



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento

di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro

Indirizzo Diritto Privato nella Dimensione Europea

Ciclo XXV

**GLI INTERVENTI DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO
RELATIVI AGLI ATTI DI CARATTERE PERSONALE
DEL BENEFICIARIO**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Supervisore: Ch.mo Prof. Renato Pescara

Dottorando: Nicola Orlando

Indice

Premessa	p.	9
----------------	----	---

Parte Prima

L'ORDINAMENTO ITALIANO

Capitolo Primo

LA PERSONALIZZAZIONE DELLA TUTELA DEL SOGGETTO DEBOLE

1. Tutela personale e patrimoniale: la duplice funzione dell'amministrazione di sostegno.....	p.	19
1.1 La prevalente natura personale dell'amministrazione di sostegno nella lettera della norma	p.	26
1.2 La lacunosa normativa sull'amministrazione di sostegno	p.	31
1.3 Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno: tre misure a confronto.....	p.	40
1.4 L'attività dell'amministratore di sostegno: tra rappresentanza e assistenza del soggetto debole.....	p.	50

Capitolo Secondo

LA NATURA DEGLI ATTI DI CARATTERE PERSONALE DEL BENEFICIARIO

2. Nozioni generali	p.	53
2.1 La nozione di “atto personalissimo” e di “atto personale”	p.	56
2.2 Il criterio per la valutazione dell’autonomia del soggetto debole: la capacità d’intendere e volere	p.	61
2.3 L’amministratore di sostegno riguardo agli atti di carattere personale del beneficiario: rappresentante, curatore o <i>nuncius</i> ?	p.	63
2.4 L’art. 394 c.c.: una chiave di lettura dell’attività di assistenza dell’amministratore di sostegno	p.	65
2.4.1 L’irrilevanza della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione	p.	68
2.4.2 Il concetto di assistenza	p.	71

Capitolo Terzo

ATTI PERSONALI E ATTI PERSONALISSIMI: AREA E LIMITI DI INTERVENTO DELL'AMMINISTRATORE E DEL GIUDICE TUTELARE

3. Questioni generali.....	p.	75
3.1 Limitata capacità del beneficiario e atti personalissimi.....	p.	77
3.1.1 Limitazioni e preclusioni ex art. 411, u. co., c.c.: possibili strumenti di protezione per il beneficiario.....	p.	79
3.1.2 L'art. 411, ult., co., c.c.: <i>l' extrema ratio</i>	p.	83
3.2 Il criterio guida del giudice tutelare e dell'amministratore di sostegno: la volontà del beneficiario	p.	89

Capitolo Quarto

L'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO A FRONTE DI DECISIONI SANITARIE

4. I trattamenti sanitari: l'imprescindibilità del consenso e l'impossibilità di esprimerlo al momento della loro esecuzione.....	p.	93
4.1 Le figure di "sostegno" del paziente "debole": il giudice tutelare	p.	95
4.1.1 L'amministratore di sostegno	p.	98
4.1.2 Il medico.....	p.	105
4.2 Amministrazione di sostegno e direttive anticipate.....	p.	109
4.2.1 Il ruolo dell'amministratore di sostegno a fronte di direttive anticipate.....	p.	112
4.2.2 La proposta di legge.....	p.	113

4. Riflessioni	p.	117
----------------------	----	-----

Capitolo Quinto

ATTI DI NATURA PERSONALE IN AMBITO FAMILIARE: DALL'ATTO PERSONALISSIMO DEL MATRIMONIO A QUELLI PERSONALI DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

5. La capacità di contrarre matrimonio del beneficiario di amministrazione di sostegno	p.	119
5.1 Il ruolo del giudice tutelare alla luce dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c.....	p.	122
5.2 Il ruolo dell'amministratore di sostegno	p.	125
5.3 L'area di autonomia dell'amministratore di sostegno in ipotesi di separazione e di divorzio del beneficiario	p.	126
5.4 Riflessioni	p.	150

Capitolo Sesto

ALTRI ATTI PERSONALISSIMI: IL TESTAMENTO E LA DONAZIONE

6.	Il testamento: aspetti generali.....	p.	153
6.1	Testamento e amministrazione di sostegno: lo spazio d'autonomia dell'amministratore di sostegno e del beneficiario.....	p.	158
6.1.1	Il testamento olografo.....	p.	163
6.1.2	Il testamento pubblico.....	p.	167
6.1.3	Il testamento segreto.....	p.	169
6.1.4	I testamenti speciali.....	p.	171
6.2	L'accettazione e la rinuncia dell'eredità del beneficiario di amministrazione di sostegno.....	p.	172
6.3	La (in)capacità a succedere dell'amministratore di sostegno.....	p.	174
6.4	La donazione: aspetti generali.....	p.	177
6.5	La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno: tra volontà presunta e volontà "ricostruita".....	p.	187
6.7	Riflessioni.....	p.	192

Parte Seconda
L'ORDINAMENTO SPAGNOLO

Capitolo Settimo

**IL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI SOGGETTI
DEBOLI NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO**

7. Introduzione.....	p.	195
7.1 Il sistema di protezione delle persone deboli dell'ordinamento spagnolo: aspetti generali	p.	200
7.1.1 La tutela	p.	208
7.1.2 La curatela.....	p.	212
7.1.3 Le altre misure di protezione.. ..	p.	214
7.2 Gli atti della sfera personale: aspetti generali.. ..	p.	216
7.2.1 Matrimonio	p.	218
7.2.2 Separazione e divorzio.....	p.	220
7.2.3 Atti medici: il consenso informato.....	p.	227
7.2.3.1 Il consenso por representación.....	p.	230
7.3 Testamento	p.	233
7.4 Donazione.....	p.	236
7.5 Riflessioni	p.	243
Conclusioni	p.	243
Bibliografia.....	p.	253
Giurisprudenza.....	p.	275
Giurisprudenza Straniera	p.	279
Altre fonti legislative.....	p.	280

PREMESSA

La presente trattazione si propone di esaminare e definire i limiti entro i quali può svolgersi l'attività dell'amministratore di sostegno in relazione agli atti di natura personale e personalissima del beneficiario.

La legge sull'amministrazione di sostegno ha introdotto all'interno del diritto privato, e in particolare nel diritto delle persone, una logica profondamente innovatrice per quanto riguarda gli strumenti di tutela che si applicano ai soggetti deboli¹. Oltre le innovazioni formali, con la maggior speditezza del procedimento, l'amministrazione di sostegno si è presentata, fin da subito, come un modello di protezione ispirato all'esigenza di soddisfare i bisogni della vita quotidiana dei soggetti deboli, in quanto non autosufficienti².

1 A seguito della legge 6/2004, il cui testo, approvato dalla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2003, nonché dalla Commissione di Giustizia del Senato il 22 dicembre 2003 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 gennaio 2004, serie gen., n. 14, nel cui testo l'uso del termine "incapace" viene meno e lascia spazio ad una terminologia «neutra e, dal punto di vista semantico, innovativa rispetto al tradizionale lessico codicistico». Così, R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno*, Maggioli, 2009, p. 160. L'autore osserva che il legislatore, introducendo l'istituto dell'amministrazione di sostegno, ha voluto optare per una terminologia neutra, asettica e «che non contenga alcun tasso di discriminazione, alcuno stigma sociale o giuridico». Basti pensare ai termini "interessato" (art. 405 c.c.), "persona interessata" (art. 405 c.c.), "soggetto beneficiario" (art. 406 c.c.), "persona cui il procedimento si riferisce" (art. 407 c.c.), "persona del beneficiario" (art. 408 c.c.). Ancora, sul punto, parlando di "quasi incapace", si veda G. BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, artt. 404-413, in P. Schlesinger, *Il codice civile, commentario* (fondato da), Giuffrè, 2008, p. 337.

2 L'importanza dell'istituto dell'amministrazione di sostegno era già stato affrontato da R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Tratt. Rescigno*, III, Torino, 1997 (e 2003), 761. L'autore, partendo dalla proposta di riforma della disciplina privatistica dell'infermità mentale elaborata nel 1987 da un gruppo di studiosi coordinato da Paolo Cendon (alla quale fu dato impulso attraverso il convegno di Trieste nel giugno del 1986 intitolato "Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione"), è stato uno dei primi a evidenziare la necessità di restituire

Più specificamente, possono individuarsi due principi a base dell'istituto dell'amministrazione di sostegno: la flessibilità e la proporzionalità.

Per quanto riguarda la flessibilità, il contenuto e l'estensione dei provvedimenti non sono individuati in modo standardizzato, bensì sono costruiti di volta in volta da parte del giudice sulla base delle esigenze concrete di ciascun disabile. Inoltre l'istituto è suscettibile di adeguamento successivo, in quanto il giudice tutelare può in ogni tempo modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina.

Per quanto attiene al principio della proporzionalità, il provvedimento, dovrà rispecchiare un equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione, assicurando al beneficiario tutti gli strumenti di assistenza di cui ha bisogno, senza limitarne la capacità oltre quanto risulti necessario e sufficiente in concreto per garantire la protezione dei suoi interessi patrimoniali ed esistenziali³. A tal proposito, l'art. 408 c.c.

una maggiore soggettività alle persone incapaci. Condivide tale orientamento C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di) - Quaderni di Familia-, 2005, p. 108. Quanto al testo di riforma si veda P. Cendon, *Infermi di mente ed altri "disabili"*, in una proposta di riforma del Codice Civile, in *Politica del diritto*, 1987 p. 621 e ss. Per un'attenta analisi sulla struttura della legge 6/2004 v. U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, V, 2004, p. 993 e 1000.

³ Si precisa, come osservato da autorevole dottrina (F. RUSCELLO, «*Amministrazione di sostegno*» e tutela dei «*disabili*». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium Iuris*, 2004, 2, p. 153), che con l'espressione "interessi esistenziali" si vuole fare riferimento non agli atti patrimoniali, bensì a quelli che sono espressione della personalità dell'individuo, delle «*libertà individuali*». Nel corso della trattazione si farà uso dell'espressione "esistenziale" considerando tale significato. Si veda anche G. LISELLA *Interdizione per infermità di mente e situazioni esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 738 ss.; U. MORELLO, *I fondamenti costituzionali dell'amministrazione di sostegno e La costituzionalità dell'istituto*, in P. Cendon e R. Masoni, *Amministrazione di Sostegno: questioni e soluzioni*, (a cura di), Maggioli, 2009, p. 32; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 4, Giuffrè, 2005, p. 37. Sulla prevalente tutela del piano personale del soggetto

prevede che *“la scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario”*, sottolineando come il punto di riferimento dell'istituto sia appunto il complesso degli interessi personali dello stesso. Ancora, l'art. 410 c.c. precisa in tal senso che *“nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario”*. Pertanto, la regola sarà la salvaguardia della capacità d'agire del soggetto debole e l'eccezione sarà la limitazione di tale capacità, come peraltro si desume anche dal disposto degli artt. 409 c.c., 1° e 2° comma. Infatti, solo quando il soggetto debole risultasse incapace di provvedere da solo all'espletamento degli atti di vita quotidiana⁴, allora il giudice dovrà farne menzione nel decreto di nomina

debole, si veda L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, p. 662, nt 12.

4 A differenza dell'istituto dell'interdizione che trova applicazione solo a fronte di soggetti infermi nei termini ex art. 414 c.c., l'istituto dell'amministrazione di sostegno appare essere una misura di tutela maggiormente flessibile, da ritagliare sulla sagoma del soggetto debole. Sul punto, si veda L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit. p. 661; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Schlesinger*, V, Milano, 2004, p. 4198 ss; P. CENDON, *La follia si addice ai convegni*, in G. Ferrando - G. Visintini, *Follia e diritto* (a cura di), Torino, 2003, p. 43; R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 160. D. SIMEOLI, voce *“Amministrazione di sostegno”*, II, (profili sostanziali), in *Enc. Giur., Treccani*, 2007, p. 5, dove osserva che *«se si considera che l'art. 404 c.c. tra i suoi presupposti non esclude l'impossibilità totale e permanente...»*. Infatti, l'art. 404 c.c. prevede che l'amministrazione di sostegno possa essere istituita a favore del soggetto che [...] per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi [...]. Il che equivale a dire che non solo potranno trovare sostegno e protezione quei soggetti che, tradizionalmente, rischiavano di rimanere senza un'adeguata tutela perché affetti da “debolezze” di dubbia qualificazione sia in termini di interdizione, sia di inabilitazione ma, altresì tutti quei soggetti inequivocabilmente idonei ad essere interdetti o inabilitati, prevedendo altresì in maniera flessibile (e in base ai presupposti di fatto da accertare di volta in volta), la possibilità di passaggio da una situazione di “debolezza” all'altra (art. 406 c.c., 2° comma e art. 418 c.c., 3° comma). Ciò in quanto la scelta della misura da applicare al soggetto debole viene effettuata dal giudice tutelare non secondo il grado di intensità della malattia di cui è affetto il destinatario, bensì in virtù della misura di tutela che risulterà essere la più idonea ad assicurare la maggior protezione all'individuo debole a costo della minor limitazione della capacità d'agire dello stesso. In altre parole, la scelta prioritaria ricadrà sull'istituto

(art. 405 c.c.) e dettagliatamente indicare gli atti rispetto i quali ritenga che il soggetto debole possa avere una più o meno limitata forma d' incapacità. In tali casi, eccetto quelli in cui il giudice ritenga che il soggetto sia autonomo, essenziale e centrale sarà l'attività dell'amministratore di sostegno. Infatti, sempre nel decreto di nomina il giudice indicherà gli atti che l'amministratore dovrà svolgere in nome e per conto del beneficiario e quelli cui potrà solo prestare assistenza mantenendosi il potere di compimento in capo al beneficiario.

È però da chiarire ciò che si intende per attività di assistenza. La necessità di fare chiarezza in merito alla suddetta problematica risulta di maggior interesse soprattutto con riguardo a quegli atti per i quali il legislatore non ammette rappresentanza, ovvero vieta che siano compiuti da un terzo, anche se in nome e per conto del legittimo titolare: gli atti di natura personalissima.

La legge sull'amministrazione di sostegno si è subito presentata come una misura di protezione dei soggetti deboli destinata a oltrepassare gli schemi tradizionali propri del diritto delle incapacità, la cui rigidità,

dell'amministrazione di sostegno ma solo laddove l'esigenza di tutela risulti concretamente effettiva. In tali termini anche U. MORELLO, *I fondamenti costituzionali dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 30, nella parte in cui, in considerazione alla sentenza del 12 settembre 2005 (in www.personaedanno.it) emessa dal tribunale di Venezia, osserva che «il tribunale di Venezia ha, quindi, correttamente ritenuto che l'obbligo della Repubblica sia rivolto anche ai magistrati, i quali debbono adottare provvedimenti "solidaristici", ai sensi dell'art. 2 della Costituzione stessa, consistenti proprio nel garantire servizi e sostegni che migliorino la qualità della vita delle persone più svantaggiate...si tratta di un provvedimento molto interessante, perché argomenta sulla necessità giuridica di fondare la scelta dell'amministratore di sostegno sugli articoli 2,3 e 32 della Costituzione, in quanto la legge n. 6/2004 garantisce, molto più dell'interdizione, i diritti delle persone una volta qualificate dal codice civile come "incapaci di intendere e di volere"». F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., pp. 181, 183, 189; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., pp. 660 e 661.

per quanto criticata per essere troppo restrittiva e limitativa nei confronti della persona disabile e maggiormente orientata a una tutela patrimonialistica, è risultata inattaccabile soprattutto rispetto agli atti di natura personalissima, i quali non possono, per la loro intrinseca natura, essere oggetto di strumenti rappresentativi.

L'art. 409 c.c. recita *“il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana”*.

Questo articolo rappresenta la chiave di lettura della natura dell'attività cui è chiamato l'amministratore di sostegno. Viene capovolta la logica tradizionale, secondo cui la patologia psichica del soggetto infermo non potrebbe trovare altra risposta se non su base automatismi imperniati sul binomio concettuale capacità-incapacità, cui si faceva rinvio a prescindere da un effettivo apprezzamento concreto della situazione patrimoniale e personale del soggetto incapace e dei suoi bisogni. Com'è noto, infatti, l'interdetto è sostituito in tutte le attività giuridiche a contenuto patrimoniale, di ordinaria e straordinaria amministrazione, dal suo tutore fino a considerarsi un *alter ego* del soggetto disabile. Per gli atti di natura personalissima era (ed è) rintracciabile un divieto di compimento sia per lo stesso soggetto disabile, sia mediante il suo tutore.

È proprio dalla funzione sottesa all'amministrazione di sostegno, ovvero tutelare il soggetto debole ma con la minore limitazione della sua

capacità d'agire, che tale istituto appare destinato a oltrepassare gli schemi tradizionali propri del diritto delle incapacità la cui rigidità è risultata controproducente ai fini di un'effettiva protezione dei soggetti deboli.

Pochi dubbi sussistono sul fatto che non siano riconosciuti all'amministratore di sostegno solo compiti di amministrazione patrimoniale, ovvero che possano essere compresi anche compiti relativi alla cura della persona. A ragione di ciò, può citarsi l'art. 408 che prevede che la scelta dell'amministratore di sostegno avvenga con esclusivo riguardo *alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario*. Ancora, l'art. 44 delle disposizioni di attuazione prevede che il giudice tutelare possa impartire all'amministratore *istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del beneficiario*. Quanto detto non lascia dubbi sul fatto che la tutela sottesa all'amministrazione di sostegno non sia limitata ai soli interessi patrimoniali, ben potendosi estendere anche alla cura della persona del beneficiario⁵.

In effetti è connaturata alla figura dell'amministrazione di sostegno la circostanza secondo cui i compiti e le funzioni dell'amministratore sono

⁵ A questo riguardo si pensi in primo luogo alla gamma delle attività che possono riguardare gli interessi in senso lato patrimoniali del disabile: dalla semplice riscossione di una pensione, al pagamento delle bollette per le utenze domestiche, alla gestione di un immobile di proprietà del disabile dato in locazione, ad una pratica tributaria od amministrativa, ai rapporti bancari, alle attività legate ad esigenze abitative del disabile stesso, tra cui contratti di locazione, rapporti condominiali, ed ancora alla decisione di vendere un bene e dunque alla necessità di fare un contratto, ovvero alla decisione di investire un reddito e quindi di acquistare uno o più beni oppure valori mobiliari ed infine alla decisione di donare un bene o di disporre per testamento. Altre tipologie di atti possono riguardare invece interessi di natura personale o familiare: si pensi a decisioni relative a trattamenti terapeutici, alla prestazione del consenso riguardo ad interventi chirurgici, alle decisioni concernenti un ricovero, fino a decisioni ed attività che riguardino la vita familiare: il riconoscimento di un figlio naturale, le iniziative riguardanti una separazione personale tra i coniugi o lo scioglimento del matrimonio non escludendo anche il caso in cui un disabile intenda sposarsi o risposarsi.

rimesse per ciascun caso alla statuizione del giudice tutelare cui compete la decisione su dette funzioni e modalità. Ciò in quanto, la legge non indica in modo puntuale quali possano essere i compiti che l'amministratore dovrà svolgere, né le modalità di attuazione degli stessi, i quali saranno rimessi al potere discrezionale del giudice tutelare. I poteri dell'amministratore di sostegno vengono ora iscritti nello schema dell'amministrazione sostitutiva da un lato e dell'amministrazione di assistenza dall'altro e viene ad essere definito "in negativo" l'ambito dell'area di incapacità che investe il beneficiario.

Orbene, la sfera di attività coperta dall'amministrazione di sostegno potrà, quindi, estendersi da una mera attività di assistenza sino ad un'attività di vera e propria sostituzione. Entrambe potranno riguardare la generalità di atti giuridici oppure esaurirsi in un solo atto del beneficiario (si pensi ai problemi relativi a decisioni da assumere in relazione ai trattamenti terapeutici o alla manifestazione di consensi relativi a interventi chirurgici). Certo è che tali attività dovranno essere dettagliatamente indicate nel decreto di nomina *ex art. 405 c.c.* o in un successivo provvedimento integrativo. Problemi analoghi si pongono con riferimento agli atti cosiddetti personalissimi ad esempio il matrimonio, il testamento e donazione. La diatriba trova origine nell'istituto dell'interdizione e, nello specifico, nel fatto che la preclusione totale al compimento di tali atti comporta un'esclusione così radicale da comportare un'estensione della compromissione della capacità d'agire anche alla capacità giuridica. Ciò in quanto precludere la capacità d'agire

a compiere un atto equivale a negare a monte l'esistenza dell'atto stesso e di tutti i correlati diritti. Per quanto riguarda il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non sembrano, invece, esservi preclusioni di sorta, almeno non in maniera automatica. Il giudice, laddove volesse limitare l'attuazione di tali atti, una volta valutato il grado di riduzione di capacità del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno⁶, potrebbe farlo includendoli nel decreto *ex art. 405 c.c.* con la sola forma dell'assistenza (essendone negata la rappresentanza) o, indirettamente, mediante l'art. 411 c.c., ultimo comma che prevede la possibile estensione di alcuni effetti dell'interdizione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno⁷.

Il giudice dovrà svolgere un ruolo centrale, dato che in maniera puntuale dovrà elencare gli atti verso i quali l'amministratore potrà avere un potere di vera e propria rappresentanza, potendo egli agire in nome e per conto del soggetto disabile, nonché quelli per i quali invece potrà svolgere un'attività di sola assistenza, in quanto l'effettivo compimento sarà rimesso al soggetto beneficiario (titolare effettivo delle situazioni giuridiche scaturenti da tali atti). In dottrina l'orientamento prevalente tende a ritenere che il suddetto concetto di assistenza deve essere inteso negli stessi termini in cui viene vista l'attività di assistenza che il curatore

6 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 661.

7 A riguardo è stato precisato che il Giudice tutelare al fine di applicare tale estensione non dovrà prendere in considerazione meramente il singolo interesse del beneficiario ma, al contrario, dovrà bilanciare tale interesse con altri eventualmente presenti, a carattere individuale o generale (come l'affidamento dei terzi). Sul punto si veda L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 663, nt 15; M. DOSSETTI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, p. 97.

svolge nei confronti del minore emancipato e del soggetto inabilitato⁸ (art. 394 c.c.). Infatti, il curatore, a differenza di quanto accade per il tutore, non ha la rappresentanza del soggetto parzialmente incapace (o parzialmente capace)⁹.

La norma richiamata sembra, però, considerare due differenti attività assistenziali. In altre parole, pur volendo adottare la disciplina sulla curatela come punto di riferimento, si pone il quesito se l'amministratore di sostegno dovrà svolgere un'attività di assistenza nei termini *ex art. 394 c.c.*, 2° comma o, al contrario in quelli *ex art. 394 c.c.*, 3° comma, c.c.

La dottrina prevalente abbraccia la seconda delle due soluzioni prospettate. Il che equivale a dire che l'attività di assistenza, demandata all'amministratore di sostegno con riguardo agli atti personalissimi, dovrebbe tradursi in un consenso all'atto, richiamando in tal modo la figura giuridica dell'atto complesso e disuguale¹⁰.

Parte proprio da questa prospettiva la proposta interpretativa della qualifica dell'amministratore di sostegno e dell'attività di assistenza che il medesimo potrà svolgere con riguardo gli atti personalissimi¹¹, laddove questi sia privo totalmente di capacità di discernimento riguardo la portata dell'atto da compiersi, risultando, a volte, più vicino alla figura del

8 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668; V. ROPPO-M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 2005, p. 156; A. DELL'ORO, *sub art 394 c.c.*, *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, in Scialoja e Branca, *Commentario al codice civile* a cura di, Bologna-Roma, 1972, p. 46; C. RUPERTO, *voce curatela* (dir civ), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 498.

9 A. VILLANI, *sub art. 394*, in G. Cian - A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, IX^a ed., Cedam, p. 422.

10 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668, nt. 33; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, p. 43.

11 G. BONILINI, *sub artt. 404-413*, in P. Schlesinger, *Commentario al codice civile* (fondato da), p. 419.

nuncius, anche se non nel senso giuridico che il termine riveste. Infatti, se si considera che il compito del *nuncius* è quello di riferire esattamente la dichiarazione di volontà del soggetto¹², il ruolo dell'amministratore si spingerà a quello di un *nuncius sui generis*, come verrà dimostrato nel corso della trattazione.

Il primo, il secondo e il terzo capitolo tratteranno rispettivamente delle caratteristiche generali dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, dei concetti di atti personali e personalissimi e infine del ruolo dell'amministratore di sostegno e del giudice. Nei successivi capitoli saranno analizzati specifici atti personali: gli atti inerenti alle cure mediche (cap. 4) e gli atti inerenti alle azioni di separazione e di divorzio (cap. 5). Per quanto riguarda gli atti personalissimi, saranno trattati il matrimonio (cap. 5), il testamento e la donazione (cap. 6). Il capitolo 7 è dedicato all'analisi comparatistica con l'ordinamento spagnolo, mentre il capitolo 8 contiene le conclusioni.

¹² In generale, riguardo l'incarico del *nuncius*, v. M. D'AMICO, voce "*rappresentanza, I, (diritto civile)*", in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 5.

