice di rito preveda la possibilità di attività criminose per scoprire autori di un reato non ha fondamento logico-giuridico, essendo evidente che lo Stato non pretende (e non potrebbe farlo) che la forza pubblica diventi protagonista del crimine, semmai al contrario impone che intervenga per prevenire e reprimere i reati.

Né può invocarsi l'art. 51 c.p. quando l'agente esegua un ordine di compiere un delitto impartito dal superiore gerarchico, perché chi riceve un ordine illegittimo

⁹ E. CALIFANO, *cit.*, 73 ss.

ha il dovere di non eseguirlo e di opporsi all'autorità, essendo oggi sostanzialmente eliminati i casi di ordini insindacabili e tenendo conto che anche il codice militare di pace sancisce l'inapplicabilità della scriminante per l'ordine manifestamente criminoso.

c) art. 52 c.p.: la legittima difesa.

Ardito è affermare che possa venire in rilievo la scriminante della legittima difesa, seppur vi è chi¹⁰ sostiene che con riferimento a taluni crimini particolarmente pericolosi per beni giuridici di primo rilievo, come la salute pubblica nel caso del commercio degli stupefacenti, l'intervento del provocatore all'interno del contesto illecito sarebbe da inquadrare nella reazione difensiva proporzionata al pericolo di offesa e necessitata al fine di evitare la concretizzazione del rischio prospettato di commissione del crimine, caratterizzandosi per strumento spesso esclusivo per smascherare i reati in esame.

Tuttavia, non si può non sottolineare che l'art. 52 c.p. può essere richiamato legittimamente se il fatto dell'agente sia davvero una *difesa* imposta dalle circostanze concrete per scongiurare l'*attuale* pericolo di offesa ingiusta, di guisa che in assenza dell'intervento si verificherebbe secondo l'*id quod plerumque accidit* un'imminente lesione del bene ad opera del terzo. Non può, quindi, trasformarsi in un'offesa, in un'istigazione al crimine in un momento in cui il pericolo di realizzazione è in uno stato troppo anticipato e aleatorio per giustificare la reazione in nome del contemperamento di interessi contrapposti voluto dal legislatore.

In altri termini, non è ragionevole mandare esente da pena colui che determina o istiga un soggetto - che semplicemente si sospetta essere uno spacciatore di droga - a vendere una sostanza stupefacente visto che ci si trova in un momento in cui il pericolo di lesione del bene salute pubblica non è affatto concretizzato; ed anzi si può aggiungere che il pericolo viene originato ad arte proprio dal provocatore che fa in modo che un'astratta e non provata volontà di mettere in commercio sostanze psicotrope possa divenire effettiva, cogliendo così l'occasione per arrestare il colpevole.

d) scriminante atipica: l'azione socialmente adeguata.

Molto suggestiva, seppur minoritaria nel panorama dottrinale, è la presa di posizione in favore della scriminante non codificata riferibile all'*azione*

¹⁰ A. MALINVERNI, *Agente provocatore*, voce in Nss. D. I., vol.I, Torino, 1957, 399.

socialmente adeguata del provocatore¹¹. La punibilità, invero, va esclusa nella misura in cui la condotta, pur non giustificabile alla stregua di una delle scriminanti tipiche, lo sia in virtù della sua adeguatezza sociale rispetto agli scopi di difesa della collettività, per i quali è stata posta in essere.

L'impostazione dommatica che fa da sfondo a questo orientamento è costituita dall'accoglimento della possibilità, molto discussa nella comunità scientifica e in sede pretoria, di riconoscere l'applicabilità di scriminanti non disciplinate dal legislatore in alcuna norma, eppure conformi ad una scala di valori sociali sufficientemente definiti e diffusi nella coscienza collettiva che spingono nel senso della non punibilità dell'agente, perché sarebbe altamente distonico rispetto alla necessità di protezione di beni giuridici perseguire penalmente chi quei beni li difende come l'agente provocatore.

Ciò, secondo i fautori della tesi in parola, risulta sostenibile sul piano dommatico sulla base di una delimitazione dell'ambito operativo dello stretto principio di legalità penale che, in ragione della sua *ratio* garantistica e del *favor libertatis*, troverebbe applicazione solo alle norme *stricto sensu* penali, che selezionano con precisione semantica e verificabilità empirica le fattispecie incriminatrici.

Tuttavia, la tesi in esame, oltre ad essere trascurata dai più¹², contrasta con una lettura più ampia del canone di legalità, comprensivo anche dell'intero ventaglio delle cause di giustificazione, che può essere accolta anche senza porsi dalla prospettiva della teoria bipartita degli "elementi negativi del fatto", ma sulla scorta di una visione teleologica del sistema penale: non è ragionevole e coerente con l'impronta liberale e con gli scopi di prevenzione e di orientamento culturale sottesi al principio di legalità e al finalismo rieducativo della pena addebitare ad un soggetto una fattispecie incriminatrice che possiede un ambito operativo incerto, in quanto la sua maggiore o minore estensione risulta in definitiva legata ad una valutazione casistica e intuizionistica del giudice sull'adeguatezza sociale o meno della condotta considerata.

3.3. Assenza di colpevolezza.

Un filone di pensiero si muove nell'ambito della colpevolezza e sostiene che l'agente provocatore non possa essere punito per assenza dell'elemento psicologico.

¹¹ C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.

¹² L. VIGNALE, *Agente provocatore*, cit., 67; invece G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1965 non prende proprio in considerazione questa posizione.