Prima Parte

L'ORDINAMENTO ITALIANO

Capitolo Primo

LA PERSONALIZZAZIONE DELLA TUTELA DEL SOGGETTO DEBOLE

Sommario: 1 Tutela personale e patrimoniale: la duplice funzione dell'amministrazione di sostegno - 1.1 La prevalente natura personale dell'amministrazione di sostegno nella lettera della norma - 1.2 La lacunosa normativa sull'amministrazione di sostegno - 1.3 Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno: tre misure a confronto - 1.4 L'attività dell'amministratore di sostegno: tra rappresentanza e assistenza del soggetto debole

1 Tutela personale e patrimoniale: la duplice funzione dell'amministrazione di sostegno.

Per introdurre il tema in esame sono necessarie alcune considerazioni generali al fine di chiarire il legame che intercorre tra l'amministratore di sostegno e il soggetto beneficiario, così come i confini dell'area entro cui si sviluppa l'autonomia del primo e cessa quella del secondo o entro cui si realizza la convivenza di entrambe.

In primo luogo, è doveroso fare chiarezza sulla prevalente natura della funzione sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno,

introdotta nel nostro ordinamento con la l. n. 6 del 9 gennaio 2004. Il destinatario di questo istituto è un soggetto che, a causa di una “*infermità o menomazione fisica o psichica*”¹³ (art. 404 c.c.), si trova impossibilitato temporaneamente¹⁴, parzialmente o totalmente, a provvedere ai propri interessi, dovendo essere affiancato da un amministratore di sostegno con la minore limitazione possibile della capacità d’agire (art. 1 l. 6/2004).

In secondo luogo, la necessità di analizzare la natura della funzione sottesa all’istituto dell’amministrazione di sostegno deriva dalla considerazione che il legislatore ha introdotto nell’ordinamento una nuova figura di protezione. La *ratio* della norma consiste nel permettere al

13 Sulla necessità che si tratti di una menomazione fisica non generica, ma strettamente connessa a quella psichica, si veda A. VENCHIARUTTI, *Un confronto dopo l’entrata in vigore della L. 9.1.2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *www.altalex.com.*; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell’amministrazione di sostegno*, cit., pp. 31 e 38. Riguardo a tale tipo di menomazione si ritiene che dovrebbe pur sempre trattarsi di una menomazione fisica con delle ripercussioni negative all’interno della sfera psichica del soggetto beneficiario. Se così non fosse, si andrebbe ad abusare della misura di protezione che mira a tutelare il soggetto debole con la minore limitazione della sua capacità d’agire. Di parere opposto, U. ROMA, *L’amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2004, p. 1019, in particolare nt. 49; M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, 4, 2005, p. 394. L’autore osserva che le perplessità riguardanti l’applicabilità dell’amministrazione di sostegno alle menomazioni di carattere meramente fisico possono essere superate a mezzo dell’istituto della rappresentanza volontaria.

14 Sulla temporaneità dell’amministrazione di sostegno si veda U. ROMA, *L’amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, cit., p. 1010 e 1012. L’autore evidenzia come l’interdizione e l’inabilitazione «non ammettono la previa fissazione da parte del giudice di un termine finale, allo spirare del quale cessino automaticamente i loro effetti», ma al contrario, l’eventuale revoca delle misure tradizionali applicate dovrà essere disposta al termine di un nuovo procedimento *ad hoc*. La temporaneità non deve essere confusa con la transitorietà cui fa riferimento l’art. 428 c.c. Infatti, mentre la temporaneità indica un periodo di tempo più ampio, la transitorietà si riferisce a un periodo di tempo maggiormente limitato e costituito da ore o giorni. Sul punto v. U. ROMA, *L’amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l’interdizione*, cit., p. 993. L’autore osserva che ai fini dell’attivazione dell’amministrazione di sostegno deve sussistere il requisito della “temporaneità”, poiché tale misura comporta una «*protezione organizzata che, per sua natura, postula una durata (della causa) dell’impossibilità di provvedere ai propri interessi ben maggiore di qualche giorno*». Si veda anche R. CILIBERTI - A. ZACHEO - T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma* in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2008, p. 686 e nt. 4.

soggetto debole di compiere da solo, seppur in maniera vigilata e compatibilmente con il grado di capacità effettivamente residuo, tutti gli atti di natura patrimoniale e personale – come si desume dal disposto dell'art. 409 c.c.

Da queste poche battute emerge una fondamentale differenza tra il neonato istituto dell'amministrazione di sostegno e i veterani istituti di tutela: interdizione e inabilitazione. La regola sottesa al primo è la tutela del soggetto debole per la preservazione del più alto grado di capacità (letteralmente, secondo l'art 1 della l. 6/2004, il "*meno possibile*"). Di tal guisa, la legge individua l'eccezione nell'incapacità, mentre nei restanti istituti di protezione, e in particolare nell'interdizione, regola ed eccezione vale l'inverso: solo eccezionalmente e previa autorizzazione del giudice tutelare (art. 427, 1 co., c.c.), potrà essere riconosciuto un certo grado di autonomia e capacità in capo al soggetto tutelato¹⁵.

15 L'art. 427 c.c., così come modificato dalla legge 6/2004, è ispirato al principio di massima flessibilità dei provvedimenti di tutela. Si veda a riguardo U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, p. 229; M. C. ANDRINI, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, *Quaderni di Famiglia*, 2005, p. 164; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 31. L'autore precisa che «da una situazione di generale incapacità si passa ad un'altra in cui su una condizione generale di capacità si stagliano alcune isole, più o meno vaste, relative agli atti che l'interessato non può compiere o non può compiere da solo». F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 151. L'autore osserva il passaggio da una concezione dell'infermo «in quanto soggetto "incapace"» a quella di «persona limitatamente capace». Sul punto, parlando di «prospettiva completamente rovesciata», si veda G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando – L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Giappichelli, 2006, p. 17. Si veda anche F. TOMMASEO, voce "Amministrazione di sostegno, I, (diritto processuale civile)", in *Enc. Giur.*, 2005, p. 6; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 994. L'autore evidenzia come la nuova legge abbia stravolto «la granitica rigidità degli effetti dell'interdizione e dell'inabilitazione ed i contorni, sino ad oggi netti e stagliati, della condizione dell'interdetto e dell'inabilitato». Altresi, l'autore osserva (p. 998) che, nonostante le tradizionali misure di protezione siano

Ancora, mentre l'interdizione destina il soggetto debole a rivestire un vero e proprio *status* di incapacità legale, che si perfeziona al momento della nomina del tutore¹⁶, l'amministrazione di sostegno, invece, tutela il soggetto debole salvaguardandone la maggior capacità d'agire (art. 409 c.c.)¹⁷. Il che equivale a dire che, fatti salvi gli atti che il beneficiario potrà compiere autonomamente, o perché necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana (art. 409 c.c.) o perché specificatamente indicati nel decreto di nomina dell'amministratore¹⁸, sarà tale provvedimento giudiziale a fungere da vero e proprio "timone" per l'interprete. Ne consegue che l'interdizione non è più vista come l'unica via percorribile in ambito di tutela dei soggetti disabili, ma risulta essere l'*extrema ratio*, laddove più consona ad assicurare l'adeguata protezione al soggetto disabile¹⁹. In altre parole, il legislatore, mediante l'istituto

state mantenute dal legislatore, queste sono state rese, però, «flessibili», e che (p. 999) prima dell'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, l'idea di malattia era rigida e non conosceva la «possibilità di un'evoluzione (o involuzione) graduale, tale da ampliare (o ridurre) lo spettro delle facoltà intellettivo-volitive» del soggetto. Critico, F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 153.

16 Evidenzia tale condizione R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Tratt. di Rescigno*, cit., 775 e ss. A partire da questo momento, infatti, il soggetto debole verrà escluso dal traffico giuridico e sostituito dal suo legale rappresentante. Sul punto, si veda l'intervento di P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv., crit., dir., priv.*, 2005, p. 135. Contra A. VENCHIARUTTI, *Profili della salute mentale nel diritto privato*, in *Dir. Fam.*, 1998, p. 1240 e ss. L'autore ritiene che l'area delle norme dalle quali discende l'incapacità dell'interdetto deve considerarsi limitata al campo dei negozi a contenuto patrimoniale.

17 Parla di proteggere senza limitare «più capacità di quanto non occorra» G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 36.

18 R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., p. 762; A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, 11^a ed., Milano, 2004, p. 330.

19 P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in cit.; In termini simili anche G. BONILINI, *I presupposti soggettivi*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 57; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 36 M.

dell'amministrazione di sostegno, e in maniera più incisiva rispetto agli istituti dell'inabilitazione e dell'interdizione, si rivolge a più ampia categoria di soggetti incapaci, comprendendo anche quelli per i quali si potrebbe fare ricorso ai tradizionali istituti di tutela.

Un'ulteriore differenza rispetto alle tradizionali misure di tutela consiste nelle condizioni di salute del soggetto specificate dalla legge. Infatti, le debolezze di cui un soggetto deve essere affetto per poter essere destinatario di amministrazione di sostegno sono *l'infermità ovvero la menomazione fisica o psichica*. Tali condizioni di salute non sono indicate necessariamente in termini congiuntivi²⁰, potendo sussistere in forma alternativa. Inoltre, è importante notare come l'art. 404 c.c. non faccia riferimento, al contrario dell'art. 414 c.c, né ad un'infermità "mentale"²¹ né all'espressione "abituale". Ciò porta a sostenere che, mentre con riguardo all'istituto dell'interdizione si deve fare necessariamente riferimento a un'infermità mentale incidente sul sistema nervoso del soggetto debole (e quindi sulla libertà e personalità del soggetto), rispetto

C. ANDRINI, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 164; riguardo all'interdizione, parla di «rimedio estremo», D. SIMEOLI, voce "Amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 5.

20 D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 4. Ne consegue che il termine "ovvero" non implica (almeno non necessariamente) una congiunzione sostitutiva, ma altresì un'alternativa, permettendo in tal modo di "sostenere", anche solo in maniera episodica, quei soggetti che prima della l. 6/2004 avrebbero potuto essere tutelati solo attraverso l'inabilitazione. Si veda anche U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1022.

21 Il riferimento al piano mentale del soggetto debole viene solo con l'uso del termine menomazione "fisica o psichica". A riguardo, è stato evidenziato che l'espressione "menomazione psichica" deve essere interpretata ricomprendendo tutte quelle situazioni di disagio psichico lieve non tali da essere annoverate tra le malattie mentali, nonché tutte quelle situazioni di prodigalità tipiche del soggetto inabilitato. Sul punto, in dottrina, si veda U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1015, nt. 42. In giurisprudenza, si veda TRIB. MODENA, 24.02, 2005, in *Giur. It.*, 2005, p. 1626.

all'amministrazione di sostegno potrà trattarsi di una infermità di ampia portata. Tale condizione ricomprende ogni situazione morbosa del soggetto, anche di tipo non abituale, che lo rende inabile alle attività di vita di relazione²², indipendentemente da menomazioni del sistema nervoso²³.

In effetti, gli istituti dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione e inabilitazione sono da considerarsi delle opzioni alternative, piuttosto che un modulo continuo²⁴. Peraltro, una volta che il

22 Sull'importanza di considerare ai fini dell'applicazione dell'amministrazione di sostegno anche le difficoltà del beneficiario a relazionarsi, si veda R. RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in *Famiglia e diritto* 3/2010, p. 295, commento a TRIB. VARESE, decr. 6.10.2009, Giud. Buffone; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 43. Si veda anche TRIB. TORINO, Sez. di Pinerolo, 9 novembre 2004, cit. e in *www.personaedanno.it*. Nel caso di specie, l'amministrazione di sostegno è stata ritenuta idonea a proteggere il soggetto che soffriva di una compromissione della capacità di relazione. Di parere opposto sembra S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit. p. 40. L'autore sembra non ritenere attivabile la misura dell'amministrazione di sostegno riguardo a soggetti che, non pienamente in grado di provvedere alla cura dei propri interessi, si trovino in una condizione di «difficoltà pratica a relazionarsi con gli altri».

23 E. V. NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in S. Patti, (a cura di), in *Familia*, 2005, p. 15, nella parte in cui osserva che «la nozione di infermità può individuarsi come qualsiasi condizione morbosa che colpisca l'individuo rendendolo totalmente o parzialmente inabile alle normali attività della vita di relazione, indipendentemente da connessioni stabili con il sistema nervoso»; D. SIMEOLI, voce *amministrazione di sostegno*, II (profili sostanziali), cit., p. 4. L'autore osserva, in considerazione delle definizioni cliniche di "infermità mentale" e mera "infermità" elaborate dalla scienza medica che l'amministrazione di sostegno può comprendere maggiori condizioni di infermità, anche «di tipo temporaneo, di cui si prevede la possibile evoluzione, ovvero caratterizzate dalla alternanza di equilibrio e squilibrio...».

24 La continuità tra le tre misure di tutela può ravvisarsi anche nella scelta normativa adottata dal legislatore, il quale ha previsto la possibilità di applicare le diverse misure di protezione, laddove l'una risultasse inidonea a tutelare gli interessi del soggetto debole, così come dispongono gli artt. 413, 4° co. e 418, 3° co. c.c. Sulla "continuità" si veda G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 32; Sulla "circularità" tra i tre istituti di protezione si veda L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 100 e 101. Parla delle tre misure di protezione come «un sistema di tutela articolato e funzionalmente unitario» D. SIMEOLI, voce «*amministrazione di sostegno*, II (profili sostanziali), cit., p. 3; G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 25, nella parte in cui osserva che le tre misure di protezione

giudice tutelare abbia prescelto l'amministrazione di sostegno, il giudice stesso può ritagliare il modello di protezione in quel momento più adatto al disabile²⁵ in virtù del c.d. "principio di proporzionalità" dell'amministrazione di sostegno, anche a mezzo di successivi provvedimenti, nuovi o chiarificatori (artt. 407 c.c. e art. 44 disp. att. c.c.)²⁶.

vengono a formare «un modulo continuo all'interno del quale il giudice può ritagliare il modello di protezione in quel momento più adatto per il disabile».

25 F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». Impressioni estemporanee su una recente legge, cit., p. 153. L'autore osserva come sarebbe (stata) una riforma inconcepibile laddove si fosse limitata a disciplinare solo le situazioni di natura patrimoniale o solo quelle basate su una «logica personalistica». Si veda anche U. ROMA, *Potenzialità e flessibilità applicative dell'amministrazione di sostegno: dagli schemi predefiniti dell'interdizione alla personalizzazione della misura di protezione affidata al giudice tutelare*, Convegno Rovigo 26 novembre 2010, durante il quale ha osservato che parlando di amministrazione di sostegno, vengono in luce due importanti termini: potenzialità e flessibilità applicative. Il primo termine può essere riferito all'istituto nella sua dimensione statica, relativamente ai destinatari della misura; il secondo termine, invece, può essere riferito all'istituto nella sua dimensione dinamica, effettuale, cioè con riguardo agli effetti della misura che, diversamente da quanto accadeva in passato per l'interdizione e inabilitazione, non sono definiti *ex ante* e *tantum* dal legislatore, bensì, sono per espressa volontà della legge modulabili dal giudice tutelare in relazione al singolo caso. È proprio la possibilità di calibrare gli effetti dell'amministrazione di sostegno sulle concrete esigenze di tutela del bisognoso che costituisce l'insopprimibile peculiarità di tale misura di tutela e, nel contempo, anche la sfida che essa lancia al giudice tutelare che, oggi, più di ieri è rivestito di un compito delicato e gravoso come mai, in passato era accaduto.

26 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, p. 248; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 97; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 43; F. TOMMASEO, *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Famiglia, 2005, p. 207, 209 nt. 93, 210 e in *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007 nella parte in cui riconosce al giudice tutelare il potere di «modificare o d'integrare "in ogni tempo" il decreto d'apertura sia quanto alla persona dell'amministratore sia quanto agli atti per i quali è stata disposta assistenza o sostituzione».

1.1 *La prevalente natura personale dell'amministrazione di sostegno nella lettera della norma*

Da quanto esposto segue che la funzione di protezione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno non si limita al solo piano degli interessi patrimoniali del soggetto debole²⁷, ma anche a quelli personali²⁸, e non più in termini marginali così come previsto per l'interdizione. A sostegno di ciò milita il contenuto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 1 della l. 6/2004, che conferma la considerevole estensione della tutela a favore dei soggetti deboli.

La flessibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e della sua applicabilità in favore di una maggiore gamma di beneficiari trova ulteriore riscontro nell'analisi dei termini "*infermo*" e "*menomazione*", utilizzati nell'art. 404 c.c. Il primo sostantivo deriva dal latino *infirmus*, ossia "non fermo", "non stabile", "debole", rinviando al sostantivo "*menomanza*", ossia "diminuzione"; il secondo deriva da "*menomo*" ossia *minimus*, superlativo di piccolo.

²⁷ Appare evidente come l'introduzione nell'ordinamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno abbia rafforzato la tutela personale del soggetto debole, creando una sorta di tutela "personalizzata", in grado di essere "plasmata" a seconda non tanto della tipologia e grado di intensità dell'infermità, cercando, invece, di assicurare al soggetto debole la migliore tutela, ma limitativa il meno possibile della sua capacità.

²⁸ G. MARCAZZAN, *La tutela degli interessi patrimoniali dei minori e degli incapaci ed i provvedimenti autorizzativi di competenza del Giudice Tutelare*, in www.csm.it; G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 60; M. C. ANDRINI, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 164; Riguardo a tale termine, anche usato con riferimento al piano processuale, v. anche F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007.

Non è casuale l'uso del termine "impossibilità", in luogo di "incapacità". Il primo termine, al contrario del secondo, esula da uno stato di assoluta inettitudine del soggetto riguardo alla consapevolezza circa gli atti che deve o sta per compiere, evidenziando una mera situazione di mancanza di indipendenza che non implica necessariamente un difetto di autodeterminazione²⁹.

Per ultimo, la stessa rubrica del titolo XII del c.c. conferma la finalità di protezione "su misura" dell'amministrazione di sostegno. Non a caso, il legislatore ha preferito parlare di *deficit* di "autonomia" e non di "autodeterminazione"³⁰.

Quanto ai termini usati nell'art. 1 della L. 6/2004 va evidenziato che l'aggettivo "quotidiano", dal latino *cotidie*, si riferisce a fatti o avvenimenti che si ripetono quotidianamente nella vita di un individuo. Tale aggettivo acquisisce pieno significato accanto alla parola "vita", un concetto che porta al proprio interno l'essenza stessa dell'uomo in tutti i suoi aspetti e ambiti ("l'espletamento delle funzioni di vita³¹ quotidiana" art.1 L. 6/2004). Pertanto, non si può condurre (e ridurre) la tutela del soggetto debole a un ambito di rilevanza meramente patrimonialistica escludendone, limitandone o addirittura negandone l'aspetto "personale".

29 D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 4. L'autore osserva come il termine "impossibilità" «esula, invece, dal depotenziamento della signoria del volere e può derivare anche dall'impedimento fisico».

30 D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 4.

31 Il termine "vita" è, «in termini "biologici", l'insieme dei fenomeni, per cui un conglomerato di materia si organizza, cresce, si riproduce, decade e finisce col dissolversi. Tale fenomeno, nell'uomo, è legato alla consapevolezza della vita, ai suoi motivi e fini, al modo di renderla degna di essere vissuta...». A.GIANNI, *Dizionario Italiano Ragionato*.

Quanto al termine “funzioni”, va precisato che deriva dal latino *fungi* e significa “adempiere”, rimandando al concetto di “compiti”, “incarichi”, “servizi” e viene anche associato al verbo *fungere*, “fare le veci”³².

Ancora, il termine “amministrazione”³³ deriva dal latino *administrare* e significa “sorvegliare”, “curare”; è composto da “ad” e “ministrare” e deriva dal vocabolo *minister*, ovvero “aiutante” e “servitore”, che si collega al termine “minor”, ossia “minore”, ponendo l’accento su tale ultima accezione. Infatti, l’art. 424 c.c., prevede al primo comma un rinvio alle disposizioni sulla tutela dei minori³⁴ (artt. 343 e ss. c.c.), per quanto attiene alla tutela dei soggetti interdetti, e alle disposizioni inerenti al minore emancipato per quanto riguarda la curatela dei soggetti inabilitati. Nello specifico, a mezzo del rinvio all’art. 424, 1° comma c.c., il legislatore equipara il soggetto interdetto al minore³⁵. Tra le norme ivi richiamate c’è l’art. 357 c.c. che recita: “*il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni*”. Ne consegue che, per quanto riguarda i minori, il legislatore ha precisato che il tutore svolge un

32 A. GIANNI cit. sotto la parola “funzione”.

33 A. GIANNI cit. parola “amministrazione”.

34 R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obbiettivi di salvaguardia e modello dell’incapacità legale*, cit., p. 840; S. PUGLIATTI, *Della tutela e dell’emancipazione, nel codice civile, libro I, persone e famiglia*, commentario a cura di D’Amelio, Firenze, 1940, p. 649.

35 Tale equiparazione non deve essere considerata *tout court*. Infatti, se è vero che entrambi sono soggetti incapaci e bisognosi di essere affiancati da un tutore che li rappresenti, è vero anche però che l’incapacità che caratterizza il soggetto interdetto, rispetto a quella del minore, ha delle proprie peculiarità. Basti pensare al fatto che il minore (non interdicensi) si trova in una situazione «*fisiologica e necessariamente transitoria*», rispetto a quella in cui si trova il soggetto interdetto e che potrebbe durare anche tutta la vita, facendo sorgere particolari esigenze di sostegno che attengono principalmente al piano patrimoniale. Inoltre, nel Titolo XII, libro I, non mancano previsioni specifiche in materia di organizzazione della tutela dell’interdetto (es. durata degli uffici), che attengono, però, a criteri marginali, parzialmente divergenti rispetto all’ipotesi degli organi minorili.

ruolo di duplice natura: personale (cura della persona e rappresentazione negli atti della vita civile) e patrimoniale (amministrazione dei beni).

Eventuali critiche che si potrebbero sollevare non sembrano condivisibili sia a fronte del dettato normativo degli artt. 404 e 408 c.c., sia a fronte del rinvio all'ultimo comma dell'art. 411 c.c. Infatti, gli artt. 404 e 408 c.c. annoverano tra i poteri dell'amministratore, nominato proprio con «*esclusivo riguardo alla cura*» del beneficiario di sostegno, anche la cura di quest'ultimo; altresì, l'art. 411, u. co., c.c. consente di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno anche gli effetti previsti per il soggetto interdetto.

Tale argomentazione risulta ancora più stringente poiché l'attività di assistenza dell'amministratore di sostegno anche nel campo personale del proprio assistito rispetta l'art. 2 Cost. che tutela i diritti fondamentali della persona.

Nonostante l'introduzione di questa misura la legislazione si dimostra lacunosa poiché nessuna norma presente all'interno del Libro I del Titolo XII del c.c. richiama o riporta il contenuto dell'art. 1 della L. 6/2004³⁶. Se dalla lettera della norma sembra dedursi l'inequivocabile

36 In toni critici sull'operato del legislatore si veda in G. BONILINI, *Tutela delle persone priva di autonomia e amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 42. L'autore, nonostante riconosca che a mezzo dell'amministrazione di sostegno il legislatore ha compiuto un «*passo avanti, rispetto al passato, nella direzione d'una più adeguata protezione dei soggetti deboli*», evidenzia, però, come la normativa della L.6/2004 spesso appaia piena di zone oscure e lacune. A parere dello scrivente, la precisazione è più che legittima, basti pensare al mancato richiamo dell'art. 1 della L. 6/2004 nel titolo XII del codice civile. L'autore si pone in pari toni anche circa la scelta del legislatore di mantenere l'art. 44 disp. Att. c.c. tra le norme transitorie anche a seguito della L.6/2004; in termini analoghi, M. DOSSETTI, *Violazione delle norme di legge o delle disposizioni del giudice da parte del beneficiario e dell'amministratore di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2005, p. 422 nella parte in cui osserva che «*la legge è sicuramente imperfetta per le lacune, le imprecisioni, i difetti di coordinamento; può*

intenzione del legislatore di introdurre la tutela personale del soggetto debole, come è possibile omettere il rinvio alla legge in esame nel codice che può essere considerato il "vangelo" (o quasi) dell'interprete del diritto?³⁷

Pertanto, sarà l'interprete a dover ricostruire la volontà "mozzata" del legislatore e riportare la "luce" nelle zone normative d'ombrosa interpretazione come, per esempio, riguardo ai bisogni personali del soggetto debole³⁸.

Infatti, se l'amministrazione di sostegno è lo strumento di tutela dei soggetti deboli che meglio considera i loro diritti fondamentali³⁹ basati sui

*apparire per certi versi velleitaria e per certi altri di difficile applicazione; potrebbe anche essere accusata di attentare alla certezza del diritto»; G. FERRANDO, Il beneficiario, in S. Patti, L'amministrazione di sostegno, (a cura di), cit., p. 47; P. MATERA, Alcune considerazioni conclusive, in G. Salito - P. Matera, Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio (a cura di), in *Notariato* 6/2004, p. 671. L'autore evidenzia la mancata completezza della normativa: invero il legislatore, a mezzo della nuova misura di protezione, ha fatto un passo avanti in materia di protezione delle persone deboli, introducendo maggiore flessibilità rispetto alle tradizionali misure di tutela, osservando, però, che la disciplina ha compiuto un passo «laddove avrebbe potuto compierne due»; G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 16 nella parte in cui osserva riguardo alla mancata collocazione nel codice civile dell'art. 1 l. 6/2004 che tale norma contiene «l'autentico programma della nuova legge».*

³⁷ Si ritiene che poco importi ricondurre la questione a una mera svista o a un errore cosciente del legislatore: rimane pur sempre una grave lacuna per un legislatore che mostra di voler rafforzare la rete normativa di protezione a favore delle persone deboli, ma che alla fine assicura un grado di protezione leggermente più alto sul piano personale del soggetto debole rispetto ai tradizionali istituti di tutela, senza preoccuparsi però di chiarire come devono essere affrontate le singole situazioni pratiche. Su tali questioni si veda ad es., V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, cit., p. 157 e 162. Sottolinea il delicato ruolo dell'interprete S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 217 e 221.

³⁸ In toni critici verso il legislatore ossia sul fatto che la L. 6/2004 si presti ad essere «lodata per gli obbiettivi perseguiti piuttosto che elogiata per la formulazione tecnica dell'articolato» si veda V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), p. 156

³⁹ G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 43

principi di uguaglianza, dignità⁴⁰ e autodeterminazione⁴¹, salvaguardati altresì a livello europeo⁴², è anche vero, però, che tale garanzia non deve ledere né gli interessi del soggetto debole, né quelli delle persone a lui vicine.

Quid iuris? Si è obbligati a negare la totale salvaguardia di tali interessi? Considerata la linea di tutela dell'amministrazione di sostegno la risposta sembra essere in senso negativo. Nei successivi capitoli si analizzeranno le posizioni in dottrina e in giurisprudenza in merito.

1.2 *La lacunosa normativa sull'amministrazione di sostegno.*

I risvolti pratici del disegno di tutela anche del piano personale del soggetto debole presenta degli aspetti problematici con riferimento ai singoli atti da compiere.

40 M. SESTA, *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. Sesta - V. Cuffaro, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. XVI, nella parte in cui, a seguito di un'attenta analisi sulle statuizioni che la Corte costituzionale ha emesso nel corso del primo cinquantennio di attività sull'ambito familiare e della persona, precisa il peso che la stessa ha avuto nell'attuazione dell'esigenza di «piena tutela del soggetto, che ha fondamento nella inviolabilità della dignità dell'uomo».

41 E. CALÒ, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 49. L'a evidenza come il concetto di autodeterminazione comprenda sia la politica legislativa tesa a limitare il meno possibile la volontà dell'interessato, anche se residuale, sia l'elaborazione di strumenti normativi tesi a dare rilevanza e fare emergere una certa volontà anche laddove il soggetto non sia più in grado di formarla e/o manifestarla.

42 Si pensi alla Convenzione Europea dei diritti e delle libertà fondamentali della persona (Convenzione di Roma 1950) o alla Carta Sociale Europea (di Strasburgo del 1996) o ancora alla Carta di Nizza (del 2000). Riguardo a quest'ultima fonte normativa, è stato evidenziato come al suo interno possono essere individuate alcune norme che contengono un principio di uguaglianza pari a quello previsto dall'art. 3 della nostra Costituzione, non in termini del tutto equivalenti, ma, comunque, tese a garantire un'analogia tutela (artt. 23, 36).

L'art. 409 c.c. recita: *“il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno”*. Il testo, così formulato, non risulta immune da critiche, in particolar modo con riferimento agli atti di natura personalissima. Per tali atti, infatti, il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la piena capacità d'agire, salvo che il giudice, come *extrema ratio*, decida, per effetto dell'art. 411, u. co., c.c., di sottrarli alla capacità del beneficiario. In tale caso, non sarà ammesso l'uso di strumenti rappresentativi.

Di conseguenza il lato personale della tutela sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno risulta incompleto⁴³. Ciò in quanto, il cavallo di Troia del legislatore sul piano personale della tutela dei soggetti deboli sembra incendiarsi di fronte all'inviolabilità di determinati principi generali insiti nell'ordinamento, primo tra tutti il divieto di rendere oggetto di rappresentanza gli atti di natura personalissima (matrimonio, testamento *et similia*). Ne consegue che tali atti potranno essere preclusi al soggetto interessato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., anche se la dottrina appare divisa sul tema⁴⁴. Alcuni autori⁴⁵ ritengono che, in

43 Denuncia la problematicità della questione G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 43.

44 V. note 120 e 121

45 In termini critici riguardo all'applicabilità dell'art. 411 u. co. c.c. si vedano L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 667; G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 59; E. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, cit., p. 252 nella parte in cui precisa che la «capacità d'agire può essere ristretta entro limiti minimi, però non può più essere espunta dalla sfera giuridica del soggetto» e in G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in F. D. Busnelli, *Il Codice Civile Commentato* (diretto da), artt. 404-413, Giuffrè, 2008, p. 412, nella parte in cui ritiene che «a mio avviso, deve escludersi che il giudice tutelare possa

materia di libertà fondamentali come appunto sposarsi, donare, testare, il giudice non possa limitare *tout court* il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, estendendo allo stesso i limiti esplicitamente espressi dal legislatore per l'interdizione e l'inabilitazione (art. 411, u. co., c.c.). Di parere opposto altra dottrina⁴⁶, il cui orientamento risulta maggiormente

decretare, d'ufficio, l'estensione di una norma comportante una pesante limitazione alla capacità del beneficiario, qual è, ad esempio, quella affidata all'art. 591, n. 2 del capoverso, cod civ»; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 210 nella parte in cui osserva che «la norma sollecita gravi interrogativi»; Analizza il problema anche M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 397 nella parte ove osserva che tale norma può nella pratica «ricoprire un campo sostanzialmente affine e sovrapponibile a quello dell'interdizione o dell'inabilitazione». Cautamente appare G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in F. D. Busnelli, *Il Codice Civile Commentato*, cit., p. 412.

46 Sulla possibile estendibilità al beneficiario di amministrazione di sostegno delle preclusioni *ex art. 411, u. co. c.c.*, con la precisazione che il beneficiario non potrà mai essere del tutto equiparato ad un soggetto interdetto, non almeno *in toto*, si vedano A. VENCHIARUTTI, *Un confronto dopo l'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *www.altalex.it*, nella parte in cui l'autore osserva come il giudice possa applicare, a seconda del contesto e della vicenda nella quale si trova, può richiamare l'applicazione di specifiche disposizioni normative concernenti l'interdetto o l'inabilitato; P. CENDON, «L'incapacitazione come male», in *Pol. It.* 2007 nella parte in cui, riguardo alla convivenza tra l'amministrazione di sostegno e i tradizionali istituti di tutela, osserva che l'art. 411, u. co., c.c. «è una previsione destinata a svolgere su un terreno di politica del diritto, al di là di ogni contraria impressione - chiare funzioni di tenore liberatorio e "anti-incapacitante", nella misura in cui consente che talune linee di protezione intensa, ritenute opportune nel singolo frangente, siano attivabili dal giudice tutelare prescindendo da ogni messa in causa delle figure più arcaiche». Sulla possibile estensione dell'art. 411 u. co. c.c., nonché sul fatto che il decreto può contenere l'indicazione di specifiche disposizioni attinenti l'interdetto e l'inabilitato, si veda anche G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 294-296. L'autore osserva che «ai sensi del 4° co. dell'art. 411 c.c., poi, il giudice tutelare può estendere al beneficiario le decadenze sancite dalla legge nei confronti dell'interdetto o dell'inabilitato», nonché «dunque dovrà essere condotta una valutazione specifica di ogni singolo caso, per valutare, insieme alla concreta capacità residua del beneficiario, la possibilità e l'opportunità di esercizio del potere di cui all'art. 411, u. co., c.c.»; G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 167; M. N. BUGETTI, *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 59, inoltre, secondo l'art. 411, c.c., nella parte in cui osserva che «inoltre, secondo l'art. 411, c.c., il giudice può estendere al beneficiario i divieti previsti a tutela dell'interdetto e dell'inabilitato»; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, cit., p. 85 e 96; Conforme, anche se attraverso un ragionamento indiretto C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, cit. p. 111, 113. L'autore, infatti, precisa che «qualora il giudice tutelare non estenda le prescrizioni di alcune norme dettate per gli interdetti e gli inabilitati, il beneficiario di amministrazione di sostegno non incontra limiti nel compimento di quegli atti contemplati da tali disposizioni, fra i quali quelli di natura

strettamente personale». Ne consegue che, viceversa, laddove il giudice tutelare facesse uso di tali preclusioni, il compimento dei suddetti atti potrebbe essere precluso al beneficiario. Inoltre, sul punto, lo stesso autore precisa che il beneficiario «*conserva la capacità d'agire, limitata solo per quell'atto o per quegli atti nei quali dovrà essere sostituito o assistito dall'amministratore di sostegno; ed è sostenibile ritenere che abbia anche il diritto di compiere i cosiddetti atti personalissimi salvo impedimento impostogli dall'Autorità Giudiziaria, tenuta comunque ad una previa valutazione del suo interesse a tale atto*»; G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno*, Camerino, 2006, p. 120 nella parte in cui, riguardo agli atti personalissimi, osserva che questi «*...potranno essere compresi nel relativo decreto, quali atti relativamente ai quali il beneficiario non ha la capacità d'agire...*»; A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di) cit., p. 160 ss; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 115. L'autore, anche se non espressamente e quasi in contraddizione con altre sue considerazioni (v. ut supra nt.120), sembra non escludere una tale circostanza laddove, valorizzando il ruolo della volontà del soggetto disabile osserva che «*...il beneficiario, ancorchè, in tesi, privato dal giudice di relevantissimi spazi di capacità d'agire, ha in ogni caso diritto di esprimere la sua volontà e tale volontà provoca effetti giuridicamente rilevanti*». Ammette l'estendibilità anche se con estrema cautela, L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, cit., p. 414; F. RUSCELLO, «*Amministrazione di sostegno*» e tutela dei «*disabili*». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 150. L'autore osserva che il beneficiario «*può compiere ogni tipo di atto, patrimoniale o no, a esclusione di quelli espressamente indicati dal provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno e salvo che il giudice tutelare non disponga che gli vengano estesi determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato*»; R. CILIBERTI – A. ZACHEO – T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma*, cit., p. 694 nt. 26 nella quale si precisa che «*soluzioni di tutela possono essere individuate anche rispetto agli atti c.d. personalissimi, per i quali si potrebbe ricorrere alla possibilità (espressamente prevista all'art. 411 c.c.) di estendere determinati effetti, limitazioni e decadenze, previste dalla legge per l'interdetto e l'inabilitato, anche all'amministrazione di sostegno o, eventualmente, ricorrere ai rimedi generali (quali ad esempio l'annullamento del testamento ex art. 591, n. 3 c.c. per incapacità naturale del disponente; l'impossibilità di contrarre il matrimonio per gli interdetti per infermità di mente ai sensi dell'art. 85 c.c.)*»; P. MATERA, *Alcune considerazioni conclusive, in Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, cit., p. 671 nel punto dove si osserva che «*...la stessa sopravvivenza delle tradizionali misure di protezione sembra legata all'estensione che i giudici in concreto vorranno riconoscere al nuovo strumento*». A riguardo, a parere dello scrivente, il termine di «*estensione*» può comprendere proprio la possibilità per il giudice tutelare di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno le limitazioni, gli effetti e le decadenze tipiche dell'interdizione e dell'inabilitazione; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., p. 225, nt. 8. A riguardo, va precisato che anche l'autore argomenta riguardo alla necessità da parte del giudice tutelare di redigere un decreto dettagliato soprattutto quando, ai sensi dell'art. 411 si richiamano le norme relative all'interdizione. A parere dello scrivente, anche se il richiamo all'art. 411 c.c. riguarda il 1° comma, si ritiene che il discorso possa valere in termini simili in relazione all'ultimo comma della medesima norma. Inoltre, sembra che l'applicazione dell'art. 411 u. co c.c. possa essere indicata dal giudice nel caso disponesse di «*una disciplina diversa adottata in relazione alle esigenze del caso concreto*» (ivi, p. 229); F. TOMMASEO, voce «*Amministrazione di sostegno, I, (diritto processuale civile)*», cit., p. 2 nella parte dove osserva che «*la legge consente peraltro, al disabile, ammesso all'amministrazione di sostegno, di presentare direttamente al giudice tutelare ricorso per ottenere gli speciali benefici previsti dall'art. 411, 4° co., c.c.*», nonché, nella parte in cui evidenzia che «*...il notaio potrà assistere il beneficiario, ad esempio nei reclami contro gli atti dell'amministratore, nelle istanze per estendere al beneficiario regole dettate per l'interdetto, per sostituire l'amministratore*

inidoneo (artt. 410, 2° co., 411, 4° co., 413, 1° co., c.c.), purché siano connesse con l'esigenza di compiere "stipulazioni" come vuole l'art. 1, n. 1, della legge notarile del 1913» (ivi, p. 3) oppure che «il giudice tutelare può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze proprie dello status di interdetto, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno (411, 4° co., c.c.)...al fine evidente di raggiungere determinati obiettivi di salvaguardia dell'inabile...» senza applicare completamente le tradizionali misure di tutela (ivi, p. 4) oppure che «il ricorso può contenere la richiesta dell'estensione al beneficiario di determinate regole limitative operanti a tutela degli interdetti» (ivi, p. 4), per ultimo «non vi è dubbio, peraltro, che la legge attribuisce ai poteri ufficiosi del giudice tutelare l'individuazione degli atti del disabile da sottrarre al libero esercizio della sua capacità d'agire...»(ivi, p. 4); D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali), cit., p. 5, dove osserva che «il legislatore ha prefigurato un sistema di protezione all'interno del quale interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno non costituiscono opzioni predefinite ed alternative...», al contrario sono misure di protezione con presupposti ed effetti mobili ed elastici per la presenza delle «previsioni speculari contenute agli artt. 427 c.c. (che abilita il giudice a concedere spazi di capacità ad interdetto ed inabilitato) e 411 c.c. (che consente l'estensione nei confronti del beneficiario di limitazioni, effetti e decadenze)»; V. anche F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007, cit., nella parte in cui osserva che «il rinvio alle norme sul procedimento d'interdizione consegna l'amministrazione di sostegno a un'ambiguità di fondo e giustamente è stato osservato che essa è in bilico tra un'aspirazione di autonomia e una costante correlazione con la disciplina dell'interdizione», nonché dove precisa che «l'estensione al beneficiario di effetti, limitazioni o decadenze «previste dalla legge per l'interdetto o per l'inabilitato è un'eventualità consentita in modo espresso dall'art. 411 c.c.»; G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione (a cura di)*, cit., p. 19, nella parte in cui osserva che «l'incapacitazione del disabile...diventa ora una conseguenza eventuale e residuale per alcune categorie di atti per i quali si prospetta come necessaria ai fini della sua protezione» e nella parte in cui rileva che «il giudice tutelare può, nel decreto di nomina, o eventualmente anche successivamente, stabilire che alcuni effetti, limitazioni o decadenze previsti per l'interdetto o l'inabilitato -tra cui quelle di cui agli artt. 85, 591, 774- si applichino anche al beneficiario» (ivi, p. 34), nonché «il giudice potrà limitare la capacità del beneficiario, specie con riguardo agli atti che coinvolgono soggetti terzi, attribuendo i relativi poteri all'amministratore di sostegno» anche se la regola sarà quella per la quale il beneficiario «conserva integra la facoltà di esercizio dei propri diritti» (ivi, p. 148); *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, n. 4/2005, p. 395 nella parte in cui, riguardo al termine "rappresentanza necessaria", usato dal legislatore nell'art. 409 c.c., osserva come in tal modo lo stesso legislatore ha voluto ammettere anche (quindi non solo) ipotesi di rappresentanza inibente; R. MASONI, *Presupposti sostanziali della protezione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 95 nella parte in cui, nonostante ribadisca che l'amministratore di sostegno non deve mai operare fino a comprimere le capacità della persona, precisa che «al contempo, però, riconoscendo ampi e stringenti poteri sostitutivi al coamministratore, di conservazione e gestione dell'ingente patrimonio, eventualmente integrando il decreto con l'estensione al beneficiario di "determinati effetti, limitazioni o decadenze previste da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato" (art. 411, 4° co, c.c.); quali, ad es., la capacità di testare, di donare, o di contrarre matrimonio, che sono tradizionalmente previste a carico dell'interdetto». Rilevano tale possibilità, R. MASONI - A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita*, cit., p. 440.

In giurisprudenza, CASS., 29 novembre 2006, n. 25366, cit. e richiamata anche in R. ATZEI - M. S. FICHERA, *Il sistema normativo vigente. Principi generali*, in F. Aimerito et Altri, *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, 2008, p. 70. Con tale pronuncia, la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'obbligatorietà del ministero del difensore,

condivisibile, che guarda con fiducia all'uso di tale norma, contribuendo a rendere «più snello e più gestibile»⁴⁷ l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Infatti, non avrebbe senso distinguere tra le varie patologie che inducono a differenti disabilità per le quali sono previsti diversi istituti

ammette la possibilità per il giudice tutelare di avvalersi delle preclusioni ex art. 411 u. co. c.c. Nello specifico, la Corte sembra ha precisato che l'obbligatorietà del ministero del difensore non è da ravvisarsi nelle ipotesi in cui il giudice tutelare, a mezzo del decreto ex art. 405 c.c., individua specificamente i singoli atti, o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore, mentre, al contrario, lo sarebbe, laddove il giudice ritenesse di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno effetti, limitazioni o decadenze, analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato (art. 411 u. co. c.c.). In dottrina, sulla medesima questione e in termini simili, F. TOMMASEO, voce "Amministrazione di sostegno, I (diritto processuale civile)", cit., p. 3 nella parte in cui osserva che «resta comunque fermo l'onere del patrocinio quando il procedimento camerale investa diritti o status...» e in *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007 nella parte in cui osserva in toni critici come «la rilevanza attribuita alla natura della situazione soggettiva che reclama spessore di tutela, impone di considerare anche ipotesi non contemplate dalla disciplina dell'interdizione: ad esempio, mi riferisco a misure di tutela del diritto alla salute dell'inabile». Ancora in giurisprudenza, sull'estendibilità dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., v. TRIB. BOLOGNA, 1^a sez., civ., sent. dep., l'8 marzo 2005, n. 649, in www.dirittoediritti.it nella parte in cui si sottolinea come la riduzione della capacità d'agire non deve avvenire in maniera automatica, nonché nella parte in cui si rinvia alla lettura dell'art. 411 c.c. in www.dirittoediritti.it; TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri, cit., p. 2098 e ss. In tale pronuncia, nonostante si ammette la possibile estensione dell'art. 411, ultimo co., c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno, si osserva, però, che tale applicazione possa portare a non individuare un determinato confine tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno e quelli tradizionali di tutela. In toni simili riguardo all'incertezza che l'art. 411 c.c. crea (anche se in commento alla cit. sent. della Corte di Cassazione 25366/2006), seppur ammettendone il possibile concreto utilizzo, v. anche F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007 nella parte in cui evidenzia che «il rinvio agli effetti e limitazioni o decadenze previste per l'interdetto e l'inabilitato anche al beneficiario introduce «pregiudizievole elementi di incertezza sull'individuazione delle forme del procedimento».

⁴⁷ In tali termini C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit. p. 116. L'autore, fortemente favorevole, laddove risultasse necessario per proteggere il beneficiario, all'estensione dell'art. 411 u. co. c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno, precisa che la presenza dell'art. 411 u. co. c.c. ha certamente contribuito ad una armonica applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, nonché al suo più rapido recepimento al contrario di ciò che sarebbe stato con la totale abolizione degli istituti tradizionali di tutela.

(interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno⁴⁸), non tutte incompatibili con il compimento di atti personalissimi (ad esempio il matrimonio) poiché non tutte caratterizzate da infermità tali da escludere pienamente la capacità del soggetto debole⁴⁹.

Infatti, sarà il giudice tutelare, d'ufficio o su istanza delle persone interessate⁵⁰ (ossia quelle legittimate a instaurare il procedimento di

48 Il destinatario dell'amministrazione di sostegno può anche essere un soggetto idoneo all'interdizione, nonché in quanto la differenza tra i due istituti è ravvisabile non tanto sul grado di intensità di infermità, quanto sulla valutazione della migliore capacità dell'uno o dell'altro strumento di tutelare le esigenze di detto soggetto CASS., sez., I[^], 12.06.2006, n. 13584, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 31 e ss, con nota di M. Sesta e in *Guida al dir.*, 2006, 27, p. 81, in *Giur. it.* 2009, p. 134, nt. Fabbricatore, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 275 ss., con nota di U. ROMA, Conforme CASS., sez., I, 22 aprile 2009 in *www.dejure.giuffrè.it*. La Corte ha precisato che «nel giudizio di interdizione il giudice di merito deve valutare se ricorrono le condizioni a mente dell'art. 418 c.c. per applicare l'amministrazione di sostegno, rimettendo gli atti al giudice tutelare, deve considerare anche rispetto all'interdizione e all'inabilitazione l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso grado di infermità o impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità e alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa, ben potendo il giudice tutelare graduare i limiti della sfera negoziale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno a mente dell'art. 405 comma 5, nn. 3 e 4 c.c. in modo da evitare che questi possa essere esposto al rischio di compiere un'attività negoziale per sé pregiudizievole». In dottrina, U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., 999 e 1007. L'autore, infatti, precisa che il termine impossibilità non deve essere associato al binomio incapacità/deficit o alterazione psichica. Infatti, mentre l'incapace psichico può essere ritenuto impossibilitato all'espletamento di una certa attività, non è sempre vero la situazione opposta. Pertanto, «colui che è impossibilitato al compimento di una data attività non è necessariamente incapace, per ragioni afferenti alle facoltà intellettivo-volitivo, di compierla»; In toni più critici, F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007, cit., nella parte in cui osserva che la citata sentenza «fa dipendere l'opzione tra le diverse misure da valutazioni troppo legate all'assetto patrimoniale dell'inabile».

49 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario*, cit., p. 662; R. Russo, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare-* commento a Trib., Varese, decr. 6 ottobre 2009 cit., p. 290. Condivide tale orientamento, C. Priore, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit. p. 108. Infatti, l'autore analizzando i tradizionali istituti di tutela, in particolare l'interdizione, evidenzia come spesso le limitazioni e i divieti propri di tali misure «erano il più delle volte sproporzionati alle oggettive condizioni del malato di mentale».

50 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 247.

amministrazione di sostegno) a valutare la necessità di estendere al beneficiario il sistema delle preclusioni *ex art. 411, u. co, c.c.* A tal fine, dovrà tenere in considerazione non solo l'interesse del beneficiario, ma dovrà anche eseguire un bilanciamento con altri interessi eventualmente presenti, sia individuali sia generali (come ad esempio l'affidamento dei terzi)⁵¹. Nemmeno servirebbe a molto tentare di superare tale ostacolo attraverso l'appello ad altri principi inerenti ad esempio all'interpretazione della legge (art. 12 prel.), all'abrogazione della legge (art. 15 prel.) o contenuti nell'art. 22 Cost.⁵², nonché al capo I e II della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁵³. In altre parole, la valenza prettamente personale di tali atti sembra non ammettere ipotesi rappresentative dei medesimi. Come accennato in precedenza, l'orientamento tradizionale⁵⁴ (e prevalente) è di segno negativo ossia non

51 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 663, nt 15; M. DOSSETTI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 97.

52 La norma vieta espressamente ogni tipologia di privazione, per motivi politici, della cittadinanza, del nome e della capacità giuridica.

53 Il Capo I si apre con il principio volto al rispetto della dignità di ogni individuo. Tale capo si compone di cinque articoli, il primo dei quali, appunto afferma che "la dignità umana è inviolabile". Seguono altri importanti diritti tutelati come il diritto alla vita (e pertanto la condanna della pena di morte), il diritto all'integrità della persona (con la conseguente introduzione dei nuovi diritti della genetica, che impedisce ogni esperimento sugli esseri umani ai quali garantisce integrità fisica, genetica e psichica e che rispetta il "consenso libero e informato" del paziente, vieta la clonazione). Il Capo II, che è il più ampio, si compone di quattordici articoli dedicati al concetto di "libertà" intesa sia nell'accezione classica di libertà personale (comprendente il rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, coscienza o religione, e la libertà di stampa e di opinione, di riunione e di associazione, della scienza e delle arti), sia nell'ottica di nuove accezioni, ossia libertà intesa come diritto all'obiezione di coscienza, alla protezione dei dati personali o diritto di proprietà alle opere intellettuali. Inoltre, si prevede il riconoscimento del diritto a sposarsi e del diritto a costituire una famiglia.

54 F. SANTORO PASSARELLI, *I fatti giuridici*, in *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1970, p. 270; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, V edizione, p. 978; si veda anche L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 659; C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti,

ammette che tali atti possano essere oggetto di strumenti rappresentativi (né legali, né volontari), salvo isolate eccezioni provenienti dalla giurisprudenza di merito⁵⁵.