La premessa è che agente provocatore e provocato concorrono dal punto di vista oggettivo al compimento del reato dando vita ad una forma di compartecipazione tipica del concorso di persone sul piano causale (entrambi producono la stessa lesione), ma peculiare dal lato dell'apporto psichico, in quanto non sussiste il vincolo di cosciente solidarietà tra i concorrenti, ma al contrario l'uno agisce all'insaputa dell'altro e contro l'altro¹³.

Alcuni, pertanto, sottolineano che l'agente di polizia non versa in dolo in quanto non vuole commettere il delitto perché mosso dall'unico scopo di far emergere elementi di reità a carico del provocato e arrestarlo. Se egli non riesce ad assicurare alla giustizia il colpevole prima della fine di svolgimento dell'*iter criminis* non è punibile perché, pur avendo dato un concorso morale o materiale al reato, non ha manifestato la necessaria volizione del crimine e della correlativa lesione dell'interesse protetto. Se, invece, riesce nell'intento, si verifica un delitto tentato in capo al provocato, di cui non può rispondere il provocatore perché ha agito senza il dolo di consumazione necessario per l'applicabilità dell'art. 56 c.p. Il soggetto non è punibile, secondo questa tesi, non solo per coerenza con le finalità specialpreventive "positive" della pena ex art. 27 co. 3 Cost, che implicano che il reo sia consapevole dell'antigiuridicità sociale del suo comportamento, ma ancor prima per il difetto degli elementi minimi della personalità della responsabilità penale, che richiedono la partecipazione psicologica oltre che materiale al reato.

Laddove, invece, l'agente fosse in dolo, anche solo eventuale quando accetta il rischio del verificarsi del delitto, egli sarebbe punito a meno che non venisse escluso l'apporto causale della sua condotta rispetto all'evento.

In chiave critica, tuttavia, si può osservare che occorre distinguere il movente, che anima interiormente un soggetto, dalla volontà esteriore penalmente rilevante, in quanto "*il fine speciale di far condannare il colpevole non esclude necessariamente la volontà di fargli commettere un reato, e di concorrere al reato stesso mediante istigazione o determinazione*"¹⁴.

Più specificamente, l'agente provocatore è animato dal dolo, nella sua componente generica e specifica: egli possiede il dolo generico, consistente nella volontà che il provocato realizzi un'azione punibile, e quello specifico, dato dalla finalità di punire il colpevole. La sussistenza della prima componente, che - occorre chiarirlo - deve coprire non solo l'attività esteriore del provocato di

¹³ v. sul punto R. DELL'ANDRO, *Agente provocatore*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, 865 ss; cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, settima ed., 2014, 533.

¹⁴ A. MALINVERNI, *Agente provocatore*, cit., 397.

tentativo o consumazione ma anche la sua volontà di consumare il reato, non può escludere la punibilità di entrambi i soggetti poiché si verificano tutti gli elementi del concorso di persone¹⁵.

In particolare se il reato è consumato, l'agente, che concorre moralmente o materialmente alla condotta altrui, versa in dolo quando: ha coscienza e volontà della propria condotta; si rappresenta la condotta del concorrente; si rappresenta, inoltre, la consumazione o agisce deliberatamente a costo di provocarla.

Se la condotta del provocato, invece, si arresta allo stadio degli atti esteriori idonei a realizzare il reato, quando questi sono sorretti comunque dal dolo di consumazione dei soggetti, entrambi rispondono a titolo di tentativo e l'agente provocatore che si adopera dopo aver innescato l'*iter criminis* per evitare l'evento, riuscendovi, usufruisce dell'attenuante di cui all'art. 56 co. 4 c.p., non estensibile al provocato data la sua natura soggettiva.

4. La posizione della giurisprudenza nazionale.

Fin qui sono stati esaminati i principali orientamenti della dottrina, che offrono soluzioni diverse partendo dalla medesima questione da risolvere, evidenziando così la complessità della materia, l'assenza di punti di riferimento saldi, ma anche la capacità di adattamento delle categorie giuridiche ai casi della realtà concreta, non univocamente disciplinati dall'ordinamento giuridico.

In questo quadro così variegato, tuttavia, la giurisprudenza della Suprema Corte si è assestata su posizioni nette e chiare rispetto alla problematica dell'agente provocatore.

E' ricorrente l'affermazione secondo cui l'agente provocatore non è punibile ai sensi dell'art. 51 c.p. quando il suo intervento è indiretto e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto che deve essere esclusivamente opera altrui; egli cioè deve svolgere opera prevalentemente di controllo, di osservazione e di contenimento dell'azione illecita dell'altro soggetto. Al contrario, sussiste una responsabilità a titolo di concorso dell'agente provocatore quando fornisca un apporto causale alla realizzazione del reato, al punto che l'evento delittuoso sia da considerarsi conseguenza diretta della sua condotta¹⁶. In altri termini, il provocatore (termine quindi da intendersi in senso lato), per non essere punito, deve limitarsi a disvelare un'intenzione criminale esistente,

¹⁵ v. più ampiamente sul punto R. DELL'ANDRO, cit, 866 ss.

¹⁶ Cass. sez. I, 28 febbraio 1969, in *Arch. pen.*, 1970, II, p. 409. Nello stesso senso Cass. sez. II, 22 ottobre 1969, n. 112975 rep.; Cass. 11634/2000 rv 217253; Cass.47056/2016 rv 268998.

ma allo stato latente, fornendo solo l'occasione per concretizzare la stessa e, quindi, senza determinarla in modo essenziale.