Ecco che la posizione dell'amministratore di sostegno verso gli atti di natura personale e personalissima del soggetto interessato potrà essere solo un'attività assistenziale, nei termini di "sostegno" e non di "rappresentanza" (ossia non di sostituzione) e, comunque, solo limitatamente ai compiti a lui affidati dal giudice e indicati nel decreto di nomina (art. 405 c.c.). Tale attività non comporterà l'attenuazione della capacità legale del beneficiario e i poteri conferiti all'amministratore (art. 409 c.c.) saranno concorrenti ed eventuali (e non esclusivi o necessari⁵⁶).

L'amministrazione di sostegno, (a cura di), cit. p. 106; G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 43. G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), 2009, p. 340 nella parte in cui sottolinea che dall'attività di tutela del rappresentante legale «rimangono esclusi gli atti di natura personale che non consentono "sostituzione"». Sul punto, ovvero, in generale sul divieto in capo al legale rappresentante di potersi sostituire al soggetto debole nell'esercizio dei c.d. diritti personalissimi, v. in giurisprudenza TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri in *Giur. di Merito*, 2009, p. 2099, con commento di M. Nardelli. In tale pronuncia si osserva come «non è dato rinvenire nell'ordinamento alcuna norma di legge che attribuisca – ovvero autorizzi il Giudice a conferire – a terzi un potere «in bianco» di sostituzione di un soggetto incapace nell'esercizio dei cd diritti personalissimi»; CASS., sez., I, 21 luglio 2000, n. 9582 in *Giur.Civ.*, 2000, III, 3145 che non ammette l'intervento del legale rappresentante, bensì prevede la nomina di un curatore speciale.

55 Si veda Trib. Varese, Decr.. 12.3.2012, in www.cassazione.net. In tale pronuncia il giudice tutelare ha legittimato il curatore speciale (per evitare un conflitto di interesse dato che l'amministratore di sostegno era un parente del beneficiario) a redigere testamento olografo al posto del soggetto interessato, malato di asl, il quale dettava le proprie volontà attraverso un comunicatore oculare.

56 G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, (a cura di), Giuffrè, 2005, P. 124 ss.; A. BULGARELLI, *La "Procura di sostegno" ovvero l'Amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica*, commento a TRIB. PARMA 2 aprile 2004, n. 536, in *Giur. it.*, 2005, p. 1847 e ss.; Trib. Pinerolo, decr. 4.11.2004 e 9.11.2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 1 ss., con nota di A. Venchiarutti, *Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario*, ove, si legge: laddove «la persona beneficiaria non presenti deficit psichici o intellettivi, ma sia impossibilitata a perseguire i propri interessi di natura personale o patrimoniale per effetto di una menomazione fisica, senza ripercussioni nell'ambito cognitivo o volitivo,

Nel corso della trattazione si dedicherà maggior attenzione all'attività assistenziale dell'amministratore.

1.3 Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno: tre misure a confronto.

Dalla precedente analisi consegue che non pare adeguato parlare dell'amministrazione di sostegno come di un *tertium genus*⁵⁷ di protezione da applicare a favore di soggetti impossibilitati a provvedere

*non vi è ragione per comprimere la sfera della sua capacità legale d'agire». Sul punto e sulla possibilità in tali casi per il beneficiario di disporre tramite una procura un potere rappresentativo all'amministratore (potere che troverebbe la sua fonte non nella legge, ma nel «dominus»), v. D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 7; G. F. CONDÒ, *Attività negoziale dell'amministratore di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2005, p. 403. L'autore osserva come la dottrina sia divisa in due orientamenti. Un orientamento che ritiene che l'amministrazione di sostegno non può essere una valida alternativa tra procura e mandato (negando che il soggetto possa rinunciare alla sua capacità d'agire, nonchè osservando che il giudice tutelare si deve limitare a una valutazione non di opportunità, ma a un esame degli impedimenti fisici). Altro orientamento, cui l'autore aderisce, ammette una simile ipotesi in relazione al soggetto debole solo fisicamente, ma perfettamente capace di intendere e di volere data la considerazione che l'amministrazione può applicarsi a un ampio novero di soggetti. A parere dello scrivente (e in linea con l'autore citato) non sembrano sussistere validi motivi per negare l'istituzione dell'amministrazione "a sostegno" di un soggetto con solo menomazioni fisiche dato che ciò risulterebbe perfettamente in linea con la tutela sottesa alla L. 6/2004, ossia sostenere con la minore limitazione possibile chi non è in grado di provvedere ai propri interessi. Anche riguardo alla considerazione sostenuta dal primo orientamento, ossia che il giudice tutelare dovrebbe limitarsi a una considerazione "fisica" della richiesta di nomina dell'amministrazione di sostegno, si osserva la non condivisione della stessa. Infatti, il giudice tutelare, proprio perché è tenuto a valutare la designazione dell'amministratore su base dell'interesse del beneficiario, potendosene discostare solo in presenza di gravi motivi, dovrà valutare anche il bisogno del richiedente.*

57 D. GIANNONE, *Le attribuzioni del giudice tutelare a protezione dell'incapace*, in *Consiglio Superiore della magistratura- incontri di studi- Roma 3-5 ottobre 2002*, fonte telematica. Si pone il quesito L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 102.

autonomamente ai propri bisogni. Si tratta, invece, di un'ulteriore misura di protezione che si affianca a quelle tradizionali⁵⁸.

Data la grande flessibilità dell'istituto in esame, che può essere applicato anche a soggetti per i quali ricorrerebbero i presupposti per l'interdizione o l'inabilitazione, non si spiega il motivo per cui il legislatore non abbia preso una posizione d'urto⁵⁹, abrogando l'istituto

58 V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), p. 154. Concorde sul fatto che a seconda della condizione del beneficiario, questi potrà «essere ora rappresentato ora assistito dall'amministratore», F. RUSCELLO, «*Amministrazione di sostegno*» e tutela dei «disabili». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., pp. 149 e 152. L'autore osserva come l'istituto dell'amministrazione di sostegno si affianca alle misure tradizionali di tutela senza sostituirle; inoltre, osserva che, anche se questo permette di dare protezione «a chi è nella situazione di non poter essere né inabilitato né interdetto», la contestuale "convivenza" delle tre misure di protezione crea «una sorta di discrasia» (ivi, p. 150). Orbene, tutte queste figure tutelari verrebbero ad essere unite dalla linea contigua rappresentata dalla tutela del soggetto debole, pur restando distinte sul piano specifico delle funzioni sottese e delle limitazioni imposte al soggetto destinatario. In tali termini G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 33.

58 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 226; E. CALÒ, *Decreto di nomina*, in *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 104; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 92.; L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 4/2005, p. 409, nella parte in cui osserva che «starà all'interprete individuare la non chiara linea di confine tra i tre istituti, ovvero capire...quando divenga necessario rimettere integralmente a un tutore la cura della persona e del patrimonio, quando sia sufficiente affiancare al soggetto un mero curatore».

59. Denunciano tale mancata presa di posizione C. M. BIANCA, *Premessa*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), *Quaderni di Familia*, 2005, p. 2; Si veda altresì G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 57, nt. 47 e G. BONILINI, *Tutela delle persone prive di autonomia e amministrazione di sostegno*, cit., p. 39 L'autore evidenzia che nonostante l'amministrazione di sostegno sia da considerarsi la misura di protezione da preferire ai tradizionali strumenti di tutela, il legislatore non abbia assunto la decisione forte di abrogare i tradizionali strumenti di tutela, bensì, ne abbia al contrario confermato la, seppur residuale, esistenza a seguito delle diverse novelle apportate ai medesimi istituti. Ancora, S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 217; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1002; E. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Notariato*, 2004, 3, p. 253 nella parte in cui osserva che «il problema centrale dell'intera vicenda dell'amministrazione di sostegno, è costituito dalla problematicissima sua coesistenza con l'interdizione e l'inabilitazione. Un istituto moderno (l'amministrazione di sostegno) si trova a coesistere con due reperti storici (interdizione inabilitazione), che gli ordinamenti più avanzati hanno

dell'inabilitazione⁶⁰. Da un'analisi delle pronunce giurisprudenziali, il confronto che viene più spesso elaborato è quello tra amministrazione di

via via provveduto a espungere»; Denuncia tale mancata presa di posizione anche R. CILIBERTI - A. ZACHEO - T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma*, cit., p. 693; F. RUSCELLO, «*Amministrazione di sostegno e tutela dei «disabili»*. Impressioni estemporanee su una recente legge, cit., p. 152. L'autore, aggiunge, in termini esplicitamente a favore di un'eliminazione degli istituti tradizionali di tutela, che non solo tale decisione avrebbe «*potuto determinare disposizioni di diverso tenore e più aderenti al rispetto della persona priva, in tutto o in parte, della capacità di provvedere ai propri interessi»*, ma che «*potevano riformularsi talune disposizioni, inspiegabilmente trascurate dalla legge, che ancora si giustificano in una logica pretesa a vietare piuttosto che a promuovere»* (ivi, p. 155), nonché, infine, che tali problematiche non possono esaurirsi nei «*pur nobili tentativi di una, per altro parziale, legislazione "di sostegno"*» (ivi, p. 156); D. SIMEOLI, voce *amministrazione di sostegno*, II (profili sostanziali), cit., p. 3. L'autore evidenzia come il legislatore italiano a differenza di altri legislatori (austriaco e francese) ha preferito far convivere le tre misure di protezione piuttosto che prendere una decisione più drastica; F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 164; L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2005, p. 409 nella parte in cui osserva che il legislatore avrebbe potuto dare all'amministrazione di sostegno anche una «*portata più estesa...con ciò venendosi a sostituire agli istituti già previsti di interdizione e inabilitazione»*. Più cauto C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit. p. 116. L'autore, infatti, pone l'accento sulla considerazione che l'eventuale abolizione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione avrebbe comportato un notevole ritardo nell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, in quanto il legislatore avrebbe dovuto considerare la figura del beneficiario in relazione a tutte le ipotesi che una volta riguardavano l'interdetto e l'inabilitato. Inoltre, l'autore evidenzia che una totale soppressione degli istituti tradizionali avrebbe comportato un allungamento dei tempi nell'entrata in vigore dell'amministrazione di sostegno e che, quasi per colmare tale mancata operazione, il legislatore abbia novellato l'art. 411 c.c. prevedendone il 4° comma (ivi, p. 110). A parere dello scrivente si ritiene maggiormente condivisibile tale ultimo orientamento, poiché del tutto in linea con l'intenzione del legislatore, non spiegandosi altrimenti l'esistenza di tale disposizione; G. LOMBARDI, *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, Giappichelli, 2008, nella parte in cui osserva, riguardo ai vari soggetti che possono essere beneficiari di amministrazione di sostegno, che «*...gli strumenti tradizionali come l'interdizione e l'inabilitazione non servono più pienamente a porli nella luce giusta»*, aggiungendo che il loro utilizzo sarebbe come pensare all'uso di un «*cannone per qualcosa che bisognerebbe molto più semplicemente di un proiettile più leggero»*. Da ultimo si ricorda il progetto di abrogazione dei tradizionali istituti di tutela firmato da P. Cendon il 16.12.2006 e che successivamente è divenuto progetto di legge n. 510 della XVI legislatura (Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione), e che successivamente è stato presentato il 29.4.2008 su iniziativa dell'On. Osvaldo Napoli e confirmatari.

60 Dello stesso parere C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 110. L'autore evidenzia, infatti, come ciò si evince non solo dalla modifica apportata dal legislatore alla rubrica del Titolo XII del Libro primo ora intitolata «*Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia»* (a differenza della formulazione precedente «*Dell'infermità di mente,*

sostegno e interdizione⁶¹. Sul punto, la Corte Costituzionale, con un'importante ordinanza⁶², ha evidenziato una differenza sostanziale tra

dell'interdizione e dell'inabilitazione") ma, altresì dal titolo dell'art. 414 c.c. che individua le persone che possono essere interdette non più in toni assoluti. G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 36. Evidenzia come già la dottrina degli anni ottanta aveva sottoposto ad una critica gli istituti tradizionali L. Milone, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., pp. 86, nt. 5 e 103; A. FAROLFI, *Finalità ed effetti dell'amministrazione di sostegno*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 218. Per una visione del pensiero della dottrina tradizionale; R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., p. 755 e ss; P. CENDON, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Giur. it.*, 1988, IV, p. 117 e ss; Osserva che «nessuna utilità pratica riveste l'inabilitazione» D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali)", cit., p. 6; Pone l'accento sulla questione, parlando di «sovrapposizione dell'ambito sostanziale di applicazione dell'amministrazione di sostegno e di quello dell'inabilitazione» F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 199. Parla in termini di sovrapposizione, M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 394.

61 Sul punto, parlando dell'inabilitazione come di una "replica" dell'amministrazione di sostegno L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 102. F. SANTORO PASSARELLI, *Le persone fisiche*, in *Dottrine generali del diritto civile*, cit.

62 Si tratta dell'Ordinanza della CORTE COST. 9.12.2005 n. 440, *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 4-5, p. 851 con nota di U. ROMA, *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 863 nella parte in cui riferendosi alla suddetta pronuncia della Corte Costituzionale ne evidenzia il merito di «aver sancito una ricostruzione del sistema di protezione che vede amministrazione di sostegno, inabilitazione ed interdizione allinearsi in ordine crescente...». Sulla citata ordinanza si veda anche U. MORELLO, *Fondamenti costituzionali*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 32-36. Con tale pronuncia la Corte Costituzionale ha rigettato l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Venezia, sezione di Chioggia, che lamentava la mancanza di chiari criteri in grado di orientare l'interprete nella scelta della misura di protezione da applicare, affermando che spetta al giudice il compito di individuare la misura di protezione da applicare, maggiormente adeguata alla fattispecie, con la minore limitazione possibile della capacità del beneficiario. Altresì, ha affermato che, qualora il giudice decida di applicare l'amministrazione di sostegno, lo dovrà fare rivestendo l'amministratore di poteri proporzionati e puntuali alle caratteristiche del caso concreto. Sulla questione di costituzionalità si veda TRIB. VENEZIA, sez. Dist. Chioggia, 24 settembre 2004, in *Notariato* 2005, p. 249, con nota di E. CALÒ, *Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta*, cit.; Sul tema anche D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali)", cit., p. 5; Sulla questione relativa ai confini tra le tre misure si veda anche M. VELLANI, voce "Interdizione e inabilitazione (procedimento di)" in *Enc. dir.*, 2007, p. 2; F. TOMMASEO, voce "Amministrazione di sostegno, I, (diritto processuale civile)", cit., p. 3; M. DOSSETTI, *Effetti dell'amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, Milano 2004, p. 77. L'autore sottolinea che sarà l'analisi della residuale capacità di intendere e volere del soggetto a poter orientare l'interprete nell'applicazione della misura di protezione; D. SIMEOLI, voce *amministrazione di sostegno, II (profili*

l'interdizione e l'amministrazione di sostegno, sostenendo non solo che i poteri dell'amministratore di sostegno non possono coincidere «integralmente» con quelli del tutore. Infatti, a differenza dell'interdetto, il beneficiario di amministrazione di sostegno mantiene sempre, seppur limitata, la capacità di agire. Pertanto, l'istituto dell'interdizione è applicato a tutte quelle ipotesi in cui il giudice non solo si trova di fronte a un soggetto incapace nei termini *ex art. 414 c.c.*⁶³, ma anche laddove questi

sostanziali), cit., p. 5; V. anche F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007.

63 Sul punto si veda P. PAZÈ, *L'amministrazione di sostegno*, in *www.minoriefamiglia.it*, p. 7. L'autore precisa che «l'interdizione deve essere limitata ai casi in cui sia effettivamente necessaria perché l'amministrazione di sostegno non appare idonea a realizzare la piena tutela dell'interessato»; si veda altresì L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 110; S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 218 e 219; C. M. BIANCA, *Premessa*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 2; P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in S. Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (cura di), Milano, 2002, p. 31. Si veda anche R. CILIBERTI – A. ZACHEO – T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma*, cit., p. 686 e 687; U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, cit., p. 227; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1014. L'autore sottolinea come non si debba cadere in nessuna forma di “automatismo” verso l'interdizione e l'amministrazione di sostegno, soprattutto a fronte di quelle situazioni in cui il soggetto presenta dei «periodi di incapacità psichica temporalmente così ridotti da elidere in pratica la stessa abitudine dell'infermità». In giurisprudenza si veda TRIB. PARMA, 2 aprile 2004 (decreto 1707 e 1708), in *Guida al dir.*, 2004, n. 20, p. 120 e ss. Il richiamo a tale pronuncia, una delle prime in materia di amministrazione di sostegno, risulta necessario per evidenziare come l'applicazione della misura dell'amministrazione di sostegno è stata basata proprio su un (frettoloso) automatismo. Infatti, il giudice tutelare ha prima investito l'amministratore di sostegno del «potere di compiere, in nome e per conto del beneficiario, qualsiasi atto di amministrazione ordinaria e straordinaria di disposizione relativamente a tutti i beni mobili ed immobili di proprietà della beneficiaria», per poi precisare che «la beneficiaria conserva la facoltà di compiere gli atti sopra indicati senza l'assistenza dell'amministratore di sostegno». Osserva inoltre come alle misure tradizionali di protezione fosse sempre sotteso un effetto di protezione sproporzionato oltre che una natura di «stampo punitivo», G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando – L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 11.; in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, (a cura di), cit.; S. FUCCI, *Amministrazione di sostegno, cura della persona e direttive anticipate*, in P. Borsellino – L. Feola – D. Forni, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate* (a cura di), Varese, 2007, p. 175; E. CARBONE, *Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, cit., p. 1050 nella parte in cui,

sia titolare di un patrimonio talmente ingente da richiedere una tutela e protezione patrimoniale maggiormente garantita dall'interdizione⁶⁴.

relativamente al delicato ruolo a cui è chiamato il giudice tutelare, osserva che questi è «il nuovo dominus dello statuto civilistico dell'infermo di mente nella strategia riformistica di progressivo declino degli istituti tradizionali». Sulla residualità dell'istituto dell'interdizione si veda anche R. MASONI, *Presupposti sostanziali dell'applicazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 81-87. L'autore, in commento di alcune pronunce di merito (es. TRIB. MODENA, 15 novembre 2004, TRIB. VENEZIA, 13 ottobre 2005, TRIB. BOLOGNA, 31 gennaio 2008), osserva come ormai l'interdizione è «degradata perciò a misura meramente residuale».

64 Sulla considerazione che l'interdizione risulta maggiormente efficace sul piano della tutela patrimoniale, si veda G. PETRELLI, sub art. 414, in G. Alpa e V. Mariconda, *Codice Civile Commentato* (a cura di), 2009; R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obbiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., p. 760. L'autore, denunciando la necessità di tutelare l'interdicendo anche riguardo al piano personale, evidenzia che la (primaria) tutela patrimoniale sottesa all'interdizione è tesa a «immunizzare il patrimonio del disabile dal rischio di pregiudizi e dispersioni», ma nello stesso tempo crea la chiusura dello stesso in un «quadro rigido, preconstituito e senza ritorno» e in sub art. 414, in G. Cian -A. Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile* (a cura di CIAN), 6^a ed., p. 551; G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 6 e in *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 36 e 43. Si veda anche G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 41, 47. L'autore evidenzia come l'esigenza di realizzare la tutela patrimoniale sia tesa a proteggere non tanto gli interessi del soggetto debole, quanto, piuttosto, quelli dei suoi familiari. In pari termini, ossia evidenziando come la tradizionale tutela era tesa a una maggiore protezione dei soggetti familiari o dei potenziali eredi, si veda U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1001 e ss., in particolare nt. 15 nella quale, richiamando anche il pensiero di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile* 3, Napoli, 1934, p. 19 e ss, osserva come il tenore letterale del codice del 1865 (art. 836, 1° co. c.c.) fosse prova di come il soggetto debole era visto negativamente dalla società e di come questa fosse maggiormente preoccupata di tutelare se stessa piuttosto che il soggetto debole; infatti, le domande di interdizione e inabilitazione erano presentate "contro" la persona. Ancora l'autore, pur ritenendo che l'interdizione rimane, ad oggi, lo strumento tipico con il quale dar luogo «alla più ampia incapacitazione del soggetto in vista di una sua protezione patrimoniale» (ivi p. 1036), precisa che il giudice dovrà valutare la consistenza patrimoniale del soggetto, in quanto, nell'ipotesi di un patrimonio composto solo da una casa/abitazione o proventi pensionistici, l'autorità giudiziale potrà istituire l'amministrazione di sostegno (ivi. P. 1034). Riguardo alla presenza di una maggiore tutela patrimonialistica sottesa ai tradizionali istituti, vedi anche C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit. p.108; F. RUSCELLO, «*Amministrazione di sostegno e tutela dei «disabili». Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 151. L'autore nota come gli istituti tradizionali avevano «l'esclusivo intendimento a salvaguardare gli interessi di natura patrimoniale del soggetto infermo e dei suoi familiari». Pone l'accento sul tema F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 170 e 199; E. V. NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in S. Patti *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 15, nella parte in cui nota come la misura dell'interdizione sia «già interessata da un declino di effettività». In toni più critici, evidenziando come la ormai residualità dell'interdizione è da ravvisare nelle troppo rigide condizioni della gravità dell'infermità di mente e che tale infermità sia tale da

Pertanto, come è stato evidenziato⁶⁵, mentre per i soggetti interdicensi indipendentemente dal loro vissuto, il provvedimento di tutela sarà identico perché già prefigurato a monte, per i soggetti destinatari di amministrazione di sostegno, il contenuto del provvedimento di nomina raramente si ripeterà. Di conseguenza,

pregiudicare la gestione del patrimonio, vedi P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in S. Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (cura di), Milano, 2002, p. 37. Evidenzia tale primaria tutela patrimonialistica nei tradizionali istituti, D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 14; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit. p. 29, 36-37; G. FERRANDO, *Le finalità della legge*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 21 nella parte in cui osserva che l'amministrazione di sostegno porta maggior supporto sul piano della cura degli interessi personali del disabile, «smentendo l'immagine dell'interdizione come istituto teso a perseguire in via prevalente scopi di natura patrimoniale». In termini critici riguardo alla natura prettamente patrimonialistica sottesa all'interdizione L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, cit., p. 415 nella parte in cui osserva che ciò «rischia di venire percepita come iniquamente discriminante tra soggetti che, in condizioni paritetiche di incapacità, si riputerebbero "penalizzati" da una pronuncia di interdizione solo se titolari di un consistente patrimonio»; U. MORELLO, *Fondamenti costituzionali*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 32 nella parte in cui, riferendosi all'istituto dell'interdizione, osserva che il medesimo, nei confronti del soggetto debole, «si preoccupa fundamentalmente della conservazione del suo patrimonio e molto meno della sua vita quotidiana, dei bisogni, degli interessi esistenziali, delle aspettative e aspirazioni». In giurisprudenza CASS., 12.6.2006, n. 13584, cit. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 275 ss., con nota di U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*. La richiamata Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che tanto la «gravità e durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento», quanto «il tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario» devono essere considerati insieme a «tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie». Di orientamento diverso era CASS., sez. I, 18 dicembre 1989, n. 5652 in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 512, precisando che «si possono avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella di persona nominata tutore anche in assenza di patrimoni da proteggere: e si pensi a persona la cui sopravvivenza è messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) ad interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre od anche il ricovero in ospedale per urgenti e necessari interventi sanitari». Si veda Trib. Bologna, 1 agosto 2005, n. 2016, in *fam. e dir.* 2006, p. 54 nella parte in cui osserva che la misura dell'amministrazione di sostegno non appare adeguata a proteggere un soggetto «non collaborante...dotato di un patrimonio di notevole entità».

65 P. CENDON, *La follia si addice ai convegni*, cit., p. 43; Sul punto, ossia sulla questione della "perimetrazione" delle misure di protezione, in commento alla sent. 13584/2006, P. CENDON - R. ROSSI, *Ambito applicativo delle diverse misure di protezione*, in P. Cendon, *Amministrazione di sostegno, motivi ispiratori e applicazioni pratiche* (a cura di), tomo 1°, 2009, p. 267-273.

nell'amministrazione di sostegno, due beneficiari con statuti perfettamente uguali⁶⁶ non potranno coesistere.