Innanzitutto, deve essere sottolineato che, al di fuori delle ipotesi nominate previste da leggi speciali (v. *supra*), la figura dell'agente provocatore si restringe di non poco, se si considera che non è riconducibile a nessuna scriminante o ad altra causa di esclusione della punibilità la condotta di determinazione, istigazione, compartecipazione materiale al reato, sulla scorta di una premessa implicita, secondo la quale compito della polizia giudiziaria e dei suoi ausiliari è reprimere un crimine già commesso, facendolo emergere anche con tecniche investigative sempre più affinate, e non quello di "creare" la fattispecie criminosa in modo attivo, catturando il soggetto ignaro, caduto nella trappola. Il rispetto dei diritti fondamentali e di libertà minime di ogni cittadino deve essere garantito sempre e comunque con rigidità e senza tentennamenti.

Nello stesso tempo, si delinea uno spazio all'interno del quale l'attività di provocazione è lecita e conforme ai principi costituzionali e convenzionali, poggiante, nella prospettiva della giurisprudenza, sulla scriminante dell'adempimento del dovere ai sensi dell'art. 51 c.p. che trova la giustificazione nel fine che spinge l'agente a commettere il fatto astrattamente illecito: l'agente provocatore non è punibile appunto perché opera per l'adempimento del dovere quando, *"adempiendo fedelmente all'ordine ricevuto per tutto il tempo in cui si protrae l'attività degli esecutori materiali, si adopera in maniera da impedire il reato e da determinare l'arresto dei complici"*¹⁷.

Il provocatore, allora, "non provoca", ma osserva, controlla, contiene l'attività illecita altrui in modo da impedire la lesione del bene giuridico protetto e, entro questi limiti, sta adempiendo ad un suo dovere con la conseguenza che se dei suoi comportamenti incorressero in una fattispecie criminosa sarebbero giustificati e pertanto non punibili: egli è in sostanza più propriamente un *infiltrato* che agisce sotto copertura in un'indagine relativa a un reato che è già stato ideato e sta per essere commesso.

Il rinvenimento della soluzione nell'art. 51 c.p. dà una risposta sistematicamente coerente al quesito aperto dalla lettura dell'art.9 co. 1, L. n. 146/2006, in precedenza richiamato, che prevede la non punibilità dell'agente provocatore che si conformi ai dettami della disciplina specialistica degli stupefacenti e degli altri settori equiparati, *"fermo quanto disposto dall'art. 51 c.p."*. Si tratta, pertanto, di un'applicazione speciale della scriminante dell'adempimento del

¹⁷ Cass. sez. II, 5 luglio 1985, n.170011 rep.

dovere che, nella sua generalità, copre i fatti non rientranti nella suddetta disciplina.

5. La posizione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La responsabilità del provocato.

Si registra una convergenza di vedute tra giurisprudenza nazionale e quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) sul trattamento giuridico dell'agente provocatore, essendo la Corte Europea molto sensibile alle garanzie e ai diritti delle persone e invocando, quindi, una particolare cautela sulle operazioni pilotate di attività criminose, con l'effetto di influenzare l'atteggiamento delle Corti interne.

La stessa Corte EDU in effetti distingue tra operazioni sotto copertura e provocazione, laddove le prime sono lecite perché si tratta di agenti infiltrati che non commettono alcun reato e svolgono indagini sotto la supervisione delle forze dell'ordine e il potere di sorveglianza e censura di un organo giurisdizionale; la seconda, invece, è costituita dall'istigazione o partecipazione al reato dell'agente, ipotesi non tollerabile secondo i precetti della Convenzione e idonea a pregiudicare l'equità del procedimento penale in violazione dell'art. 6 CEDU.

Dalla giurisprudenza, nel dettaglio, emerge quella differenziazione che si è visto essere evidenziata dalla Cassazione italiana tra ruolo passivo di osservazione e controllo della condotta del reo dalla provocazione di carattere attivo, sulla base di una serie di parametri che sono molto spesso valorizzati¹⁸.

Si deve verificare, innanzitutto, se l'agente di polizia abbia effettivamente indotto l'altro soggetto al crimine e cioè se il reato sarebbe stato ad ogni modo commesso anche senza l'intervento esterno, valorizzando la preparazione del contegno concreto, le informazioni disponibili sull'attività criminosa pregressa e i motivi di sospetto¹⁹. Inoltre, può rilevare ai fini della comprensione della genesi del comportamento del provocato, ogni tipo di relazione avuta con l'agente provocatore, eventuali pressioni ricevute, ma soprattutto l'iniziativa nel fatto criminoso.

Fondamentale, infine, è la riconducibilità di tutta l'operazione alla supervisione dell'autorità giudiziaria, con l'effetto di non tollerare qualsiasi spontanea collaborazione disposta da privati ovvero da pubblici ufficiali in assenza della stringente subordinazione alle direttive dei superiori e della magistratura.

¹⁸ AA.VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di GAITO ALFREDO, CHINNICI DANIELA, Padova, Cedam, 2016.

¹⁹ v. Corte EDU 21.3.2002, FA 2002, 387.

Pietra miliare dell'orientamento della Corte Europea è la sentenza "*Teixeira de Castro c. Portogallo*"²⁰ che evidenzia soprattutto gli aspetti processuali dell'utilizzo distorto dell'agente provocatore.

Orbene, a conferma dei parametri distintivi tra attività lecita di infiltrazione e attività illecita di provocazione, la pronuncia censura la condotta degli agenti portoghesi, non solo perché si è accertato che il reato non sarebbe stato commesso senza il loro intervento, che per tale motivo è stato una *condicio sine qua non* del reato, ma anche perché esso non si inseriva in un contesto sorvegliato dall'autorità giudiziaria e nell'ambito di una missione ufficialmente autorizzata²¹; si aggiunga che nel caso concreto non vi erano elementi tali da poter sostenere con ragionevolezza che l'altro soggetto fosse dedito ad attività criminose o che vi fossero motivi di sospetto fondati tali da giustificare un'operazione di polizia.