L'anzidetta diversità strutturale che intercorre tra l'istituto dell'interdizione e quello dell'amministrazione di sostegno è, secondo un certo orientamento giurisprudenziale⁶⁷, il parametro che può essere

66 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 660, nt. 4; P. CENDON, *La follia si addice ai convegni*, ult. op. cit. p. 43. Sul punto, ossia sull'impossibilità del decreto ex art. 405 c.c. di avere un contenuto "standardizzato" si veda, G. Ferrando, *Introduzione*, in *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 3. L'autore precisa che i compiti dell'amministratore di sostegno non sono stabiliti definitivamente dal legislatore, bensì, sono stabiliti ed indicati a seconda delle esigenze di protezione di ciascun soggetto debole; M. C. ANDRINI, *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, cit. p. 167, nt. 15. Sul punto vedi anche U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1007. L'autore precisa che se di uguaglianza si vuole parlare, lo si può fare solo prendendo in considerazione l'attività d'esame a cui è chiamato il giudice tutelare. Infatti, «*va osservato che lo schema di giudizio a cui è chiamato il giudice tutelare a fronte di un'istanza di amministrazione di sostegno è identico, nella struttura, a quello di interdizione*». Il giudice tutelare dovrà «*accertare l'esistenza di una causa impeditiva (o riduttiva) dell'attitudine del soggetto a provvedere ai propri interessi (l'infermità o menomazione fisica o psichica), l'effettiva privazione di tale attitudine (autonomia, secondo l'art. 1 L. 6/2004) ed il nesso causale esistente tra la prima e la seconda*». Ancora, l'autore osserva che sarebbe inammissibile «*un decreto di nomina dell'amministratore che giunga alla totale ablazione della capacità d'agire del beneficiario, equiparandolo in sostanza all'interdetto*» e ritiene che «*espungere dall'applicazione dell'amministrazione di sostegno*» le debolezze nei termini ex art. 414 c.c. risulta essere «*difficilmente evitabile*» data la «*parziale coincidenza sostanziale dei presupposti del nuovo istituto e dell'interdizione*», nonché data «*la mancata definizione di un sicuro criterio che risolva l'alternativa tra le due misure applicabili*» (ivi p. 1037). L'autore rileva comunque che la scelta dell'amministrazione di sostegno permetterebbe al soggetto di «*compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana (art. 409, 2° co. c.c.)*»; e in *Potenzialità e flessibilità applicative dell'amministrazione di sostegno: dagli schemi predefiniti dell'interdizione alla personalizzazione della misura di protezione affidata al giudice tutelare*, Convegno del 26 novembre 2010 svoltosi a Rovigo durante il quale ha osservato che «*prima dell'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, questi provvedimenti di tutela apparivano essere "standardizzati", emessi cioè "in serie", senza effettivamente rispondere alle esigenze di tutela della persona destinataria degli stessi*»; S. TRENTANOVI, *I provvedimenti adottati dal giudice tutelare per la cura della persona con scarsa autonomia del suo patrimonio. il difficile compito del giudice tutelare e la necessaria cooperazione del ricorrente*, Convegno del 26 novembre 2010 svoltosi a Rovigo, durante il quale ha osservato che «*il decreto del giudice non può considerarsi perfetto, ma deve essere considerato imperfetto, tendente a perfezionarsi in itinere, parallelamente ad ogni cambiamento del beneficiario, ad ogni mutazione di sentimento e di cura*». In giurisprudenza, vedi. CORTE COST., 9.12.2005 n. 440, cit. e in www.cortecostituzionale.it.

67 TRIB. MONZA, 6 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, 242 e ss; TRIB. ANCONA 17 marzo 2005 in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno* [3640], n. 103. In tale ultima pronuncia si osserva come sia condiviso «*l'orientamento assolutamente prevalente dei giudici marchigiani che pongono come fatto preclusivo*

utilizzato dal giudice per l'applicazione del primo istituto piuttosto che del secondo. Infatti, «due sono le valutazioni che possono indirizzare verso l'interdizione: in negativo l'inidoneità in concreto dell'amministrazione di sostegno, che diviene così la prima misura da applicare e da sperimentare e da respingere solo nel caso in cui si riveli inidonea; in positivo la necessità, nel senso di indispensabilità, di arrivare alla misura ablativa della capacità (interdizione) per assicurare la protezione richiesta⁶⁸».

Tuttavia, la Corte di Cassazione⁶⁹ ha avuto modo di precisare che «l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa»,

per l'istituto dell'amministratore di sostegno uno stato mentale dell'amministrando talmente grave da non consentirgli una "comprensione" ed una "volontà" idonee».

68 TRIB. MESSINA, 14.9.2004, in *Dir. e giust.*, n. 38, 2004, 39 ss., con nota di G. Rispoli; TRIB. FIRENZE 3 giugno 2004, in *Foro It.*, 2005, I, 3482. In tale occasione fu istituita la misura dell'interdizione nonostante il soggetto fosse in difetto solo in minima parte della capacità di intendere e volere; TRIB. NOCERA 8 luglio 2004, in *Giur. di merito*, 2005, I, p. 242; In dottrina si veda P. MATERA, in G. Salito - P. Matera, *Amministrazione di sostegno tra Sein und sollen*, in *Giur. di merito*, 2005, p. 1097.

69 CASS., 12 giugno 2006, n. 13584, cit., confermata da CASS., 29 novembre 2006 n. 25366, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 49, p. 36 con nota di Fiorini. Sul punto si nota come vario sia (stato) il panorama giurisprudenziale a riguardo: Infatti, vi sono (stati) casi in cui è stato ritenuta inidonea l'amministrazione di sostegno riguardo a quei soggetti che, seppur colpiti da un ritardo mentale lieve, sono stati ritenuti non pienamente capaci di far fronte agli atti di straordinaria amministrazione e pertanto ritenuti maggiormente idonei a essere inabilitati. Sul punto v. TRIB. GENOVA, 26 maggio 2005; v. TRIB. GENOVA 28 settembre 2005. Il tribunale ha ritenuto l'amministrazione di sostegno inidonea a proteggere il soggetto che soffriva di una compromissione della possibilità di relazione con i terzi. In altre occasioni, la giurisprudenza di merito ha ritenuto idonea l'interdizione data «la scarsa collaborazione del soggetto» o la «mancanza di coscienza di malattia» da parte dello stesso. Sul punto, si veda TRIB. GENOVA 5 marzo 2007. Si osserva che in tutti questi casi l'organo giudicante avrebbe potuto preferire l'amministrazione di sostegno, assicurando al soggetto una piena protezione in virtù dell'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. Sul punto anche CASS., sez. I, 22 aprile 2009, in www.dejure.giuffre.it e TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri, cit., p. 2113, in part. nt. 36.

pertanto «*appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto della complessiva condizione psico-fisica del soggetto da assistere e di tutte le circostanze caratterizzanti la fattispecie*».

Meno problematico l'istituto dell'inabilitazione, dato che anche i soggetti che attualmente ne possono essere destinatari (ovvero i prodighi o coloro che fanno uso di sostanze stupefacenti o alcoliche tali da porre a repentaglio se stessi o i loro familiari) possono benissimo essere destinatari di amministrazione di sostegno in quanto strumento legislativo di tutela maggiormente rispondente alle esigenze sia del soggetto incapace, ma non grave nei termini *ex art. 414 c.c.*, sia dei principi portanti dell'ordinamento, tra i quali quello di economia processuale⁷⁰.

A questo proposito, si evidenzia che il procedimento di amministrazione di sostegno segue le regole dettate dall'art. 720 *bis* c.p.c., i cui effetti vengono a prodursi dal momento in cui il giudice tutelare emette il decreto; quelli dell'interdizione e inabilitazione dal giorno della pubblicazione della sentenza da parte del tribunale in composizione collegiale. Quindi, mentre le decisioni inerenti ai poteri dell'amministratore di sostegno, incluse le eventuali richieste e modifiche, vengono "gestite" dal giudice tutelare, quelle inerenti al procedimento di interdizione e inabilitazione richiederanno la riunione del collegio con il

⁷⁰ Ciò in contrapposizione alla lunghezza, onerosità e complessità dei tradizionali procedimenti giurisdizionali di tutela. Si veda D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 2.

rischio di un aumento dei costi burocratici dei provvedimenti di pronuncia (art. 46 bis Disp. att. c.c.) e dei tempi processuali⁷¹.

1.4 *L'attività dell'amministratore di sostegno: tra rappresentanza e assistenza del soggetto debole.*

Così come si evince dal contenuto dell'art. 405, 3° e 4° co., c.c., l'attività a cui è chiamato l'amministratore di sostegno può avvicinarsi ora a quella di assistenza, tipica del curatore⁷², ora a quella di rappresentanza propria del tutore, presentandosi come una figura "ibrida"⁷³. A seconda del grado di infermità, menomazione o impossibilità cui può essere affetto il beneficiario, la figura dell'amministratore di sostegno potrebbe essere

71 A riguardo, va messo in risalto che la non obbligatorietà dell'assistenza di un legale nel procedimento di amministrazione di sostegno e l'esenzione da spese di registrazione degli atti e dal pagamento del contributo unificato, permettono un procedimento più snello e quindi anche meno costoso, rispetto a quello dei tradizionali uffici di tutela. Sul punto, vedi U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1038, nt 31; P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in S. Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (cura di), cit., p. 31 e ss. Così anche CASS., sez., I, 12.06.2006, n. 13584, cit., richiamata da TRIB. TORINO, Sez. VII, 26 febbraio 2007 – Pres. Ponzetto - Rel. Giannone, in *Fam e dir.*, 7, 2007, p. 722.

72 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini – A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 226; E. CALÒ, *Decreto di nomina*, in *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 104; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 92.; L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2005, p. 409 nella parte in cui osserva che «starà all'interprete individuare la non chiara linea di confine tra i tre istituti, ovvero capire...quando divenga necessario rimettere integralmente a un tutore la cura della persona e del patrimonio, quando sia sufficiente affiancare al soggetto un mero curatore».

73 Concorde sul termine G. SALITO, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio* in *Notariato*, n. 6/2004, p. 663: L'a, riguardo alla nuova figura di protezione introdotta dalla L. 6/2004, osservano che della stessa si può parlare come di una «figura nuova, a tratti ibrida, in cui i due momenti dell'assistenza e della rappresentanza coesistono tra loro...»; T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), *Quaderni di Familia*, 2005, p. 134.

assimilata maggiormente alla figura del tutore dell'interdetto⁷⁴, rivestendo principalmente funzioni di rappresentanza per quegli atti che il giudice indicherà nel decreto (si pensi, ad esempio, agli atti sanitari che saranno oggetto di analisi del capitolo 4); dall'altra parte, invece, poiché l'art. 1 della l. 6/2004 specifica che la tutela derivata dall'amministrazione di sostegno dovrà limitare il meno possibile la capacità d'agire del soggetto debole⁷⁵ appare più esatto assimilare la figura dell'amministratore di sostegno a quella del curatore e la sua attività a un'attività maggiormente assistenziale⁷⁶. L'amministratore di sostegno interviene come *auxilium* in un procedimento che può essere riconducibile a un modello di protezione

74; V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), p. 156 e 158. L'autore sottolinea come «il conferimento del potere di rappresentanza non vale ad escludere la capacità di agire del rappresentato» che dovrà essere preventivamente informato sull'atto da compiersi in nome e per suo conto, pena annullabilità dell'atto medesimo»; S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 220. L'autore precisa che laddove in giudice abbia rimesso il compimento di atti alla rappresentanza o all'assistenza dell'amministratore di sostegno, la capacità del beneficiario sarà «circostrita», ma non verrà del tutto a mancare.

75 A riguardo alcuni autori parlano di "speciale incapacità legale" del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno. Si veda C. M. BIANCA, *Atti del convegno sulla riforma dell'interdizione-quaderni di familia*, Milano, 2002, p. 119 ss.

76 R. PESCARA, cit., p. 776; M. DOSSETTI, *L'oggetto dell'incarico*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione*, cit., 44. Gli autori precisano come riguardo a quegli atti che devono essere compiuti personalmente dall'interessato, ossia gli atti di natura personalissima, non si possa parlare in termini di rappresentanza. Si veda anche C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'Amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 111; M. DI BARTOLOMEO, *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di «amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi»*, in *Rassegna dir. civ.*, 1/1994, p. 238 nella parte in cui osserva che «malgrado le nuove difficoltà per individuare quali atti possono essere compiuti dal beneficiario soltanto con l'assistenza dell'amministratore di sostegno -si può ipotizzare che si tratti di atti di natura patrimoniale poiché quelli di natura personale non si prestano ad essere disciplinati dalle norme sul contratto...»; R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 170 nella parte in cui sottolinea che i poteri di assistenza che il giudice riconosce all'amministratore di sostegno devono trovare «il modello di riferimento nella curatela di minori emancipati e degli inabilitati (artt. 394 e 424 c.c.)».

*ad acta*⁷⁷. La riprova di quanto finora argomentato è l'art. 409, 1° co., c.c., parametro interpretativo della figura dell'amministratore di sostegno⁷⁸.

77 Sul punto si veda D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 2. L'autore osserva che l'amministrazione di sostegno ha permesso di «sfuggire alle rigidità dell'interdizione e allo stesso dogma della incapacità...», limitandosi a «conformare il regime di singoli atti secondo un modello di rappresentanza ad acta»; A. FAROLFI, *Finalità ed effetti dell'amministrazione di sostegno*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 225 nella parte in cui osserva che «deve perciò ritenersi che, diversamente dall'approccio "totalizzante" dei tradizionali istituti interdittivi, l'amministrazione di sostegno possa e debba avere contenuti ed effetti mirati, costruiti "su misura" in ogni situazione concretamente portata all'attenzione del g.t., che possono andare dalla nomina di un amministratore ad acta, al limite finalizzata al solo compimento di un unico atto...». In tali termini, si è pronunciata la CORTE DI CASS., sez. III, del 15 settembre 2008, con la sentenza n. 23676 in www.personaedanno.it e in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 170 nella parte in cui, in ambito di interventi sanitari da eseguire nell'interesse del soggetto debole, osserva che il dissenso o consenso a tali interventi potrà essere manifestato dall'amministratore di sostegno a mezzo della rappresentanza ad acta della quale è rivestito a mezzo del decreto ex art. 405 c.c.

78 In toni critici riguardo all'esclusività della rappresentanza e la necessità dell'assistenza si pone E. CALÒ, *Statuto del beneficiario*, in *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 127. L'autore, ritiene che l'aggiunta delle espressioni "necessaria" ed "esclusiva" sia stata voluta dal legislatore al solo fine di dare rilevanza all'imprescindibilità dell'assistenza o della rappresentanza verso determinati atti. In altre parole, l'assistenza e la rappresentanza a cui si fa riferimento nell'art. 409 c.c. sono le stesse richiamate dall'art. 405 c.c. "Necessaria" ed "esclusiva" devono essere interpretati nel senso rafforzativo del concetto di assistenza e rappresentanza. Sul concetto di rappresentanza, altresì, l'autore puntualizza che sarebbe più opportuno parlare di rappresentanza concorrente. C. M. BIANCA, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione (a cura di)*, 2002, p. 120. L'autore propone l'uso della più chiara distinzione tra "atti di competenza esclusiva" e "atti di competenza concorrente"; Si veda anche V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, p. 156. L'autore ritiene che, se il legislatore avesse inteso rimettere alla rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, da intendere in senso stretto, il compimento di alcuni atti (di natura patrimoniale), avrebbe dovuto evidenziarlo in termini più chiari nel 3° co. dell'art. 404 c.c. Sul tema, in toni meno critici, si veda anche M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in cit., p. 395 nella parte in cui, riguardo al termine "rappresentanza necessaria", usato dal legislatore nell'art. 409 c.c., osserva come in tal modo lo stesso legislatore ha voluto ammettere anche (quindi non solo) ipotesi di rappresentanza inibente; T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L'amministrazione di sostegno (a cura di)* cit. p. 121, nt. 5. L'autore precisa che l'uso del termine "esclusiva" non sia da intendere solo in termini «pleonastici», ritenendo che con l'espressione "rappresentanza esclusiva" il legislatore abbia voluto fare riferimento a una rappresentanza esclusiva dell'amministratore ossia non nei termini della rappresentanza "volontaria" e, pertanto, escludendo un'eventuale possibilità contestuale del beneficiario di compiere lo stesso atto. In termini analoghi, L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 83. Si osserva che entrambi gli orientamenti sono parzialmente condivisibili. Il primo perché, come si evince dal contenuto dell'art. 405 c.c., i poteri di rappresentanza o assistenza devono essere pur sempre determinati dal giudice tutelare, in quanto il beneficiario, nei limiti del possibile, rimane l'unico titolare dell'atto dato che grava

Capitolo Secondo

LA NATURA DEGLI ATTI RIFERENTESI ALLA QUESTIONE DI INTERESSI ESISTENZIALI DEL BENEFICIARIO DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

Sommario: 2. Nozioni generali - 2.1 La nozione di "atto personalissimo" e di "atto personale" - 2.2 Il criterio per la valutazione dell'autonomia del soggetto debole: la capacità di intendere e volere - 2.3 L'amministratore di sostegno riguardo agli atti di carattere personale del beneficiario: rappresentante, curatore o *nuncius*? - 2.4 L'art. 394 c.c.: una chiave di lettura dell'attività di assistenza dell'amministratore di sostegno - 2.4.1 L'irrilevanza della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione - 2.4.2 Il concetto di assistenza

2. Nozioni generali.

Ex art. 405 c.c., il giudice deve indicare dettagliatamente nel decreto gli atti che l'amministratore potrà compiere in rappresentanza del soggetto debole, quelli da compiere in regime di assistenza con lo stesso, con il limite per gli atti di natura personalissima. Prima di addentrarsi nel cuore della trattazione, si ritiene propedeutico fare chiarezza sul concetto di "atto personalissimo".

sull'amministratore un dovere di informazione verso lo stesso (art. 410 c.c.). Il secondo, in quanto sia nel momento iniziale di stesura del decreto di nomina, sia in un momento successivo, il giudice tutelare può ampliare o ridurre il potere di rappresentanza o assistenza conferito all'amministratore di sostegno che in alcuni casi può assumere i toni di una rappresentanza esclusiva (es. cure mediche), nonostante, di fondo ci sia sempre la volontà del soggetto.

All'interno della categoria degli atti giuridici, facendo leva sul concetto di volontà, viene in rilievo un'ulteriore figura di atto giuridico, ossia quella del negozio giuridico⁷⁹. A differenza degli atti giuridici in senso stretto, i negozi giuridici rappresentano non solo una mera volontà, ma una volontà diretta a uno specifico fine tutelato dall'ordinamento⁸⁰, con cui i privati determinano i propri interessi nell'ambito dell'autonomia loro riconosciuta. Proprio facendo leva su tale volontà, non sembrano esserci dubbi nel ricondurre nella categoria del negozio giuridico gli atti inerenti alla sfera personale del beneficiario di amministrazione di sostegno. Rimane da stabilire se quanto detto vale per tutti gli atti inerenti alla sfera personale del beneficiario.

Tutti gli atti che riguardano la sfera personale del beneficiario sono da ricondurre nella categoria del negozio giuridico e, in quanto tali, devono essere assoggettati al divieto di rappresentanza⁸¹?

79 A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2009, p. 84.

80 A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2009 p. 149; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1958, p. 36; G. MIRABELLI, voce "negozio giuridico (teoria)", in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978, p. 9; F. SANTORO PASSARELLI, voce "atto giuridico", in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 205 nella parte in cui precisa che nel negozio «si riscontrano due distinte volontà, o come anche si dice, due diverse direzioni del volere: la volontà dell'atto o volontarietà, e la volontà rivolta alla produzione degli effetti che, in quanto caratterizza solo il negozio, si chiama anche volontà negoziale».

81 Il riferimento è, ad esempio, all'atto di matrimonio e all'atto di testamento che non ammettono rappresentanza (di cui al cap. 4 e 6). Ancora, si veda anche A. FALZEA, voce «capacità», *teoria generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1960, p. 28. L'autore precisa che gli atti che non ammettono sostituzione, ossia quelli strettamente inerenti al loro titolare, come appunto quelli personalissimi, devono essere compiuti da quest'ultimo ossia da colui che diverrà titolare della situazione giuridica conseguente, altrimenti non possono essere compiuti; F. SANTORO PASSARELLI, *Le persone fisiche*, in *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 25 e in F. SANTORO PASSARELLI, *La sostituzione nell'attività giuridica in Dottrine generali di diritto civile*, cit., p. 270 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975, p. 65 e 230 ss.; R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obbiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., p. 851. Affronta la questione de qua anche M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla*

A tal proposito, si ritiene necessario contrapporre alla figura degli atti personalissimi quella inerente ad altri atti, pur sempre attinenti alla sfera personale dell'interessato, ma, per il compimento dei quali, come si vedrà nel corso della trattazione (cap. 4, cap. 5), l'ordinamento sembra ammettere l'uso di strumenti rappresentativi e che possono qualificarsi come "atti personali".

Pertanto, si può affermare che la distinzione tra atti personali e atti personalissimi non può essere fondata sul piano meramente teorico o sostanziale, bensì su quello maggiormente pratico. Ciò, in quanto anche gli atti personali (es., il consenso all'atto medico⁸² o l'atto teso all'esercizio dell'azione di separazione e divorzio⁸³) rappresentano, al pari di quelli personalissimi, la manifestazione delle libertà intime della persona, ossia

sostituzione al sostegno, in S. Rodotà- P. Zatti, *Trattato di Biodiritto* (diretto da), III, Giuffrè, Milano, 2011, p. 378. Riguardo a tali atti, in dottrina, c'è chi ne evidenzia la natura non patrimoniale (anche se dal loro esercizio possono verificarsi effetti di tale natura), nonché i caratteri di indisponibilità, inalienabilità, e imprescrittibilità. Si veda sul punto ad es. G. GRAZIOSO, *Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell'interdetto infermo di mente in relazione all'azione di divorzio*, in *Dir. Famiglia*, 2001, 4, p. 1413.

82 Sul punto, i giudici di legittimità nella famosa sentenza "Englaro" hanno precisato che è «*assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità*». Riguardo alla citata sentenza si veda CASS., sez I, 16 ottobre 2007, n. 21748, , in *Foro It.*, 2007, I, p. 3040 e ss. e in *www.dejure.it*. Si veda anche la nota n. 12 del cap. 4 e tutti i richiami bibliografici ivi contenuti a sostegno del fatto che il rappresentante dell'incapace ben può esprimere il consenso informato alle terapie mediche, e, quindi anche il rifiuto delle stesse, essendo tale potere ricompreso in quello di cura della persona dell'incapace stesso.

83 Per quanto riguarda ad esempio l'atto inerente l'azione di separazione e divorzio, si veda ad esempio, P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 192; nella parte in cui osserva che la proposizione della domanda di separazione è da annoverare, più che tra i negozi personalissimi di diritto familiare, tra quelli inerenti la "cura della persona" e per i quali pertanto può essere ammesso l'intervento del terzo.

del suo modo di essere individuale⁸⁴. In altre parole, entrambe le categorie di atti si riferiscono alla gestione di interessi esistenziali della persona.

Di conseguenza, si ritiene che la distinzione tra atti personali e atti personalissimi si basi sul criterio dell'ammissibilità o meno di strumenti rappresentativi per il compimento dell'atto considerato, proprio a seconda della sua natura⁸⁵.

2.1. La nozione di "atto personalissimo" e di "atto personale".

In via generale possiamo affermare che gli atti personalissimi «costituiscono quella categoria di atti che rappresentano l'esplicazione delle libertà individuali più intime ed insopprimibili della persona, nelle quali la stessa si realizza manifestando le proprie convinzioni ed il proprio modo di essere individuale»⁸⁶. Si ritiene, pertanto, che l'amministratore di sostegno integri

84 Sul punto, parla di "situazioni soggettive personali e personalissime" P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975, p. 131. Si veda anche M. PICCINI, *La condizione del minore tra capacità e potestà*, in *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, 2007, p. 110 e 111. L'autore osserva come a fianco degli atti c.d. personalissimi ci sono altri atti che «si riferiscono alla gestione di interessi per così dire esistenziali della persona, e riguardo ai quali è difficile ricorrere sic et simpliciter a strumenti sostitutivi...». Si ritiene che per quest'ultimi atti sia ammesso, seppur con le dovute cautele, l'uso di strumenti rappresentativi.

85 Così, R. PESCARA, *Lo statuto privatistico degli infermi psichici*, cit., p. 851, nella parte in cui osserva che «gli atti che attengono alla sfera della persona o della famiglia, assieme al testamento e in qualche modo anche alla donazione, vadano per lo più ascritti, in ragione della loro stessa natura, ad una peculiare categoria negoziale caratterizzata dall'incompatibilità di principio con il meccanismo della sostituzione nell'attività giuridica».

86 R. MASONI - A. FAROLEI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 5, 2010, p. 438; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2006, p. 883 nella parte in cui precisa che l'atto personalissimo è quello «che non può essere compiuto mediante un rappresentante, volontario o legale».

un ufficio di diritto privato⁸⁷ teso alla cura e all'assistenza del beneficiario, a meno che il giudice non gli conferisca poteri di rappresentanza.

Diversa valutazione si impone, invece, per gli "atti personali" che non possono essere definiti "atti personalissimi", in quanto assoggettabili, entro certi limiti e a certe condizioni, all'uso di strumenti rappresentativi, ma che si ritiene siano comunque da ricondurre nella figura del negozio giuridico, seppur "sui generis"⁸⁸. Infatti, non sussistono dubbi nel sostenere

87 G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 94. L'autore ritiene che «...essendo fuor di dubbio che integra, l'amministrazione di sostegno, nulla più d'un ufficio per la cura d'altrui interessi...». In altre parole, si dovrebbe distinguere l'attività di rappresentanza volta ad una sostituzione in senso stretto del soggetto destinatario di tale rappresentanza dal ruolo complessivo (ufficio) di cui è rivestito il legale rappresentante sotteso al quale vi è una funzione di cura della persona. Infatti, entrambi i termini rappresentano attività volte alla cura di un interesse altrui con la differenza, però, che, mentre sottesa alla più ampia attività di ufficio di diritto privato (alla quale viene ricondotta l'attività dell'amministratore di sostegno) c'è una funzione che comprende una «sintesi di poteri, doveri e diritti spettanti al titolare» dell'ufficio stesso e che, in fine, costituisce «il contenuto specifico di un'autonoma e complessa situazione giuridica caratterizzata dalla funzionalità all'interesse altrui», nella rappresentanza, che attiene sempre alla cura degli interessi altrui, si nota una rigida e maggiormente invadente attività di sostituzione. Sul concetto di "ufficio" si veda anche F. MACIONE, voce «ufficio (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, 656 ss.; M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 380. Parlano di "ufficio" dell'amministratore di sostegno anche T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 123; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. pp. 89 e 90; E. CALÒ, *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 49; A. FALZEA, voce "capacità", cit., 28 nella parte in cui precisa «vi sono atti i quali implicano una determinazione ed una scelta surrogabile e sono strettamente inerenti alla persona dell'autore». Ancora, sostenendo che la natura personalissima implica che siano «atti mediante i quali l'individuo esercita diritti attinenti la propria sfera personale/affettiva e che, in quanto tali, non ammettono in generale sostituzione, possono cioè essere compiuti esclusivamente dal portatore dell'interesse che l'atto tende a soddisfare», R. ROSSI, *Il matrimonio dei soggetti deboli*, in P. Cendon, *Famiglia e persone (a cura di)*, Utet, 2000, Vol. II, p. 16. Si ritiene opportuno distinguere l'istituto della rappresentanza legale e la correlata funzione sostitutiva dalla funzione di cura della persona che mal si concilia con l'uso di strumenti rappresentativi e che sarebbe, invece, inerente all'istituto dell'ufficio.

88 La precisazione si ritiene maggiormente utile soprattutto con riferimento alla figura del "consenso informato" all'atto medico che, non godendo di una propria regolamentazione specifica all'interno dell'ordinamento prevista in diverse norme contenute nella Costituzione (art. 2, 13, 32, 2° co.), in leggi speciali

(art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833), nel Codice di Deontologia Medica del 1998 (artt. 30, 34), e nella Convenzione di Oviedo (art. 6), è da tempo oggetto di un acceso dibattito dottrinale circa la qualificazione giuridica da attribuire alla sua natura. Da un lato l'orientamento teso a considerare il consenso informato all'atto medico come un atto giuridico in senso stretto, come una mera presa d'atto da parte del paziente di decisioni tecniche che lo trascendono e pertanto lo portano ad affidarsi al medico. Il consenso sarebbe basato su una manifestazione di volontà tesa solo a riconoscere al medico un'autorizzazione a svolgere un'attività materiale, senza che ne conseguano diritti o obblighi in capo alle parti. Sul punto, per un'analisi di tale orientamento, con riferimento alla dottrina tedesca si veda U. NANNINI, *I requisiti di validità del consenso: linee per una costruzione*, in *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, 1989, p. 157. L'autore precisa, però che tale argomentazione sembra «di scarso peso» (ivi, p. 158); dall'altro lato, la posizione di chi ritiene che la natura del consenso vada inquadrata, invece, all'interno della figura del negozio giuridico, guardando al consenso non solo come legittimazione giuridica dell'attività medica, ma anche come espressione della compiuta realizzazione dell'autonomia della persona. Infatti, se è vero che l'informazione deve essere tale da creare le condizioni affinché il paziente possa formare ed esprimere il proprio consenso, ossia «un processo autodeterminativo», è anche vero che «il consenso costituisce l'atto di autonomia con cui il paziente esercita il suo diritto alla salute». In tali termini si veda E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000, p. 202 e p. 150 nella parte in cui osserva che il consenso «è frutto di un effettivo processo formativo di una volontà consapevole che può conferire il carattere definitivo della liceità ad attività invasive dell'integrità psicofisica ed all'assunzione dei rischi che, in ultima istanza, solo l'interessato può ritenere adeguatamente bilanciati con i benefici attesi». Sulla qualificazione del consenso come un processo autodeterminativo, si veda P. ZATTI, *Il processo del consenso informato*, in L. KLESTA DOSI, *Nuovi diritti dell'integrazione europea, la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore* (a cura di), Padova, 2000; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, 2007, p. 16. In materia di consenso informato all'atto medico come negozio giuridico, si veda anche U. NANNINI, *I requisiti di validità del consenso: linee per una costruzione*, cit., p. 150. L'autore, anche se in linea con l'orientamento teso ad inquadrare il consenso informato all'atto medico nella figura del negozio giuridico, precisa che si dovrebbe parlare di un negozio giuridico *sui generis* per evitare che alla disciplina del consenso siano applicate «in blocco» tutte le rigide regole previste per il negozio giuridico (nullità/annullabilità, vizi del volere e capacità), per «assicurare la signoria dell'interesse – e dunque una rilevanza del volere – attraverso criteri di capacitazione non soggetti a limiti standardizzati». Attraverso la figura del negozio giuridico *sui generis* il consenso informato all'atto medico verrebbe ricondotto alla figura del negozio giuridico non come modello «stigmatizzante», bensì «orientativo». Infatti, si precisa che vi sono alcuni atti che, in relazione agli interessi personali a cui si riferiscono, devono essere regolati con criteri diversi da quelli usati per il negozio giuridico che pertanto diviene «non di necessaria applicazione, ma semplicemente è considerato come punto di riferimento per la materia del consenso». In tali ultimi termini si veda C. PEDRAZZI, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, p. 6 e ss. Sottolina la natura *sui generis*, anche R. PESCARA, *Lo statuto privatistico degli infermi psichici*, cit., p. 767. A tale considerazione si arriva altresì aderendo a quell'orientamento giurisprudenziale che inquadra il rapporto che viene a instaurarsi tra il professionista e il paziente come un rapporto contrattuale. Si veda la recente CASS. civ., 9.2.2010, n. 2847, in *www.dejure.it*. Infatti, i giudici di legittimità precisano che «l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, da comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale». In pari termini, CASS. civ., 19.5.2011, n. 11005, in *www.dejure.it*, nella parte in cui si osserva che «la responsabilità professionale del medico ha natura contrattuale, e non precontrattuale, con la conseguenza che, quando il paziente allega l'inadempimento dell'obbligo di informazione, grava sul medico l'onere della prova di aver adempiuto a tale obbligazione».

che, anche in relazione a tali atti personali, il soggetto dichiara la propria volontà a perseguire determinati interessi tutelati dall'ordinamento. Proprio a tutela di tale volontà parte della dottrina e della giurisprudenza sono arrivate ad ammettere l'uso di strumenti rappresentativi/assistenziali, attraverso il criterio della ricostruzione della volontà del soggetto interessato. In realtà, un simile orientamento⁸⁹, al

In dottrina si veda A. M. PRINCIGALLI, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, p. 85 e p. 93 nella parte in cui osserva che «il consenso informato svolge due funzioni contrapposte: per un verso è funzionale agli interessi del medico, facendo ricadere sul paziente i rischi del trattamento; per un altro è l'espressione del diritto di libertà e di autodeterminazione dell'individuo». Pertanto, si ritiene di condividere l'orientamento teso ad inquadrare la natura giuridica del consenso come negozio giuridico *sui generis*. Si veda anche L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in S. Rodotà - P. Zatti, *Trattato di Biodiritto* (diretto da), *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 417, nt. 2.

89 TRIB. LA SPEZIA, Decr. 02-10-2010, con commento di G. Donadio, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2, febbraio 2011, p. 77. In questa pronuncia, in particolare, si affronta il problema relativo al compimento di un atto di donazione da parte di un'anziana signora, non più capace di provvedere ai propri interessi (e a sostegno della quale viene nominato un pro amministratore, per evitare conflitti di interessi, essendo amministratore di sostegno il figlio), che, tuttavia, in passato, al tempo in cui era ancora nel possesso delle sue facoltà mentali, aveva manifestato il desiderio/la volontà di effettuare la donazione di un immobile a favore della sua unica nipote, figlia del suo unico figlio pur non avendo poi dato seguito al proprio proposito. In tale ipotesi si perviene alla conclusione che la natura strettamente personale dell'atto da compiere non sia preclusiva della possibilità di un suo compimento tramite l'intervento dell'amministratore di sostegno, in considerazione proprio della circostanza che, in passato, la donna, ancora capace, aveva manifestato tale univoca volontà. Nel momento dell'impossibilità di esternare il suo volere, non rimaneva all'amministratore di sostegno che "attualizzare" e "rendere concreta" detta volontà, nell'effettivo compimento dell'atto. Si tratta all'evidenza di un caso in cui l'amministratore di sostegno opera in termini più simili (anche se non pienamente uguali) ad un *nuncius* che ad un rappresentante/assistente, in quanto, se è vero che, attualmente, è lo stesso amministratore che esprime la volontà di compiere l'atto e non l'interessata (perché non ne è capace), è anche vero, però, che l'amministratore, in concreto, non fa che riportare, manifestare all'esterno, una volontà che non è sua bensì della stessa beneficiaria. In siffatte situazioni, in cui l'interessato, al momento in cui dovrebbe essere concretamente compiuto un atto personalissimo non è capace, ma lo è stato in passato e, in quel passato di lucidità, ha manifestato univocamente (sia pure non esplicitamente) una sua volontà in proposito, lo strumento dell'amministrazione di sostegno e dell'amministratore in funzione di "*nuncius*" (anche se non nel senso strettamente giuridico del termine) ben rispondono all'esigenza di cura della persona del beneficiario, rendendo possibile la realizzazione di interessi che altrimenti sarebbero preclusi al beneficiario medesimo. Chiaro che ben più difficile è ammettere un'analoga possibilità a fronte di un soggetto che non abbia mai avuto un passato di lucidità e che versi in condizioni di grave menomazione mentale. Qui non sarebbe nemmeno possibile parlare di ricostruzione di volontà, non essendoci alcuna precisa volontà del

momento isolato, sembrerebbe aprirsi anche rispetto ad alcuni atti personalissimi, come si argomenterà nel capitolo 6. Si ritiene che il criterio della ricostruzione della volontà, teso ad ammettere l'intervento di un terzo, non possa che essere oggetto di valutazione da considerare caso per caso e sulla base delle condizioni in cui versa il soggetto beneficiario. In altre parole, sembrerebbe che l'ammissibilità o meno di un simile criterio sia da ricercare, non solo nel fine di tutelare la volontà del soggetto di manifestare le proprie libertà più intime, ma anche nel principio della tutela dei terzi. Quanto detto non sembra estraneo a quella dottrina secondo la quale, quando l'atto posto in essere dall'interessato - o che dovrà porsi in essere - «viene considerato dall'ordinamento nella rilevanza che potrebbe dispiegare nei confronti di altri soggetti, si crea come corollario la regola che impedisce un'integrazione della volontà e/o dichiarazione»⁹⁰ o, comunque, che ne subordina l'applicazione ad un attento bilanciamento degli interessi in gioco. Laddove, invece, il soggetto manifesti una volontà, anche se ricostruita, decidendo per sé, «non appare illegittimo riconoscergli il diritto di integrare la propria volontà con quella di un terzo»⁹¹.

beneficiario, ma si assisterebbe a una vera e propria sostituzione della manifestazione di volontà del beneficiario con quella dell'amministratore, non ipotizzabile stante il divieto di strumenti rappresentativi in tale materia.

90 D. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, in P. Borsellino - D. Feola - L. Forni, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Insurbia, 2007, p. 168.

91 D. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 168. L'autore fa riferimento al caso di una persona consapevole e in grado di esternare una volontà. Si ritiene che, però, tali considerazioni possano valere anche nel caso in cui la volontà fosse manifestata attraverso una "ricostruzione". Infatti, anche in tale caso l'amministratore deve "agire con l'incapace". In altre parole, anche in mancanza di prove scritte dalle quali risulti chiara la volontà del beneficiario, l'amministratore di sostegno, chiamato a "ricostruire" la volontà passata del beneficiario non più attualmente in grado di esternarla, non opererà come semplice *nuncius*, quanto, piuttosto, come un *nuncius sui generis*. Ciò in quanto per accertare (e

I successivi capitoli della trattazione analizzeranno, in primo luogo, il criterio di ricostruzione della volontà; in secondo luogo, l'ammissibilità di tale criterio in relazione ad alcuni degli atti inerenti alla sfera personale del beneficiario di amministrazione di sostegno al fine di capire se possa diventare il *vademecum* per il giudice, in base al quale ammettere, ed entro quali limiti, l'intervento dell'amministratore di sostegno sul piano degli atti inerenti alla sfera personale del beneficiario.

2.2 Il criterio per la valutazione dell'autonomia del soggetto debole: la capacità di intendere e volere.

Il principale criterio per valutare la rilevanza giuridica delle attività di natura esistenziale del soggetto beneficiario consiste nella concreta capacità di intendere e volere⁹².

Se il soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno è dotato di capacità di discernimento, dovrà essere tutelata e assicurata la possibilità di questi di agire nella piena e autonoma attuazione della sua

persuadere il giudice) che la volontà esternata in passato coincide con quella che attualmente avrebbe manifestato, se capace, deve eseguire un'attenta attività di ricostruzione della volontà del beneficiario, ingerendosi, però, in tal modo, nell'iter di formazione della medesima che pertanto non risulterà frutto dell'autonomo iter di autodeterminazione del soggetto. Concorde nel riconoscere una certa discrezionalità all'amministratore di sostegno, A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Cedam, 2012, p. 189.

92 G. LISELLA, cit., p. 98 e ss. Riguardo alla capacità di intendere e volere, si veda R. ATZEI - M. S. FICHERA, *Il sistema normativo vigente. Principi generali*, in *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, cit., p. 56, nella parte in cui viene precisato che «la capacità di intendere è considerata l'attitudine del soggetto a rendersi conto del significato e delle conseguenze delle proprie e delle altrui azioni, mentre la capacità di volere consiste nell'attitudine a decidere la propria condotta in maniera libera e consapevole, oltre che adeguata agli scopi che ci si prefigge di raggiungere».

volontà, in linea con il contenuto dell'art. 1 della l. 6/2004. L'amministratore di sostegno potrà supervisionare l'atto da compiersi e, nel caso in cui ravvisasse un'inettitudine del beneficiario, quindi non solo in caso di disaccordo con lo stesso, potrà rivolgersi al giudice (art. 410, 2° co. c.c.)⁹³. Pertanto, appare evidente che solo nell'ipotesi in cui il soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia affetto da un'infermità grave (*ex art. 414 c.c.*), si potrà precludere allo stesso la possibilità di compiere gli atti personalissimi, sia in prima persona, sia rappresentato dal proprio amministratore di sostegno – mentre, come sarà analizzato in seguito, potrà compiere atti di natura personale solo attraverso il proprio amministratore di sostegno⁹⁴.

Negli altri casi, ossia in quelli nei quali il soggetto debole non sia gravemente infermo, ma “indebolito” da non provvedere ai propri interessi, in che termini dovrà esplicarsi l'attività assistenziale dell'amministratore di sostegno?

93 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 670. L'autore sottolinea che proprio per la particolare natura degli atti in questione, il dovere d'informazione al giudice ai sensi del 2° co. dell'art. 410 c.c. opera anche nei casi in cui non vi è dissenso con il beneficiario, ma ogni qualvolta l'amministratore ritenga necessario sottoporre al giudice una determinata questione.

94 L. BALESTRA, *ibid*, cit., p. 661.

2.3 *L'amministratore di sostegno riguardo agli atti di natura personale del beneficiario: rappresentante, curatore o nuncius?*

Come sinora esposto, la funzione sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno consiste nel preservare il più alto grado di capacità in capo al soggetto debole. Di qui, la questione concernente la demarcazione dei margini di autonomia entro i quali potrà operare l'amministratore di sostegno e in particolare riguardo agli atti di natura esistenziale, quegli atti a contenuto "personale" (azioni di separazione e divorzio, cure mediche) e/o "personalissimo" (quali matrimonio, testamento e donazione) verso i quali, come detto, la dottrina tradizionale nega l'ammissibilità dello strumento rappresentativo⁹⁵.

L'analisi della suddetta questione muove dall'istituto generale della rappresentanza, che in questo caso non sarà volontaria, ma legale, ovvero stabilita a mezzo di un atto (giudiziale), che al tempo stesso limita in qualche modo la capacità di agire del beneficiario⁹⁶.

Quivi si inserisce l'istituto dell'amministrazione di sostegno, laddove il giudice provveda a conferire all'amministratore i poteri tipici del rappresentante, con il limite degli atti c.d. personalissimi. Questi, infatti,

95 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 978; F. SANTORO PASSARELLI, *Le persone fisiche in Dottrine Generali del diritto civile*, cit., p. 25; C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 106; M. D'AMICO, voce "Rappresentanza, I, (diritto civile)", in *Enc. giur.* 1991, p. 3; R. MASONI - A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, cit., p. 439 nella parte in cui sostiene che «secondo la tesi tradizionale gli atti personalissimi, proprio per il particolare legame che essi presentano con la persona fisica del suo titolare e la loro riconducibilità alla sfera più individuale dell'uomo, non potrebbero essere posti in essere con il meccanismo della rappresentanza».

96 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 975.

per la loro stessa natura, non possono essere compiuti se non mediante la volontà del diretto interessato e pertanto, in caso di mancanza di capacità d'agire, non potranno essere compiuti né dallo stesso né tantomeno da un soggetto estraneo.

Non va dimenticato, però, che, a lato della figura del rappresentante, può individuarsi una figura simile, al contempo, giuridicamente del tutto peculiare: il *nuncius*⁹⁷. Come già ricordato⁹⁸, si precisa che il *nuncius* è colui il quale non emette una propria dichiarazione di volontà, ma riferisce a una parte la volontà dell'altra, senza divenire parte materiale del rapporto posto in essere con il soggetto del quale manifesta la volontà.

Ecco che, per il compimento di atti personali, non potendosi parlare di rappresentanza, si può far riferimento alla figura del *nuncius*. Se il soggetto che è attualmente beneficiario di amministrazione di sostegno ha in passato, in un tempo in cui era capace di discernimento, manifestato una sua volontà in ordine al compimento di un determinato atto personale, l'amministratore può "superare" il divieto di rappresentanza e portare a conoscenza di terzi la volontà dello stesso beneficiario, operando, in siffatte ipotesi, come un soggetto maggiormente equiparabile alla figura del "*nuncius*". Tuttavia, l'amministratore di sostegno potrà essere qualificato come un "*nuncius*" solo nelle ipotesi in cui risulti essere un mero "portavoce" della volontà del soggetto beneficiario; dovendosi qualificare, invece, come una "figura ibrida", *nuncius sui generis*, ossia

97 Sul punto v. M. D'AMICO, voce "*Rappresentanza*", I, cit., p. 5.

98 Vedi par. 2.1.1.

avente le caratteristiche sia del rappresentante sia del *nuncius*, in quelle ipotesi in cui il suo intervento avrà un ruolo attivo nell'*iter* di formazione della volontà. Così avviene, ad esempio, nell'ipotesi di "ricostruzione della volontà presunta": si pensi al caso di interruzione dei trattamenti medici dove il rappresentante legale deve ricostruire la volontà del soggetto antecedente alla situazione vegetativa, dando prova di quelle che sarebbero state, ad oggi, le sue reali intenzioni⁹⁹(così come si argomenterà meglio nel capitolo 4).

L'attività dell'amministratore di sostegno pur rivestendo alcune caratteristiche dell'attività del rappresentante e di quella del *nuncius*, può essere meglio compresa, in relazione al compimento di atti personalissimi solo facendo riferimento all'attività assistenziale del curatore.

2.4 *L'art. 394 c.c.: una chiave di lettura dell'attività di assistenza dell'amministratore di sostegno.*

La normativa sull'amministrazione di sostegno prevede che il giudice possa specificare nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno i poteri di rappresentanza o di assistenza di cui può essere rivestito.

⁹⁹ Cass., sez I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. Sul punto, anche A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., p. 190. L'autore ritiene, previa valutazione del caso, che il criterio della ricostruzione della volontà del soggetto debole, utilizzato dalla Corte di Cassazione nella famosa sentenza Englaro, può valere anche per altri atti di carattere personale del beneficiario.

Laddove il beneficiario conservi una propria capacità d'agire si pone il problema del compimento di atti personalissimi. In altre parole, la questione riguarda la convivenza tra capacità d'agire residua del soggetto e dovere d'assistenza in capo all'amministratore.

A riguardo, l'orientamento prevalente in dottrina configura il concetto di assistenza negli stessi termini in cui viene vista l'attività assistenziale del curatore nei confronti del minore emancipato e del soggetto inabilitato¹⁰⁰ (art. 394 c.c.). Infatti, il curatore, a differenza di quanto accade per il tutore, non ha la rappresentanza del soggetto parzialmente incapace (o, riferendosi a un soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, parzialmente capace). Sia il minore emancipato sia il soggetto inabilitato godono di una limitata capacità d'agire per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione: il curatore li assisterà, prestando loro il proprio consenso, senza averne la rappresentanza legale.

In riferimento all'istituto dell'amministrazione di sostegno è evidente come il rinvio all'art. 394 c.c. possa essere reso concreto solo a mezzo di un'attività di interpretazione, considerato che il legislatore non ne ha espressamente fatto richiamo in alcuna norma¹⁰¹. Tale mancanza non

100 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668; V. Roppo - M. dellacasa, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), p. 156; A. Dell'Oro, *sub art 394 c.c.*, cit., p. 46; C. Ruperto, voce "Curatela" (dir civ), cit, p. 498; G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 192 e p. 227; A. VILLANI, *sub art. 394*, in G. Cian - A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, IX, Cedam, p. 422.

101 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668. L'autore evidenzia che anche facendo rinvio all'art. 411, 1°. co. c.c., il quale permette al giudice tutelare di estendere gli

deve, però, come precisato da alcuni autori, essere considerata una “svista” del legislatore¹⁰², bensì una ponderata scelta, in virtù della differente struttura che caratterizza l’amministrazione di sostegno rispetto alla curatela del minore emancipato o dell’inabilitato. Infatti, mentre il provvedimento di nomina del curatore è essenzialmente volto a individuare il soggetto che dovrà ricoprire l’ufficio¹⁰³, in materia di amministrazione di sostegno, il provvedimento di nomina non si limita a indicare il soggetto che dovrà ricoprire l’attività di tutela, bensì ne individua le funzioni con specifico riferimento ai singoli atti da compiere¹⁰⁴.

effetti delle norme previste in materia di tutela e curatela, il problema della mancanza di un rinvio normativo esplicito all’art. 394 c.c. rimane. Infatti, la citata estensione riguarda solo le norme sulla tutela (artt. 249-353 e 374-388), mancando ogni riferimento a quelle sulla curatela. Sul punto anche S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell’amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 44; E. CALÒ, *Statuto del beneficiario*, in *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 128; M. DOSSETTI, *L’oggetto dell’incarico*, in M. Dossetti – M. Moretti – C. Moretti, *L’amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e inabilitazione*, cit. p. 44.

102 Sul punto, si interroga M. DOSSETTI, *L’oggetto dell’incarico*, in M. Dossetti – M. Moretti – C. Moretti, *L’amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e inabilitazione*, cit. p. 44; T. ROMOLI, *Le invalidità nell’amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L’amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 130. L’a evidenza che il mancato richiamo, anche se imputabile ad una svista del legislatore sia stato, forse, volutamente commesso dallo stesso data la logica inversa capacità/incapacità che caratterizza l’amministrazione di sostegno rispetto i tradizionali istituti di tutela e dato il carattere contenutistico del decreto ex art. 405 c.c.

103 T. ROMOLI, *Le invalidità nell’amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L’amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 131.

104 T. ROMOLI, *Le invalidità nell’amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L’amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 131.

Riguardo alla diversità tra l’attività di assistenza tipica del curatore e quella dell’amministrazione di sostegno si veda M. DOSSETTI, *L’oggetto dell’incarico*, in M. Dossetti – M. Moretti – C. Moretti, *L’amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e inabilitazione*, cit. p. 44. L’autore precisa l’unica diversità riscontrabile è quella sul piano “quantitativo” per il fatto che mentre in tema di curatela (art. 394 c.c., 3° co c.c.) si parla generalmente di atti per i quali è necessaria l’assistenza del curatore, in materia di amministrazione di sostegno gli atti sono specificamente indicati.

Va precisato, che il citato articolo 394 c.c. sembra, però, considerare due differenti attività assistenziali. In altre parole, pur volendo adottare la disciplina sulla curatela come punto di riferimento per quella sottesa all'amministrazione di sostegno, la norma richiamata non sembra aiutare l'interprete nel fare chiarezza sul tipo di attività assistenziale che l'amministratore di sostegno dovrà svolgere¹⁰⁵: quella indicata dal 2° comma dell'art. 394 c.c. ossia di "assistenza" oppure quella precisata dal 3° comma, ossia di prestazione di consenso in aggiunta alla richiesta di un'autorizzazione del giudice?