La conseguenza dell'illiceità dell'intervento si riverbera sull'utilizzabilità processuale delle dichiarazioni degli agenti - fonte probatoria indispensabile per pervenire ad una sentenza di condanna del provocato - che non può essere affermata perché si tradurrebbe in una palese violazione dell'art. 6 Convenzione EDU per calpestamento dei diritti fondamentali dell'individuo, non conculcabili da un "abuso" dello Stato finalizzato alla repressione di un crimine che non è stato maturato e portato a compimento con volizione autonoma dal privato: l'interesse pubblico alla prevenzione e persecuzione di gravi crimini non può aggirare le regole di una corretta ed equa amministrazione della giustizia.

Inoltre, se l'accusato afferma di essere stato indotto al reato, il sistema procedurale interno deve far gravare sulla pubblica accusa l'onere di provare l'assenza di incitamento al crimine e, quindi, di *discovery* degli elementi di prova acquisiti in sede dibattimentale in favore dell'accusato; deve consentire, inoltre, all'imputato di proporre eccezioni difensive, garantendo un contraddittorio pieno e in condizioni di parità con l'accusa, e, soprattutto, un controesame adeguato dell'*undercover*-testimone²².

La Corte Europea, laddove si riscontri una vera e propria provocazione, riconosce l'incompatibilità della normativa nazionale con la Convenzione e si muove nell'alveo della violazione di norme di carattere strettamente processuale, come confermato dal richiamo della violazione dell'art. 6 CEDU, sebbene alcuni

²⁰ Corte EDU 9.6.1998; v. anche Corte EDU, 21.2.2008, Pyrgiotakis c. Grecia; Corte EDU 1.7.2008, Malininas c. Lituania.

²¹ Corte EDU., 30.10.2014, Nosko e Nefedov c. Russia.

²² Corte EDU 6.5.2003, Sequeira c Rep. Portogallo, LPen 2004, 139.

ritengano che si possa trarre direttamente dalle siffatte pronunce un'implicazione di carattere sostanziale, con l'effetto di riconoscere, per il solo fatto dell'incitamento al crimine non legittimo, una causa di non punibilità sostanziale a favore del provocato, che il giudice italiano dovrebbe applicare²³.

La posizione della giurisprudenza europea sui limiti della figura dell'agente provocatore, allora, si riverbera inevitabilmente sul trattamento giuridico del provocato. A dire il vero, prima di osservare la problematica dalla visuale dell'utilizzabilità degli elementi probatori, si è tentato nel variegato panorama dottrinale di affrontare la questione della responsabilità del provocato sul terreno sostanziale, essendo emersi orientamenti tesi a riconoscere l'insussistenza di profili oggettivi ovvero soggettivi delle fattispecie criminose allo stesso addebitate.

Secondo un primo punto di vista, si deve escludere la configurabilità del reato per assenza dell'offesa e, sul tema, è necessario rinviare alle considerazioni in precedenza svolte (*par.* 2.1.) sull'inidoneità dell'azione ad offendere il bene giuridico tutelato quando è predisposta preventivamente la forza pubblica o comunque un sistema di intervento degli agenti di pubblica sicurezza che paralizzino la lesività della condotta. Si è giunti alla conclusione dell'improponibilità di una soluzione siffatta sulla scorta di una certa lettura dell'offensività dell'azione, non eliminabile nella vicenda della provocazione.

Non pare, allo stesso modo, condivisibile concentrare l'attenzione sul terreno della colpevolezza del provocato per escludere la riprovevolezza della sua condotta per il solo fatto che essa sia stata generata dall'operazione non consentita dell'*undercover*. Ed invero, dal lato del provocato conta poco quali siano state le ragioni che abbiano spinto l'interlocutore all'azione, siano esse lecite o criminali, finendo per costituire dei meri motivi del fatto inidonei ad entrare a far parte degli elementi essenziali della fattispecie tipica²⁴.

Non praticabile è, inoltre, la non punibilità del provocato invocata senza richiamare alcuna norma specifica e precisa che la preveda espressamente, come accadrebbe avallando il modello di natura tedesca che prospetta l'esclusione di punibilità di carattere extralegale derivante dalla perdita di potestà statale di repressione del reato, a seguito del comportamento illecito del provocatore, che si riflette sulla posizione sostanziale del soggetto indotto al

²³ A. DI MARTINO, *Concorso di persone nel reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. DE FRANCESCO, Torino, 2011, 239.

²⁴ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, Giuffrè, 1991, 401.

crimine: il provocato ha subito un abuso nella gestione dell'operazione ed allora non merita di essere punito.

In realtà, una siffatta linea di pensiero consegnerebbe al giudice il potere di effettuare un giudizio arbitrario di natura politico-criminale, relativo agli effetti penali del disvalore dell'azione dell'agente, non sorretto da alcuna previa valutazione legislativa, quanto mai necessaria nella costruzione di norme penali. È vero che lo Stato può ritenere non opportuno sanzionare soggetti che abbiano commesso fatti tipici, antiggiuridici e colpevoli, ma deve farlo secondo canoni di ragionevolezza doverosamente presi in considerazione dal Parlamento, unico deputato a disciplinare la materia ex art. 25 co. 2 Cost., stante il carattere evidentemente penale della disposizione contenente una causa di non punibilità in senso stretto²⁵.