2.4.1 *L'irrilevanza della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.*

Al fine di capire in che modo interpretare l'attività assistenziale dell'amministratore di sostegno richiamata dall'art. 394 c.c. non occorre richiamare la tradizionale (e non chiara¹⁰⁶) distinzione tra atti di ordinaria

105 Solleva qualche dubbio L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 669. Sulla problematicità della questione si veda anche G. BONILINI, sub artt. 404-413, cit., p. 419.

106 A. LOJACONO, voce "Amministrazione" (*dir. Civ.*) in *Enc. Dir.*, p. 153 nella parte in cui osserva che «la legge non definisce gli atti di amministrazione, ma si limita a presupporre già noto il concetto e d'altra parte elenca determinati atti, che qualifica di straordinaria amministrazione, senza chiarire il fondamento della distinzione rispetto a quelli di amministrazione ordinaria, e quindi senza dare all'interprete un criterio di differenziazione, di sicura applicabilità...». Pertanto, cercando di superare le difficoltà della dottrina nell'individuare una distinzione netta e assoluta tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, il criterio di differenziazione tra tali atti è stato individuato nel fine economico sotteso agli stessi. Il che equivale a dire che, seguendo l'orientamento maggioritario, per atti di ordinaria amministrazione si devono intendere quegli atti diretti a conservare e migliorare il patrimonio, a raccogliere i frutti o a capitalizzarli e, al contrario, per quelli di straordinaria amministrazione, gli atti che mutano la consistenza o il modo di impiego dei valori e dei cespiti capitali. In altre parole, è l'elemento economico e dello scopo sotteso all'atto, ovvero la sua attitudine alla conservazione del patrimonio nel suo stato

e straordinaria amministrazione, necessaria invece per determinare l'attività del curatore.

Infatti, tale distinzione, in materia di amministrazione di sostegno, potrebbe essere utile più per una questione di completezza argomentativa che per il risvolto pratico¹⁰⁷. Tale distinzione, tipica degli strumenti di

attuale, che ne pilota la natura: saranno di ordinaria amministrazione gli atti con i quali, ad esempio, si trasformano e impiegano i redditi e di straordinaria amministrazione quelli che implicano una alienazione o il rischio di una perdita degli elementi costitutivi di un patrimonio o di un singolo bene. Riguardo a quest'ultimi atti, inoltre, è stata proposta l'alternativa denominazione di "atti di amministrazione eccezionale", espressione che spesso viene utilizzata in ambito di tutela dei minori e incapaci o riguardo a quegli atti che necessitano di autorizzazione da parte del Tribunale. Si veda A. Lojacono, voce "Amministrazione", cit., p. 154 nella parte in cui osserva che «vanno tenuti presenti come atti di ordinaria amministrazione gli atti diretti a conservare e migliorare il patrimonio, a raccogliere i frutti, ad impiegare tali frutti o a capitalizzarli, e come atti di amministrazione straordinaria, gli atti che mutano la consistenza o il modo di impiego dei valori e dei cespiti capitali del patrimonio»; E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, p. 257 (richiamato in nota da A. Lojacono); E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 295.

107 E. CALÒ, *Decreto di nomina*, in *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 105; S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 220; G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini – A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 229; V. ROPPO – M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti "in violazione di legge"*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 154. Sul punto, anche L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 87, 92 e 94. L'autore sottolinea come nel progetto di riforma "Cendon" tale distinzione era ancora presente; M. R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. Crit. Priv.*, 1991, p. 244; S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 220; R. CILIBERTI – A. ZACHEO – T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma*, cit., p. 694; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1035. L'autore, su base delle critiche esposte nei riguardi dei primi provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno (Trib. Parma 2 aprile 2004 cit.), evidenzia che, laddove il giudice tutelare dovesse specificatamente indicare tutti gli atti correlati all'attività patrimoniale del beneficiario che l'amministratore dovrebbe compiere in suo nome e per suo conto, si andrebbe a rivestire quest'ultimo di un potere del tutto identico a quello del tutore: compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione in nome e per conto del beneficiario; G. SALITO, *Le ipotesi di mancato coordinamento*, in *Notariato* 6/2004, p. 664; D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali)", cit., p. 6 nella parte in cui si osserva che «la definizione dei poteri di rappresentanza ed assistenza prescinde dalle tecniche classificatorie legate al carattere di ordinaria e straordinaria amministrazione». Va precisato che l'autore, ammette l'ipotesi che «nel decreto vengano pronunciate macrocategorie di atti». V. anche F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007, cit., nella parte in cui osserva che taluna giurisprudenza ha ritenuto attribuibile all'amministratore di sostegno il potere di compiere, in nome e per conto dell'infermo, tutti gli atti di

tutela tradizionali, acquista rilievo solo riguardo a quegli atti per il cui compimento il giudice ha accertato che il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno non ha conservato un certo grado di capacità di intendere e di volere. Laddove il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno non sia in grado di compiere in maniera autonoma determinati atti, questi, nei limiti dei principi tradizionali dell'ordinamento, saranno rimessi o alla rappresentanza dell'amministratore di sostegno o alla sua attività di assistenza, a prescindere dalla loro natura "ordinaria" o "straordinaria". Altresì, nell'amministrazione di sostegno, il divieto di compiere taluni atti, se stabilito dal giudice a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., può decadere a fronte del miglioramento delle condizioni del beneficiario¹⁰⁸. Questo per due motivi: anzitutto, perché non vi è nessuna norma regolatrice dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che, a differenza di quelle relative agli istituti di tutela tradizionali, dia rilevanza alla

ordinaria e di straordinaria amministrazione (Trib. Roma cit.); G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 283 nella parte in cui osserva che «la disciplina dei poteri e doveri dell'amministratore di sostegno prescinde, infatti, tendenzialmente, dalla distinzione nota nel previgente regime dell'interdizione ed inabilitazione», nonché «nella pratica, la strutturazione di un decreto di nomina sulla base della distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione non ha più senso in base alla nuova tipologia di intervento, e non viene più ritenuta utile dagli uffici giudiziari maggiormente propensi a fare uso del nuovo strumento» (ivi. p. 287).

108 E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 145. L'autore ritiene che il riferimento ai concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione rilevi solo nel caso in cui sia strumentale a delineare i confini tra amministrazione di sostegno e le tradizionali misure di tutela, al fine di escluderne l'applicazione. L'autore aggiunge che «nel caso di un soggetto che presenti dei problemi di tale portata da precludergli ogni ragionevole prospettiva d'attività negoziale, una elencazione della portata del suddetto incarico diverrebbe problematica». In termini simili, L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 95. L'autore precisa che a fronte di un soggetto che presenti patologie tali da «precludergli ogni ragionevole prospettiva di attività negoziale», l'elencazione analitica del contenuto del provvedimento sarebbe difficile oltre che inutile.

distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione¹⁰⁹; dipoi, perché, non vi è in tema di amministrazione di sostegno alcuna norma che faccia rinvio all'art. 394 c.c. che, pertanto, potrà essere preso in considerazione solo riguardo all'esigenza di inquadrare la natura dell'attività assistenziale dell'amministratore di sostegno¹¹⁰.

2.4.2 *Il concetto di assistenza.*

Per chiarire in che termini si debba intendere l'attività di "assistenza" dell'amministratore di sostegno, è necessario capire l'istituto dell'assistenza di cui all'art. 394 c.c. Il legislatore, a volte, usa il termine "assistenza" genericamente, altre volte lo affianca al termine "consenso", così come si evince dal contenuto del 2° e 3° comma dell'articolo in esame.

I due termini hanno, però, una diversa valenza strumentale: mentre il termine "assistenza" indica la funzione tipica del curatore, quello di "consenso" rappresenta l'atto nel quale tale funzione si estrinseca¹¹¹. Tuttavia, è condivisibile la dottrina che considera l'uso dei due termini

109 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 224. L'autore precisa che l'unica norma, novellata dalla l. 6/2004 che fa riferimento alla distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione è l'art. 427 c.c. che, però, riguarda in maniera specifica l'interdizione e l'inabilitazione. In termini simili, L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 96.

110 A. DELL'ORO, *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, cit., p. 59; C. RUPERTO, voce *curatela* (dir. Civ), in *Enc. Dir.*, p. 824. L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 86 e ss

111 Così, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, p. 239 il quale ritiene che il termine "assistenza" indicchi la funzione del curatore, mentre quello di "consenso" rappresenti l'atto nel quale la funzione si estrinseca.

come sinonimi¹¹², identificandoli l'uno nell'altro per due principali ragioni: in virtù della decisione adottata dalla Commissione Parlamentare nella redazione del progetto definitivo del codice civile, con cui si respinse la formulazione del secondo comma con l'espressione "può col consenso e l'assistenza del curatore", preferendo quell'attuale¹¹³; e in virtù dell'espressione "oltre il consenso del curatore" utilizzata dal legislatore nel 3° comma, dove i termini assistenza e consenso appaiono come sinonimi.

In tali termini, il consenso va ad aggiungersi all'atto del beneficiario, dando luogo a un atto complesso e ineguale, il cui "autore", però, rimarrà unicamente il soggetto interessato¹¹⁴.

112 A. DELL'ORO, *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, cit., p. 51, nt. 32; In termini simili, seppur critico riguardo alla poca avvedutezza lessicale usata dal legislatore, si veda V. ROPPO - M. DELLACASA, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), p. 156. D. Simeoli, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali)", cit., p. 7 nella parte in cui afferma che mentre nel codice per quanto riguarda la curatela e l'emancipazione il termine "assistenza" acquista per gli atti non negoziali l'accezione di "consenso", «nell'amministrazione il termine è inteso indifferentemente per entrambe le tipologie di atti».

113 Si veda la citata Rel. Commiss. Parlam., p. 321 richiamata da A. DELL'ORO, *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, cit., p. 51 nella parte in cui osserva che «dall'esame ora compiuto emerge che, in riferimento alla attività del curatore, il legislatore usa a volte il termine assistenza e a volte il termine consenso, dando loro un senso equivalente, cosicché si può dire che essi nel secondo e nel terzo comma si identifichino: così almeno osservò la commissione parlamentare (ut supra citata) per la redazione del progetto definitivo quando, respingendo la proposta nella formulazione del secondo comma di porre l'espressione può col consenso e l'assistenza del curatore in luogo di quella può con l'assistenza del curatore, formulò il dubbio che l'accoglimento della proposta potesse pregiudicare il concetto giuridico dell'assistenza, mentre poi i due termini nel progetto sono indubbiamente considerati equivalenti, come si rileva nel terzo comma». Si veda anche C. RUPERTO, voce "curatela", cit., p. 498.

114 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 668, nt. 33; S. DELLE MONACHE, cit., 29 ss.; T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit. p. 121. Parla di «atto complesso definito ineguale con riferimento alla rilevanza giuridica e non al contenuto o all'intensità psicologica» A. DELL'ORO, *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, cit., p. 53.

Per quanto attiene all'amministrazione di sostegno «è innegabile che l'"assistenza di cui al punto 4) dell'art. 405, comma 5, c.c. e l'"assistenza" di cui all'art. 404 c.c. abbiano significati diversi. Nel secondo caso, assistenza deve essere intesa in senso atecnico, come "ausilio" o "affiancamento"...questo ausilio si concretizza nella sostituzione rappresentativa (comma 5, n. 3) o nell'assistenza in senso tecnico (comma 5, n. 4)¹¹⁵». Si ritiene, pertanto, che laddove il giudice tutelare indichi un atto che il beneficiario può compiere "solo con l'assistenza" dell'amministratore, questa debba intendersi in termini di "consenso", che si concretizzerà in un'assistenza in termini di controllo, all'interno di un rapporto di stretta collaborazione con il giudice tutelare¹¹⁶, in un processo volitivo di autodeterminazione dello stesso¹¹⁷.

115 G. POZZOLI, *Amministrazione di sostegno: un decreto "particolare". Alcuni profili teorici e aspetti operativi*, in *Riv. del Notariato*, Giuffrè, 2006, 5, p. 1419 e ss.

116 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 670. L'autore precisa che la collaborazione tra giudice tutelare e amministratore di sostegno debba avvenire anche al di fuori dei casi di dissenso tra quest'ultimo e il beneficiario. Sul punto, denunciando la mancata previsione di un «meccanismo di soccorso protocollare» formato da una serie di esperti (notaio, medico, psichiatra ecc.), si veda P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, cit. Ancora, a sostegno della necessità di rivolgersi al giudice per chiedere l'emanazione di un provvedimento «autorizzatorio» v. U. Roma, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1003. L'autore, anche se con riferimento al soggetto interdetto, osserva che, a mezzo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, il legislatore avrebbe potuto aprire le "gabbie" dell'incapacitazione totale dell'interdetto riguardo al compimento degli atti personalissimi, ad esempio, per quanto riguarda l'atto di matrimonio, di donazione e di testamento, ammettendo lo stesso alla contrazione del vincolo matrimoniale, previa autorizzazione del giudice.

117 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p.669. G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 37 L'autore sottolinea come l'amministratore deve dare "in più" al beneficiario «tutta l'assistenza di cui ha bisogno per le sue esigenze esistenziali». S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 42. L'autore, in un primo momento sembra dare una certa importanza alla volontà del beneficiario, osservando che laddove il beneficiario possieda una, seppur minima, «attitudine a comprendere e valutare l'effetto sulla propria sfera giuridica degli atti il cui compimento compete all'amministratore di sostegno, tanto più le decisioni di quest'ultimo, circa gli atti medesimi, dovranno essere assunte non in modo puramente unilaterale, ma invece attraverso un previo confronto con il beneficiario stesso e cercando, nei limiti del

L'attività giuridica del soggetto rivestito della funzione di cura della persona con limitata capace d'agire deve concretizzarsi in un «*cooperare con lui, assistendolo o assentendo...negli atti più importanti*»¹¹⁸. Inoltre, l'amministratore di sostegno dovrà comunque chiedere l'autorizzazione, o un intervento del giudice tutelare nelle ipotesi *ex artt.* 374 e 375 e 410 c.c. La questione dell'autorizzazione giudiziale dovrà essere affrontata nei singoli casi. Rimane pacifico che l'autorizzazione non potrà mai essere chiesta in due casi: laddove il giudice tutelare abbia nominato un amministratore di sostegno per compiere un atto specifico e determinato in tutti i suoi elementi essenziali e laddove sussistano particolari ipotesi d'urgenza (ad esempio intervento medico). Infatti, richiedere un'ulteriore autorizzazione per il compimento di un determinato atto causa un ingiustificato aggravamento delle formalità procedurali e può rivelarsi "fatale" per lo stesso beneficiario¹¹⁹.

possibile, di assecondarne i desideri e le indicazioni»; successivamente, però, precisa che l'attività dell'amministratore «mai può ridursi a quello di chi meramente attenda alla manifestazione nei confronti dei terzi di una volontà già presso altri completamente formatasi». U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p.1024. L'autore ritiene che l'amministratore, anche laddove rivestito di poteri di rappresentanza secondo le indicazioni contenute nel decreto di nomina, dovrà attenersi alle aspirazioni e ai bisogni, nonché, «*ultra legem, alle indicazioni o istruzioni manifestate dal beneficiario*».

118 F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 272

119 T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 124 e 161-162. L'autore compie un'approfondita analisi critica sulla questione ritenendo che sia più corretto, in ogni caso, subordinare all'autorizzazione del giudice tutelare il compimento dell'atto che ai sensi del decreto di nomina deve essere compiuto con l'assistenza (e non con la rappresentanza) dell'amministratore.. Si veda anche L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno, (a cura di)*, cit., p. 96. In pari termini, ossia a sostegno della necessità di un'autorizzazione del giudice per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, nonostante il mancato richiamo dell'art. 394 c.c., v. D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno", II (profili sostanziali), cit., p. 7. T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit. p. 124. S. VOCATURO, *Amministrazione di sostegno: dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. Not.*, 2004, p 242.

Capitolo Terzo

ATTI PERSONALI E PERSONALISSIMI: AREA E LIMITI DI INTERVENTO DELL'AMMINISTRATORE E DEL GIUDICE TUTELARE

Sommario: 3. Questioni generali- 3.1 Limitata capacità del beneficiario e atti personalissimi - 3.1.1 Limitazioni e preclusioni ex art. 411, u. co., c.c: possibili strumenti di protezione per il beneficiario - 3.1.2 L'art. 411, ult., co., c.c.: l' extrema ratio - 3.2 Il criterio guida del giudice tutelare e dell'amministratore di sostegno: la volontà del beneficiario

3. Questioni generali.

Dopo aver analizzato nei precedenti capitoli alcune questioni di carattere generale relative alle finalità dell'amministrazione di sostegno, è venuto il momento di porre l'attenzione sui singoli atti relativi alla sfera personale del beneficiario, sulla loro compatibilità con lo stato o la condizione del soggetto e sul meccanismo attraverso cui tali atti possono essere compiuti, per chiarire come possa atteggiarsi, rispetto ad essi, l'opera dell'amministratore di sostegno e del giudice tutelare.

Come accennato (cap. 2, par. 2.1.1) è necessario tracciare una fondamentale distinzione tra gli atti aventi natura "personale" e gli altri atti a natura personalissima. Infatti, per quest'ultimi atti si tende ad

escludere l'uso di qualsiasi strumento di rappresentanza, in quanto laddove il soggetto interessato non sia capace, l'atto non potrà essere compiuto né dallo stesso beneficiario, né da un terzo¹²⁰. Riguardo, invece, agli atti personali, si è rilevato che, nonostante il loro carattere personale, possono essere, seppur in presenza di determinate condizioni, oggetto di strumenti rappresentativi. In entrambi i casi, laddove si configuri una situazione d'urgenza che richieda una decisione non differibile, come nei casi riguardanti la salute e il beneficiario non risulti capace di assumere in prima persona una decisione al riguardo, è necessario capire in che modo l'amministratore di sostegno potrà o dovrà attivarsi e con quali modalità (come si analizzerà nel cap. 4).

Nei casi in cui non sia ravvisabile una situazione d'urgenza, come può avvenire riguardo al matrimonio (tema che verrà affrontato nel cap. 5), non vi è la necessità di assumere immediatamente una determinazione e, pertanto, è possibile una maggiore ponderazione nell'individuazione della soluzione più idonea alla realizzazione degli interessi del beneficiario. Mentre il criterio relativo alla "ricostruzione della volontà" non sempre sarà utilizzabile¹²¹, l'elemento comune a entrambi i casi

120 F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 275, 276; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., 659 ss. Tale linea di pensiero è ancora quella prevalente nonostante la presenza di "coraggiose" sentenze di merito di opposto orientamento. Sul punto, si veda, TRIB. VARESE, Decr. 12.3.2012, cit., e TRIB. LA SPEZIA, Decr. 02-10-2010, cit.

121 Concorde M. NARDELLI, *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, cit., p. 2109. L'autore evidenzia come il criterio della ricostruzione della volontà possa essere il criterio guida per l'operato dell'amministratore di sostegno nell'ambito degli atti personalissimi del beneficiario, facendo venire meno la necessità di specificare la natura dell'intervento dello stesso (di assistenza e non di rappresentanza). Si precisa che in tali casi ciò che sarà necessario è dimostrare la volontà del soggetto debole, nonché valutarne il grado di attendibilità al fine di comprendere se il soggetto sia poi in grado di rendersi conto

rimane la necessità di guardare all'interesse del beneficiario, il cui soddisfacimento rappresenta il fine dell'operato dell'amministratore di sostegno.

La necessità di individuare un criterio in base al quale poter giudicare la conformità di un atto all'interesse del beneficiario si scontra, però, con le difficoltà pratiche di tale ricerca ben note in dottrina¹²². Ciò, in quanto appare arduo far conciliare un criterio guida che attiene o dovrebbe attenere a un piano oggettivo e statico con le aspirazioni ed i bisogni del beneficiario prettamente inerenti a un piano soggettivo e dinamico¹²³.

3.1 *Limitata capacità del beneficiario e atti personalissimi.*

La necessità di individuare un criterio guida per l'operato dell'amministratore di sostegno sorge, pertanto, solo dove sia possibile e necessario un suo intervento, in quanto possono ben delinearsi situazioni in cui una sua attività non presenta questi requisiti e non deve, quindi, essere attuata¹²⁴. Ciò dipende dalla stessa previsione dell'art. 1 della l.

del significato e della portata dell'atto da compiersi, rimanendo sempre egli l'unico destinatario degli effetti di tale atto.

122 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 238; M. NARDELLI, *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, cit., p. 2106. L'autore esprime la necessità di individuare un criterio guida per l'amministratore di sostegno nell'area personale del beneficiario, denunciando, però, la mancanza di «punti di riferimento fermi e condivisi» sulla questione.

123 Ibid.

124 A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità* in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., 165, 166. L'autore precisa che a fronte di certe condizioni

6/2004 che specifica che l'intervento dell'amministratore deve avvenire limitando il meno possibile la capacità di agire del soggetto beneficiario.

In primo luogo, può accadere che il beneficiario di amministrazione di sostegno risulti capace in prima persona di compiere un determinato atto di natura personalissima. Supponiamo ad esempio che venga designato un amministratore di sostegno per una persona anziana¹²⁵. Ecco che, in tale caso, l'amministratore di sostegno, se il beneficiario, nonostante il naturale decadimento fisico che lo colpisce, non risulta essere compromesso nelle sue facoltà mentali, non sarà chiamato a svolgere alcun ruolo assistenziale, quanto meno in termini di intervento attivo. Ne consegue che l'interessato potrà sposarsi, separarsi, fare testamento, donare oppure accettare o meno un intervento medico.

E se è così, non vi sarà alcun margine di intervento per l'amministratore, che non sia quello di semplice "supporto morale" nei confronti di quella persona ovvero di supervisione delle scelte fatte personalmente dal beneficiario¹²⁶. In secondo luogo, un intervento

dell'interessato potrà prospettarsi *«l'opportunità di un intervento di nomina dell'amministratore di sostegno che non sia destinato ad incidere sulla capacità del beneficiario»*.

125 A riguardo si pensi alla questione che è sorta intorno alla persona anziana che, fino alle ultime stesure del progetto di legge sull'amministrazione di sostegno, risultava compresa espressamente tra le condizioni che ne legittimavano l'istituzione per poi non essere espressamente menzionata perché ritenuta esserlo implicitamente ai sensi dell'art. 404 c.c. Pertanto, come ribadito da numerose pronunce di merito (tra tutte, TRIB. MODENA, decr. 24 febbraio 2005, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 271) *«l'età avanzata non può essere, di per se stessa, presupposto fondante un provvedimento di amministrazione di sostegno; ciò che, invece, può darsi quando la vecchiaia possa determinare una limitazione apprezzabile delle funzioni della vita quotidiana»*. Sulla figura dell'anziano, nonché sulla citata pronuncia di merito, si veda anche R. MASONI, *I presupposti sostanziali della protezione*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 99-104.

126 L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 86

“operativo”, in termini di sostituzione, dell’amministratore di sostegno rispetto al compimento di determinati atti personalissimi non può essere possibile a causa dell’incompatibilità dell’atto o, *rectius*, degli effetti dell’atto, con la specifica condizione in cui versa il beneficiario di amministrazione di sostegno. Si pensi ad una persona le cui facoltà mentali sono gravemente menomate: è ipotizzabile l’intervento dell’amministratore di sostegno, in termini di rappresentanza, in un ipotetico atto di matrimonio? In un ipotetico testamento? La risposta, come verrà argomentato nei paragrafi a seguire, e nonostante le isolate posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito, non può essere che negativa.

3.1.1 *Limitazioni e preclusioni ex art. 411, u. co., c.c: possibili strumenti di protezione per il beneficiario.*

A fronte di una persona le cui facoltà mentali sono gravemente menomate, sarà compito del giudice, anche su istanza dell’amministratore di sostegno e degli altri soggetti interessati, proteggere, verificare e valutare la situazione del beneficiario, potendosi, altresì, avvalere del potere conferitogli dall’ultimo comma dell’art. 411 c.c. Il giudice potrà vietare al beneficiario determinati «atti o attività...o affidarne il relativo potere all’amministratore»¹²⁷. Infatti, come precedentemente accennato, laddove il

127 In tali termini M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 395, nella parte in cui osserva che l’inibizione a cui il giudice può sottoporre il beneficiario avrà caratteri non ostricizzanti, bensì flessibili a seconda delle caratteristiche del caso concreto. Analizza il problema anche M. DOSSETTI, *Norme applicabili all’amministrazione di sostegno*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti,

soggetto interessato risulti essere affetto da un'infermità nei termini *ex art.* 414 c.c. la misura di protezione preferibilmente applicabile allo stesso potrà essere comunque quella dell'amministrazione di sostegno.

Quanto detto appare sostenuto non solo dal fatto che l'amministrazione di sostegno deve essere la misura di protezione da preferire a quelle tradizionali¹²⁸, ma, altresì, data la sua «*immagine oggettiva ben più soffice ed indolore*¹²⁹», potrà proteggere in maniera più “completa”¹³⁰. A riguardo, è stato sostenuto¹³¹ che, anche ricorrendo

L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e inabilitazione, cit., p. 96-99. L'autore precisa che anche se la normativa tace sul punto, è da ritenersi che siano legittimati a sottoporre al giudice l'estensione dell'art. 411 u. co c.c. al beneficiario gli stessi soggetti indicati nell'art. 406 c.c., ovvero quelli ritenuti idonei a presentare istanza di amministrazione di sostegno; G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 33 nella parte in cui si osserva che anche nel caso in cui le attitudini del soggetto sono gravemente compromesse, ciò non vuol dire «*che l'amministrazione di sostegno non sia più la misura disponibile*».