In assenza di norme sostanziali che si occupino della situazione del provocato e appurata l'impossibilità di giungere alla sua impunità sulla base di ragionamenti sistematicamente coerenti, giova prendere atto che è sul piano processuale che si gioca la partita dell'indotto al crimine, sulla scia di quanto si è andato delineando nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ci si è chiesti, quindi, se le prove raccolte dall'agente provocatore possano essere utilizzate nel processo intentato nei confronti del provocato per il reato da lui posto in essere.

Innanzitutto, si deve distinguere tra agente provocatore privato da quello pubblico. Infatti, nel caso di soggetto privato non si pongono i problemi di tutela del cittadino dagli abusi dello Stato nella repressione del crimine e nella raccolta del materiale probatorio: c'è un soggetto privato istigatore che non è tenuto istituzionalmente a fornire garanzie processuali al cittadino e, pertanto, non si segnala alcuna necessità di protezione del provocato che sarà punito se commette un crimine, al pari del provocatore.

Nel caso di agente pubblico, la norma che viene in rilievo è l'art. 191 c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla "legge".

Orbene, occorre accertare se le prove acquisite con l'intervento non consentito del provocatore, che non si è limitato all'attività di contenimento e osservazione del crimine, debbano essere considerate "illecite" o "illegittime", posto che sono differenti le ricadute sul piano pratico. Ed invero, si parla di illiceità quando l'elemento probatorio è acquisito in violazione di un divieto posto da una norma sostanziale, e, più nello specifico, di prova "incostituzionale" quando esso è

²⁵ C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, cit., 403.

ottenuto con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, scolpiti nella Carta Costituzionale. Al contrario, le prove sono "illegittime" quando si è violato un divieto previsto da una norma processuale.

Ciò chiarito, se si valorizza la considerazione che il provocatore commette un reato e, così facendo, porta nel processo una prova del crimine, si dovrebbe concludere per l'illiceità dell'elemento probatorio offerto, che, tuttavia, è una categoria non disciplinata espressamente dal codice di rito. L'art. 191 c.p.p., invero, fa un generico riferimento alla "legge" e, sebbene alcuni ritengano che la terminologia legislativa sia omnicomprensiva e si riferisca tanto alla legge sostanziale quanto a quella processuale²⁶, è ragionevole propendere per la tesi opposta di stampo esclusivamente processualistico²⁷ sia per la non equivocità della rubrica della norma (prove "*illegittimamente acquisite*" e non *illicitamente*), sia perché l'opinione tradizionale non ha mai posto in dubbio siffatta lettura e, quindi, una diversa interpretazione ad opera del nuovo codice avrebbe meritato una scelta espressa, di cui non c'è traccia nel testo normativo e nella Relazione al progetto preliminare.

Allo stesso modo, molto incerta è la figura della prova incostituzionale, che, nonostante delle aperture della Corte Costituzionale²⁸, che guarda talvolta con sfavore alle prove ottenute con lesione di diritti inviolabili dell'individuo per contrasto con gli artt. 2 e 13 ss. Cost. senza però prendere definitivamente posizione sul punto, non può essere facilmente delineata, in assenza ancora una volta di un riferimento espresso nel codice di procedura penale.

Ne deriva che l'art. 191 c.p.p. colpisce le prove acquisite in violazione di una norma processuale e, alla luce di ciò, se si qualificasse la prova fornita dal provocatore come illecita, si dovrebbe affermare la sua utilizzabilità nel processo e la possibilità di condannare il provocato, pur attinto da un'attività scorretta e abusiva dello Stato.

Tuttavia, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in sintesi richiamata consente di aderire ad una soluzione garantista e rispettosa dei diritti inviolabili, senza creare rotture con l'interpretazione tradizionale dell'art. 191 c.p.p. Infatti, la giurisprudenza europea che concretizza la Convenzione, incidente direttamente nel nostro ordinamento interno come parametro interposto ex art.117 Cost., reputa iniquo il procedimento contro il provocato che si fonda esclusivamente su elementi dimostrativi della sua condotta illecita raccolti

²⁶ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 157.

²⁷ G. CONSO- V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, 156.

²⁸ C. Cost., sent. n. 229/1998.

dall'agente provocatore, per violazione dell'art. 6 CEDU, norma processuale cui l'art. 191 c.p.p. non può non rinviare nell'ambito di una lettura convenzionalmente orientata.

Pertanto, il provocato risulta essere difeso grazie al complesso sistema di garanzie processuali che dimostra così la sua tenuta, non consentendo allo Stato di condannarlo, dopo averlo istigato al crimine.

Non si pongono, invece, problemi nel caso di operazione legittima dell'infiltrato di osservazione, contenimento e controllo del provocato, laddove la correttezza del suo operato permette l'utilizzabilità delle prove raccolte, nel rispetto del codice di rito e del parametro convenzionale.

6. Le figure specifiche di agente provocatore: il *fictus emptor* e il soggetto passivo del reato.

Come si è visto (v. *supra*) sono affiorate nella prassi ipotesi specifiche di agente provocatore, oggetto di attenzione di dottrina e giurisprudenza, in particolare il *fictus emptor*, molto diffuso nella lotta al traffico di stupefacenti, colui che finge di voler acquistare una partita di droga così da cogliere in flagranza lo spacciatore, e il soggetto passivo nei delitti di relazione, come truffa e concussione, che finge di subire la condotta di volta in volta punita dalla norma incriminatrice per lo stesso scopo repressivo.

Sembra che le speculazioni teoriche e le applicazioni giurisprudenziali sulle figure in esame costruiscano categorie autonome, talvolta trattate giuridicamente in modo diverso dall'agente provocatore in ragione della specificità degli ambiti in cui esse di regola si inseriscono. Tuttavia, non appare ragionevole costruire nuove tassonomie giuridiche in presenza di problematiche interpretative comuni alla figura generale di agente provocatore, ma è utile solo rimarcare le peculiarità che, all'interno dell'unica categoria, di volta in volta possono venire in rilievo.

Partendo dall'acquirente simulato, esso viene alla luce nei reati-contratto, dove è incriminata l'attività stessa di conclusione di un negozio giuridico, contrastante con le norme superiori di ordine pubblico.

Un orientamento, pertanto, prendendo le mosse dalla necessità della sussistenza di un accordo di natura civilistica, conclude per la mancata configurazione del crimine, difettando l'incontro di volontà visto che uno dei due soggetti non ha intenzione davvero di porre in essere la compravendita (di partita di sostanza stupefacente in particolare). Ne deriva, pertanto, che il fatto non è punibile

perché integra un reato impossibile, non essendoci alcuna possibilità di lesione del bene giuridico tutelato²⁹.

Sulla scia opposta si colloca la tesi che, invece, sottolinea che la compravendita si è realizzata ed è civilisticamente valida, perché ciò che conta è la manifestazione di volontà dell'agente, a prescindere dalle intenzioni interiori, che costituiscono una riserva mentale, come tale irrilevante³⁰.

Se è vero che questa impostazione valorizza principalmente gli elementi di un ramo dell'ordinamento che è autonomo sul piano dei valori e degli scopi rispetto al diritto penale, è innegabile, tuttavia, che si fa portatrice di un'esigenza di repressione fondamentale per gli obiettivi di politica criminale, rendendo non vano il ricorso all'agente provocatore. La giurisprudenza, allora, scindendo le posizioni dei soggetti coinvolti e ragionando in termini di realizzazione obiettiva del reato, sostiene che il provocato deve essere punito, mentre il provocatore resta impunito per assenza dell'elemento psicologico del dolo³¹.

Tuttavia, si può osservare in chiave critica che anche per il diritto penale non si può dare rilevanza ai motivi del foro interno che spingono il provocatore ad agire in quanto essi non fanno venire meno la volontà penalmente rilevante, salva la valutazione di attenuazione del disvalore in sede di applicazione delle circostanze. Semmai, la penale rilevanza può essere esclusa quando non si concretizzano gli elementi della fattispecie incriminatrice, come nella materia degli stupefacenti laddove manca nell'agente la finalità di spaccio richiesta per l'addebito dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990.

Nel diverso caso del provocatore che si finge soggetto passivo, occorre ragionare sulla base delle categorie dommatiche conosciute al diritto penale, e non su concetti di difficile collocazione sistematica, come quello di *apparenza* del soggetto passivo³².

Orbene, partendo dal caso esemplificativo del soggetto che si "lascia" truffare, si può riconoscere che il reato non si consuma visto che richiede un'induzione in errore che non si verifica nella realtà; l'attenzione deve spostarsi sulla configurabilità del tentativo e non può che rinviarsi alla problematica generale prima esaminata sulle concezioni sottese all'idoneità degli atti ex art. 56 c.p.

²⁹ Nel senso di reato impossibile per inidoneità dell'azione M. SALAMA, *L'agente provocatore*, Milano, 1964, 51 ss.; nel senso di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto G. SELLAROLI, *Agente provocatore e reato impossibile*, GP, 1960, II, 180 ss.

³⁰ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 250 ss.

³¹ Cass. sez. I, 19 dicembre 1986, n. 174666 rep.

³² A. DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, in *Studi Arturo Rocco*, vol. I, Milano, 1952, 332 ss.

Richiamando ancora una volta la soluzione senz'altro prevalente secondo cui il giudizio di idoneità va affrontato *ex ante* alla luce delle conoscenze dell'uomo medio, il tentativo in capo al provocato deve essere affermato in ragione dell'estraneità al contesto epistemologico dell'elemento soggettivo della persona offesa, che non può condizionare quindi la qualificazione della condotta del reo.

7. Riflessioni conclusive.

La disamina sullo stato dell'arte nella delicata materia dell'agente provocatore mostra, in definitiva, in assenza di una regolamentazione generale ad opera del legislatore, un atteggiamento molto cauto della giurisprudenza e tentativi solo dottrinali di allargare in termini universali l'impunità facendo leva talvolta sul reato impossibile, talaltra sulle cause di giustificazione o sull'esclusione della colpevolezza.

Tra i due poli delle necessità politico-criminali – che premono per un allargamento della liceità dell'intervento provocatorio – e del rispetto delle garanzie del cittadino – che consigliano una forte circoscrizione dell'operato dell'*undercover* – la Suprema Corte si pone chiaramente sulla seconda sponda e, guardando con poca fiducia tanto al provocatore pubblico quanto a quello privato, finisce in definitiva per giustificare solo l'attività del funzionario pubblico che osserva, controlla e contiene la condotta criminosa altrui.

In particolare, da una parte sembra che non vi sia alcuno spazio per lasciare impunito il provocatore privato e si tratta di una scelta sacrosanta in quanto lo Stato non può lanciare il messaggio che chi si adopera con qualsiasi modalità ad "incastrare" altri soggetti sarà premiato, rinunciando alle conquiste dei principi di libertà e rispetto dei diritti inviolabili, ormai introiettate nel proprio patrimonio culturale e giuridico; dall'altra, l'ordinamento si muove nel senso di giustificare l'agente pubblico seppur con una certa diffidenza che promana dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Il legislatore, invero, codifica e rende lecite solo alcune condotte criminose con precisione tratteggiate a condizione che osservino le modalità e le forme di controllo dell'autorità giudiziaria legalmente scolpite, con riferimento esclusivamente alle fattispecie di reato a monte selezionate; la Cassazione, da parte sua, richiama la scriminante dell'adempimento del dovere, che, tuttavia, si rivolge ad azioni marginali dell'operatore pubblico di osservazione, controllo e contenimento, soggetto che mai potrà concorrere in alcun modo nel reato del provocato. Anzi, risulta anche difficile ipotizzare casi del genere che non siano

leciti già perché atipici rispetto alla fattispecie incriminatrice, in quanto non causalmente rilevanti, senza la necessità di invocare la causa di giustificazione. La prudenza della giurisprudenza va condivisa così come il metodo legislativo di selezionare ipotesi particolari di non punibilità per evitare comportamenti arbitrari e abusivi del funzionario pubblico e il conseguente rischio di ingenerare un senso di sfiducia o anche di timore dei consociati nei confronti dei rappresentanti dello Stato, chiamati, invece, a proteggere i diritti fondamentali. Nello stesso tempo, non può non darsi atto di un'esigenza di maggiore controllo e repressione di fenomeni criminosi che restano troppo spesso sommersi a causa della difficoltà di ottenerne la prova o anche la conoscenza per l'assenza tanto di testimoni quanto di soggetti che abbiano interesse a denunciare: si pensi ai fenomeni di corruzione che avvengono di nascosto e tra soggetti correi che si impegnano a mantenere oscura la vicenda delittuosa così come nel contrabbando.

Allora, in queste ipotesi individuate a titolo meramente esemplificativo come in altre, la figura dell'agente provocatore si può rivelare strumento molto utile di repressione perché vi sia una concreta sanzione e non solo la minaccia della pena per gravi e abietti crimini molto diffusi nella realtà moderna, percepiti dalla collettività, eppure per diversi motivi troppo spesso impuniti.

Si potrebbe, pertanto, profilare non tanto un allargamento sconsiderato e irrazionale della figura del provocatore, ma una continuazione dell'opera iniziata dalla legge nel 1990, portata avanti successivamente, di codificazione di modelli di impunità, che abbia gli stessi punti fermi della determinatezza delle attività giustificabili, dell'individuazione di funzionari rigorosamente pubblici o stretti ausiliari come autori delle operazioni, della stretta sorveglianza e direzione della magistratura e della selezione delle fattispecie criminose, con un attento affinamento delle tecniche investigative alla luce della rapida evoluzione tecnologica e un loro adeguamento alle peculiarità dei delitti di nuova introduzione.

Solo un prudente, saggio e ben dosato ampliamento della sfera di impunità del provocatore pubblico può essere in grado di non rompere il difficile equilibrio tra esigenze repressive e presidio delle libertà.

Time Charterparty: characteristics, rights and duties of the charterer and of the shipowner.

di Sergio NAPOLITANO*

The aim of this work is to provide an overview of the time charter, outlining its main characteristics as well as the rights and duties of the shipowner and of the charterer.

“Under a time charterparty the shipowner undertakes to make the vessel available to the charterer for the purpose of undertaking ballast and loaded voyages as required by the charterer within a specified area over a stated period of time¹”.

Hence, it can be easily assumed that a time charter is a contract for the use of the vessel within agreed trading limits for a specified period of time.

Under this type of contract, the possession of the vessel remains with the owner² who is entitled to the payment of hire and who has to bear the ordinary running costs of the ship, such as costs of the crew and costs of insuring the vessel, whereas, the costs of bunkers, stevedoring, pilotages and port charges will normally be borne by the charterer.

Under this contract, as maintained by Schelin, the charterer will have to pay hire for every day he uses the ship, with the exception of off-hire deductions³, which will be later analysed.

It can, therefore, be understood that the element of risk lies on the charterer. As a matter of fact, the longer the vessel takes to reach a certain port, the more hire and the more bunkers the charterer will have to bear.

Consequently, it is highly important for the charterer that the vessel does not delay during the voyage and that she proceeds with utmost dispatch.

Subsequently, a time charter can be considered to be beneficial for a shipowner if the market is stable or when it is highly likely that it will drop because he will get regular income and additionally, his income will be higher than the one he might get on the open market.

* Sergio Napolitano, Phd Candidate.

¹ *Skibsaktieselskapet Snefonn, Skibsabsjeselskapet Bergehus and Sig Bergesen DY & Co v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1975] 1 Lloyd's Rep. 422.

² *Scandinavian Trading Tanker Co AB v Flota Petrolera Ecuatoriana* [1983] 2 Lloyd's Rep. 253; *Port Line v Ben Line* [1958] 1 Lloyd's Rep. 290.

³ Johan Schelin, *Modern Law of Charterparties: IX Hässelby Colloquium 2001* (Axel Ax: son Johnson Institute of Maritime and Transport Law, University of Stockholm 2003) 171.

On the other hand, a time charter can be considered to be beneficial for a charterer when the market is stable or when it is highly probable that it will rise because in that circumstance, he will pay a lower hire than he might otherwise pay on the open market.

At this stage, it is worth identifying the duties of the shipowner and the duties of the charterer.

First and foremost, it does not matter which type of charter is involved, whether it is a time charter, a voyage charter or a bareboat charter, the shipowner will always be obliged to provide a ship which is seaworthy.

This duty can be express if stated under a precise clause, or it can be implied by law⁴.

Under common law the meaning of seaworthy is considered to be the following: "a vessel must have that degree of fitness which an ordinary careful and prudent owner would require his vessel to have at the commencement of her voyage having regard to all the probable circumstances of it"⁵.

Regardless of the type of charter involved, the contract might incorporate the Hague or the Hague-Visby Rules through a Paramount Clause.

This is an element of considerable importance because article 3 Rule 1 of the Hague and of the Hague-Visby Rules provides that "the carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence: to make the ship seaworthy, to properly man, equip and supply the ship and moreover, to make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which the goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation".

Therefore, it can be assumed that under both Rules, the carrier's duty is to provide a ship which is seaworthy in fact.

Hence, this duty to exercise due diligence must be fulfilled before, namely, at all times up to the beginning of the voyage and at the beginning of it.

It should be noticed that under the Rules the reference is to the carrier, which can be either the shipowner or even the charterer.

When considering the element of seaworthiness, it must be stressed that a vessel can be unseaworthy not only for causes which regard the ship itself, for instance, the hull, but also for other reasons such as, having an incompetent

⁴ *Kapitoff v Wilson* [1876] 1 QBD 602.

⁵ *McFadden v Blue Star Line* [1905] 1 KB 697.

crew or master⁶, or having a crew which is insufficient in numbers, or also having out of date charts⁷.

The same result will be reached when the vessel does not have the documents required by law on board, for instance, the lack of the Ship Sanitation Control Certificate might lead to the unseaworthiness of the vessel⁸.

One further point that shall be added is that it is necessary to stress that the category of seaworthiness encompasses another one, that is cargoworthiness. As a matter of fact, the vessel must be reasonably fit to receive and carry the contemplated cargo, hence, a ship can be unseaworthy due to the presence on board of other cargoes⁹.

Focusing on the other party, therefore, on the charterer, under a time charter, the charterer has the right to give employment orders, consequently, orders which concern the commercial operation of the vessel.

This is a fundamental right given to the charterer which allows the charterer to have the ship at his complete disposal. The charterer can then decide where the ship shall go, what she shall carry and how she shall do it¹⁰.

One of the main duties of the charterer is the duty to pay hire to the shipowner. As maintained even by Williams, under time charters, hire is payable continuously, in full and in advance¹¹.

It can be understood that hire must be paid before the performance is due, hence in advance and in full, subsequently for the full period of the performance. If it can be stated with absolute certainty that the charterer has a duty to pay hire continuously, in full and in advance, it is also undoubtedly true that the charterer has the right to place the vessel off-hire in certain circumstances. However, if the charterer intends to place the vessel off-hire, he has the onus of proving that there has been an event which triggers the off-hire clause and that this precise event has caused time to be lost.

Taking into account clause 17 of the NYPE¹² 2015, there are some specific events which can trigger the off-hire clause.

Only the most common ones will be mentioned. For example, loss of time caused by deficiency and/or default and/or damage to hull, machinery or equipment,

⁶ *Lemar Towing Co v Fireman's Fund Insurance Company* [1973] AMC 1843.

⁷ *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S* [1984] A.C. 563 H.L.

⁸ *Cheikh Boutros Selim El-Khoury v Ceylon Shipping Lines Ltd* [1967] 2 Lloyd's Rep 224.

⁹ *Empresa Cubana Importada de Alimentos Alimport v Iasmos Shipping Co Sa* [1984] 2 Lloyd's Rep. 586.

¹⁰ *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [2001] AC 638.

¹¹ Richard Williams, *Gard Guidance on Maritime Claims and Insurance* (Gard AS 2013) 141.

¹² New York Produce Exchange.

and grounding of the vessel, they can all give the charterer the right to place the vessel off-hire.

Additionally, the clause goes further because it uses the following wording "any other similar cause" preventing the full working of the vessel. The wording "any other similar cause" must be treated *ejusdem generis*, consequently, it must be of the same nature, of the same kind, therefore, it must be something which is internal to the ship.

Had the clause provided a different wording, for instance, "any other cause whatsoever", then it would not have been necessary to read the words *ejusdem generis*, therefore, it would have been sufficient even an external cause¹³.

In the opposite situation, where the charterer has not paid hire, the shipowner will have different remedies. He might be entitled to claim damages for unpaid hire, he might have the right to withdraw the vessel, or he might have the right to suspend the services.

Another duty which rests on the charterer is the duty not to ship dangerous goods. This duty is identifiable not only under time charters, but also under voyage and bareboat charters. Subsequently, non-compliance of the charterer with this duty, makes him strictly liable towards the shipowner.

Furthermore, in conclusion, it is necessary a quick mention of the overlap and underlap since the charterer is under a duty to redeliver the vessel on time.

The case of underlap occurs when the vessel is redelivered before the expiry of the charter, conversely, the overlap occurs when the ship is redelivered after the expiry of the contract.

In both cases, the shipowner will be entitled to claim damages. In the case of underlap, when there is an available market, the damages will be in the form of the difference between the hire rate and the market rate¹⁴, whereas, when there is not an available market, it will be the arbitrator who should try to assess the actual loss, taking into account the prospect of fixing the vessel for charters in the spot market¹⁵.

Conversely, in the case of overlap, damages will be in the shape of the difference between the charter rate and any higher market rate for the overlap period¹⁶.

¹³ *Belcore Maritime Corporation v Fratelli Moretti Cereali Spa* [1983] 2 Lloyd's Rep. 66.

¹⁴ *Tharros Shipping Co Ltd and Den Norske Bank Plc v Bias Shipping Ltd, Bulk Shipping AG and Bulk Oil AG* [1994] 1 Lloyd's Rep. 533.

¹⁵ *Glory Wealth Shipping PTE Ltd v Korea Line Corporation* [2011] 2 Lloyd's Rep. 370.

¹⁶ *Watson v Merryweather* [1913] 18 Com. Cas. 294.