128 CASS. 12.06.2006, n. 13584, cit. Da tale pronuncia si evince non solo che l'istituto dell'amministrazione di sostegno risulta essere, nell'ottica di protezione degli interessi dei soggetti incapaci, il primo strumento di scelta del legislatore ma, altresì, che la finalità di tutelare il beneficiario apportando la minore limitazione possibile rappresenta “la stella polare” che deve orientare il giudice nell'applicazione dell'istituto in esame, ponendo in primo piano l'esigenza di dare un aiuto a chi si trova in difficoltà.

129 In tali termini, P. CENDON - R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno, motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, cit., p. 272, nella parte in cui si osserva che «*gli istituti tradizionali sono sempre necessariamente incapacitanti (e assai pesantemente)*», mentre l'amministrazione di sostegno «*come “default” non lo è tendenzialmente mai*».

130 A riguardo, va precisato che nonostante la indiscussa possibilità per il giudice tutelare di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno il sistema delle preclusioni *ex art.* 411 u. co. c.c., il beneficiario non potrà mai essere del tutto equiparato ad un soggetto interdetto.

131 P. CENDON - R. ROSSI, ult. op. cit., p. 272 nella parte in cui si osserva che «*nel caso in cui l'obbiettivo (triste ma necessario) dell'incapacitazione appaia di fatto raggiungibile già per il tramite dell'amministrazione di sostegno, occorrerà sempre, per l'amministrazione della giustizia, far capo a quest'ultima*» e nella parte in cui si evidenzia che «*si otterrà così lo stesso risultato pratico dell'interdizione, senza dover però pagare i prezzi mortificatori, etichettanti e ostracistici che quest'ultima comporta*». Ancora, sulla possibile estensione dell'art. 411 u. co. c.c., nonchè sul fatto che il decreto può contenere l'indicazione di specifiche disposizioni attinenti l'interdetto e l'inabilitato, si veda anche G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 167; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 85 e 96; In termini critici riguardo all'applicabilità dell'art. 411 u. co. c.c. si veda G. BONILINI, *I presupposti soggettivi*.

all'amministrazione di sostegno, può ottenersi lo stesso effetto incapacitante tipico dell'interdizione sia per quanto riguarda gli atti di natura patrimoniale, sia per quanto riguarda quelli di natura personale.

Tale posizione non appare del tutto condivisibile. Infatti, in virtù dei principi di flessibilità e proporzionalità che caratterizzano l'amministrazione di sostegno, e dato il potere del giudice tutelare di modificare il decreto in ogni momento (art. 44 disp. att. c.c. e 405 c.c.), lo stesso potrà, anche su istanza dell'amministratore o dello stesso beneficiario, esaminato quest'ultimo, integrare il decreto, modificando le preclusioni e limitazioni eventualmente imposte¹³².

L'infermità o la menomazione psichica, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 59; R. CILIBERTI - A. ZACHEO - T. BANDINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma* in *Riv., It., Med., Leg.*, 3/2008, p. 694 nt. 26 nella parte dove si precisa che si potranno estendere al beneficiario i rimedi generali previsti per le tradizionali misure di tutela «(quali ad esempio l'annullamento del testamento ex art. 591, n. 3 c.c. per incapacità naturale del disponente; l'impossibilità di contrarre il matrimonio per gli interdetti per infermità di mente ai sensi dell'art. 85 c.c.)»; L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, cit., p. 414 nella parte in cui osserva «non potendosi generalizzare ma solo ipotizzare una valutazione attenta e ponderata del giudice tutelare con riferimento al singolo caso in esame, la nomina dell'amministratore di sostegno pone il beneficiario in una condizione certamente compatibile con l'integrità di tali capacità e diritti, che potranno essere limitati solo in casi estremi, quando si dovesse riscontrare che la fragilità del soggetto, conseguente alla patologia, lo sta esponendo ad attenzioni o pressioni di terzi del tutto estranee all'interesse del soggetto, ma unicamente motivate da interessi personali e mala fede... ciò da cui lo si vuole preservare sono gli affetti falsi, che lasciano il posto a delusioni cocenti e grande sofferenza. In ogni caso la modificabilità del provvedimento consentirà anche in questo caso al giudice tutelare di seguire il beneficiario nell'arco della sua vita e poter introdurre limitazioni, o revocarle, sulla base delle indicazioni che emergeranno dal suo comportamento e dalle valutazioni degli operatori medico-sanitari-assistenziali».

132 A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità* in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 165. L'autore evidenzia come la possibile estensione da parte del giudice tutelare del sistema di preclusioni ex art. 411, u. co. c.c. possa avvenire anche in un momento successivo alla redazione decreto di nomina. Sul punto anche E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 115; L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 97; S. TRENTANOVI, *I provvedimenti adottati dal giudice tutelare per la cura della persona con scarsa autonomia del suo patrimonio. il difficile compito del giudice tutelare e la necessaria cooperazione del ricorrente*, Rovigo, Convegno 26 novembre 2010, durante il quale ha osservato che «il punto di riferimento dell'amministrazione di

Si può, pertanto, affermare che a fronte di una situazione attinente all'esercizio di un atto personale o personalissimo che non era stata considerata *ex ante*, ora, *rebus sic stantibus*, la capacità del soggetto potrà essere rivalutata alla luce della mutata situazione¹³³. Il che equivale a dire

sostegno è la persona e che il principio "ponte" tra quelli sottesi alla misura di protezione (flessibilità e proporzionalità) è quello dell'immedesimazione. Infatti, il giudice deve adottare tale principio come "stella polare" della sua attività di verifica e ascolto del soggetto, potenziale beneficiario di amministrazione di sostegno, che ha di fronte. È un principio giuridico importantissimo per il quale il giudice deve mettersi "nei panni di" e che trova espressione nell'art. 405 c.c. nella parte in cui prevede che il giudice ove possibile deve recarsi personalmente a fare l'esame del beneficiario. Pertanto, il giudice, attraverso il "progetto di sostegno" deve andare in tale direzione e non usare i propri poteri come farebbe un incosciente con un mitra in mano».

133 Si vuole evidenziare come non sempre è facile per il giudice tutelare riuscire a individuare inizialmente tutte le situazioni nelle quali il beneficiario conserva la propria capacità piena o quelle in cui la stessa appare limitata con conseguente necessità dell'assistenza o della piena rappresentanza dell'amministratore; ciò, in quanto la provvisorietà del decreto *ex art. 405 c.c.* sarebbe più idonea a gestire situazioni temporanee, quindi già individuate o individuabili. Di tale parere G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 2; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuove leggi civ., comm.*, 2004, p. 35. Sul punto, parla di «circostanze sopravvenute», L. MILONE, *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 97; F. RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili». *Impressioni estemporanee su una recente legge*, cit., p. 151. L'autore osserva che la stesura del decreto è presa *rebus sic stantibus*, «sicché come può essere in ogni tempo modificata o integrata (nuovo art. 407, comma 4°, c.c.), così può essere oggetto di revoca...».

In termini più rigidi R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obbiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., 762. L'autore, che è stato tra i primi a sostenere l'importanza dell'introduzione nell'ordinamento di una misura di protezione quale quella dell'amministrazione di sostegno, precisa che «a tutti gli altri atti, sui quali il giudice non ha ritenuto di estendere il suo intervento, il disabile conserva intatta la sua capacità»; C. PRIORE, *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit. p. 111, il quale precisa che «per tutti gli atti non indicati nel decreto, il beneficiario conserverà la capacità d'agire». Si ritiene che in tale ipotesi, a fronte di un beneficiario del quale si dubita, anche a seguito di fatti sopravvenuti, la piena capacità di occuparsi della propria persona, possa essere richiesto l'intervento autorizzante del giudice tutelare; vedi F. TOMMASEO, voce «Interdizione e inabilitazione (procedimento di)», in *Enc. Dir.*, 2005, p. 9 nella parte in cui osserva che il giudice tutelare può integrare il decreto di nomina «non soltanto quando il mutamento delle circostanze rende evidente l'utilità di ampliare o di ridurre l'ambito oggettivo delle misure di sostegno, ma anche semplicemente per effetto di un diverso apprezzamento della convenienza di quanto originariamente stabilito» e sia con riguardo a interessi patrimoniali, sia a quelli morali del beneficiario, «da impartire all'amministratore ogni qualvolta se ne presenti l'opportunità». Quanto detto si considera pienamente condivisibile. Infatti, se il decreto è pronunciato *rebus sic stantibus* e se proprio per tale motivo può essere revocato (art. 413 c.c.) quando ne sono venuti meno i presupposti e previa attività istruttoria, un uguale discorso può valere ogniqualvolta il giudice ravvisi la necessità e l'opportunità, d'ufficio o su istanza di terzi, di ampliarne o ridurne il contenuto; G.

che il giudice sia nel momento iniziale di stesura del decreto di nomina, sia successivamente, ai fini di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno le preclusioni (e la relativa disciplina¹³⁴) *ex ultimo comma* dell'art. 411 c.c.¹³⁵, dovrà valutare, caso per caso, la concreta capacità dell'interessato, nonché la volontà espressa.

3.1.2 *L'art. 411, ult., co., c.c.: l' extrema ratio.*

La misura dell'amministrazione di sostegno può, quindi, essere istituita a favore di una moltitudine di persone, inclusi gli infermi di mente nei termini indicati dall'art. 414 c.c.¹³⁶ Dato il silenzio dell' istituto

FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione (a cura di)*, cit., p. 25 nella parte in cui osserva che «la misura di protezione può (e deve) essere modificata al mutare delle circostanze». A parere dello scrivente, anche se il riferimento dell'autore riguarda la possibilità di passare da una misura di protezione all'altra (artt. 413, 4° co, c.c. e 418, 3° co., c.c.), lo stesso può valere nel caso in cui il giudice si trovasse di fronte ad una situazione che al momento del decreto di nomina non sia era ancora verificata; G. F. CONDÒ, *Attività negoziale dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 406 nella parte in cui osserva che ogni integrazione (estensiva o riduttiva) del decreto di nomina deve essere annotata nel registro di cancelleria. Tra queste integrazioni possono entrare l'emanazione di provvedimenti urgenti (art. 49-bis disp. att., c.c.) o le regole *ex art. 411, u. co., c.c.* «se già non indicate nel decreto di nomina».

134 G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, cit., p. 1649, nella parte in cui osserva che «a mio avviso, è sicuro che, ove il giudice tutelare abbia esteso, al beneficiario di amministrazione di sostegno, una data limitazione, etc., relativa all'interdetto o all'inabilitato, è implicito che se ne applichi, automaticamente, anche la disciplina». L'a., pone l'esempio del termine prescrizione, relativo all'impugnativa del testamento redatto dal beneficiario a cui è stato esteso il divieto *ex art. 591, 2° co, c.c.* In tale caso, il termine dell'impugnativa decorre dal momento indicato dall'art. 591, 3° co., c.c. e non da quello indicato dall'art. 412, 3° co., c.c.

135 F. TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007. L'a., con riferimento alla cit. sentenza della Corte di Cassazione 26 novembre 2006, n. 25366, osserva che «... il giudice tutelare, sia con il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno sia con un successivo decreto, può disporre che determinati effetti, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato, vengano estesi al beneficiario».

136 G. BONILINI, *Tutela delle persone prive di autonomia e amministrazione di sostegno*, cit., p. 12; in G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit. p. 60 e in

dell'amministrazione di sostegno riguardo gli atti essenziali del beneficiario¹³⁷, si ritiene necessario interrogarsi sull'applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. e ciò per tre ragioni. La prima, in quanto, data la gravità dell'infermità o incapacità di tali soggetti, potrà essergli precluso il compimento degli atti in esame; la seconda, perché per proteggere il beneficiario¹³⁸ può risultare necessario precludere (momentaneamente) il compimento dell'atto¹³⁹; la terza, in quanto si potrebbe realizzare quella tanto auspicata abrogazione delle misure

G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 225; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2004, 1000 ss; G. FERRANDO, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano 2005, p. 33, 37-39; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 173; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 661; S. Patti, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 218. In giurisprudenza CASS., I, 22 aprile 2009 in www.dejure.giuffrè.it; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 999.

137 Sul punto ovvero sulla denunciata assenza di un'esplicita normativa, si vedano per tutti G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 6; L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 667; G. FERRANDO, *Diritti della persona e poteri dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 47; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 175 laddove osserva che «la disciplina dell'amministrazione di sostegno non dedica specifica attenzione all'esercizio dei diritti di carattere personale» e dove evidenzia che «la questione...non trova un'esplicita considerazione della nuova normativa». In giurisprudenza, anche se con riferimento all'assenza di una disciplina che autorizzi il giudice tutelare a conferire a terzi l'uso di strumenti rappresentativi nell'esercizio dei diritti personalissimi del beneficiario, v. TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri in *Giur. di Merito*, 2009, 2099.

138 Sulla indiscussa idoneità dell'amministrazione di sostegno a proteggere i soggetti che non siano in grado di manifestare ed esprimere la propria volontà v. U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1021; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit. p. 40; D. SIMEOLI, voce *Amministrazione di sostegno, Il (profili sostanziali)*, cit., p. 5; In giurisprudenza, v. TRIB. REGGIO EMILIA 4 novembre 2005, in www.altalex.com. In tale occasione, il Tribunale ha ammesso l'applicabilità della misura dell'amministrazione di sostegno a favore di un soggetto in stato irreversibile di coma vegetativo.

139 E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 145.

tradizionali di tutela, se non in senso “espresso”, quantomeno “tacito”, fino ad arrivare «*alla disapplicazione progressiva dei due istituti*¹⁴⁰».

A tale conclusione si arriva partendo dalla sostenuta premessa che non tutte le patologie che possono condurre alla pronuncia di interdizione nei confronti di un soggetto sono incompatibili con lo svolgimento della sua vita quotidiana¹⁴¹. Non sembrano esserci dubbi sulla possibilità di sviluppare un discorso uguale e contrario per quanto riguarda il beneficiario di amministrazione di sostegno, al quale potrà essere applicato l'ultimo comma dell'art. 411 c.c. a tutela dei suoi interessi e di quelli dei terzi¹⁴².

140 L. MILONE, *Il disegno di legge n.2189 sull'amministrazione di sostegno*, in Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (a cura di), Quaderni di famiglia, Milano, 2002, p. 112.

141 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit. p. 662; R. RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, cit., p. 290.

142 TRIB. MODENA 26 ottobre 2007, pres. Rovatti, rel. Iovino in *Famiglia e diritto*, 2008, 3, 277 nella cui massima si osserva che «*nel nuovo sistema di protezione, non si dovrebbe impedire al disabile di compiere atti inerenti ai rapporti di famiglia, in quanto tali atti sono espressione di diritti fondamentali della persona. Nello stesso tempo vi è la necessità di garantire al disabile tutta la protezione e l'assistenza necessarie per evitare che l'esercizio di tali diritti fondamentali possa ledere i suoi interessi o quelli altrui*». A commento della suindicata pronuncia del tribunale modenese si veda P. CENDON - R. ROSSI, ult., op., cit., tomo primo, p. 278. Sulla questione anche C. M. BIANCA, *Premessa*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)- quaderni di famiglia*, cit., p. 1. L'autore sottolinea come l'amministrazione di sostegno debba essere applicata a «*misura d'uomo*», cioè nei limiti in cui effettivamente la persona ha bisogno di essere protetta attraverso una forma giuridica che la metta a riparo dei pregiudizi dei suoi stessi atti [...]». Ancora, G. FERRANDO, *Diritti della persona e poteri dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di), cit., p. 47. L'autore evidenzia che vero che non si dovrebbe impedire al disabile il compimento di atti a cui è sotteso l'esercizio di diritti personalissimi e fondamentali, vero anche, però, che è forte la necessità di assicurare al soggetto debole una protezione adeguata onde evitare che «*l'esercizio di tali diritti fondamentali possa ledere i suoi interessi o quelli altrui*»; Analizza il problema anche M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 398 nella parte dove osserva che la preclusione ex art. 411 u. co., c.c. «*deve operare esplicitamente e sulla base di una rigorosa prova della loro effettiva dannosità nei confronti dei soggetti coinvolti*»; M. DOSSETTI, *Violazione delle norme di legge o delle disposizioni del giudice da parte del beneficiario e dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 420 nella parte in cui osserva che «*il criterio per incidere sull'estensione non è dunque, in assoluto, l'interesse del beneficiario, ma il giusto equilibrio di esso con interessi individuali di altri soggetti, o*

Ne consegue che non può ritenersi condivisibile la critica di taluna dottrina¹⁴³ che vede nell'applicabilità delle preclusioni *ex art. 411, u. co. c.c.* un sistema che «*mal si concilia*¹⁴⁴» con l'ottica di protezione sottesa all'amministrazione di sostegno, a maggior ragione se applicato per mezzo di un provvedimento giudiziale¹⁴⁵, per tre principali ragioni.

La prima perché il sistema di preclusioni *ex art. 411, u. co. c.c.* sarà adottato dal giudice tutelare su sollecitazione dell'amministratore di sostegno o degli altri soggetti legittimati, caso per caso ovvero a seconda dell'infermità o menomazione grave che in quel momento colpisce l'interessato per poi, eventualmente, essere rimosso nel momento in cui le predette condizioni venissero meno, evitando che l'amministrazione di sostegno risulti in realtà un'interdizione "occulta"¹⁴⁶.

interessi di carattere generale, che le disposizioni invocate tutelano: per fare solo un esempio, la tutela dell'affidamento dei terzi».

143 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 662. In linea con tale critica v. G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 230-251

144 In tali termini L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 662.

145 G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., 230-251; A. QUERCI, *Il matrimonio contratto da persona sottoposta ad amministrazione di sostegno*, in A. Querci - G. Ferrando, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti* (a cura di), Milano, 2007, p. 126 nella parte in cui osserva che per alcuni autori «l'art. 411 u.c., c.c. non possa essere mai invocato per precludere al beneficiario la possibilità di contrarre un valido matrimonio, in quanto, altrimenti, l'esercizio di un diritto fondamentale verrebbe ad essere limitato non dalla legge, bensì da una decisione discrezionale del giudice tutelare» e, ancora, nella parte in cui precisa che «la libertà matrimoniale può essere esclusa solo all'interdetto, la cui condizione non è omologabile a quella della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno». Si osserva, così come evidenziato dal citato autore (A. Querci, cit., p. 126), non solo che il giudice, laddove decidesse di limitare il soggetto nella propria capacità matrimoniale, non opererebbe a mezzo di un discrezionale potere, bensì si limiterebbe ad estendere «al caso concreto gli effetti dell'art. 85 c.c. nelle sole ipotesi in cui venga accertata la mancanza, da parte del beneficiario, di un'adeguata attitudine a comprendere i diritti ed i doveri della vita coniugale»; ma, altresì che, come ormai sostenuto da consolidata e citata giurisprudenza, l'amministrazione di sostegno può applicarsi anche ai soggetti assimilabili ai soggetti interdetti.

146 Considera la problematica G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 59. L'autore evidenzia che il comportamento a mezzo del quale il giudice tutelare dettasse uno statuto per il beneficiario di amministrazione di sostegno uguale a quello di un soggetto interdetto, sarebbe da ritenersi in "frode alla

La *seconda* per il fatto che la decisione del giudice tutelare non rappresenterà la regola, bensì l'eccezione, la *extrema ratio*, a cui il giudice tutelare farà affidamento per il tempo necessario a proteggere l'individuo dall'impossibilità temporalmente limitata a realizzare i propri interessi personali¹⁴⁷.

La *terza* perché laddove il giudice tutelare, considerata la patologia del beneficiario, ritenesse di proteggerlo a mezzo dell'estensione dell'art. 411 u. co c.c., tale scelta si rileverebbe meno grave dell'alternativa interdizione; e ciò a detta anche di quella stessa dottrina non favorevole all'applicazione di tale norma¹⁴⁸.

Inoltre, si ritiene che sia la stessa normativa dell'amministrazione di sostegno ad ammettere il ricorso all'ultimo comma dell'art. 411 c.c., sempre all'interno di un'ottica di protezione dell'interessato. Infatti, se è

legge". A parere dello scrivente, la concreta realtà che il giudice tutelare possa avvalersi del sistema delle preclusioni ex art. 411 u. co. c.c. non in maniera automatica, ma secondo un'attenta valutazione del caso, deriva anche dalla considerazione che già nella scelta della misura di protezione da applicare (interdizione o amministrazione) è stato sostenuto che il giudice dovrebbe essere soggetto ad una c.d. «obbligatorietà condizionata» all'accertamento (effettivo *ex post* o ipotetico *ex ante*) dell'inadeguatezza degli altri istituti ad assicurare la protezione del disabile». Sul punto si veda U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1030. Pertanto, appare importante evidenziare che se è vero che l'applicazione della misura dell'interdizione risulta essere "condizionata" ad una previa valutazione della sua efficacia protettiva del disabile, altrettanto vero è che tale discorso può valere riguardo all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c.

147 G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 19 nella parte in cui osserva che «l'incapacitazione del disabile...diventa ora una conseguenza eventuale e residuale per alcune categorie di atti per i quali si prospetta come necessaria ai fini della sua protezione».

148 Sul punto per tutti, G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 59. L'a. pur aderendo all'orientamento dottrinale che si pone in toni critici riguardo alla possibilità di estendere l'art. 411 u. co. c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno, non nega la possibilità, almeno non in termini assolutistici e seppur come *extrema ratio*, che il detto articolo possa trovare applicazione, ritenendo tale eventualità un'ipotesi meno grave rispetto all'eventuale scelta di applicare l'intera misura dell'interdizione giudiziale.

vero che l'amministrazione di sostegno deve «[...] tutelare con la minore limitazione possibile [...]», è anche vero, però, che laddove non sia "possibile" tutelare, limitando nella minore misura, sarà possibile farlo in una misura maggiore ossia anche estendendo il sistema delle preclusioni ex art. 411, u. co. c.c.¹⁴⁹. La differenza con la tradizionale misura di tutela giace nel fatto che laddove il beneficiario superi le infermità o le menomazioni che hanno giustificato da parte del giudice tutelare l'estensione dell'art. 411, u. co. c.c., il divieto potrà essere rimosso¹⁵⁰ e il decreto modificato o d'ufficio dal giudice o su istanza dell'amministratore dato che tra i suoi doveri di sostegno c'è anche quello di monitorare i miglioramenti del soggetto (ad oggi) non autosufficiente¹⁵¹.

149 Basti pensare come tale "temporaneità" si contrappone con "l'abitudine" tipica dell'interdizione. Sul punto si veda U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, cit., p. 1012.

150 In tali termini TRIB. TRIESTE, cit. La vicenda vede protagonista una giovane oligofrenica che progetta il matrimonio con il proprio fidanzato, un giovane laureato e con un lavoro regolare che, come accertato dal giudice tutelare, nutre un grande rispetto per la giovane senza alcuna intenzione di approfittare della sua debolezza. Il giudice tutelare, invece, riscontrando, nella giovane un'immaturità ed una fragilità non idonee ad affrontare il matrimonio, decide di estendere alla stessa il divieto di contrarre matrimonio ex art. 85 c.c. a mezzo dell'art. 411, u. co. c.c., ma non in via definitiva, bensì rimettendo all'amministratore di sostegno il ruolo di mediatore e di guida della coppia, nonché il compito di controllare l'evoluzione della maturità della giovane, che se raggiunta, porterebbe il giudice a rimuovere eventualmente il divieto posto.

151 Sottolinea tale compito G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., p., 249.

3.3 *Il criterio guida del giudice tutelare e dell'amministratore di sostegno: la volontà del beneficiario.*

Risulta ora necessario soffermarsi sia sulle linee direttrici che dovrebbero guidare l'opera del giudice tutelare e dell'amministratore di sostegno laddove si delinei un'inidoneità del soggetto al compimento di atti di natura personale, sia sulle le modalità di un possibile intervento del secondo.

La questione va riferita, però, all'ipotesi in cui il giudice, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, non abbia individuato specificamente gli atti che rientrano nell'oggetto dell'incarico dell'amministratore e che, quindi, possono essere compiuti dal beneficiario (se in grado)¹⁵² o con l'assistenza dell'amministratore, perché altrimenti (cioè nel caso in cui il decreto di nomina contenga l'elenco dettagliato degli atti che l'amministratore di sostegno può compiere in rappresentanza del proprio beneficiario o di quelli che quest'ultimo può compiere con l'assistenza del proprio amministratore) non si delineerebbe alcun dubbio sulla necessità (e legittimità) dell'operato dell'amministratore di sostegno. Ne consegue che a fronte di particolari esigenze del beneficiario, non considerate al momento dell'emissione del decreto di nomina, nonché a fronte di un'emergenza, ossia di un

152 Sulla necessità di tale indicazione si veda G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 222. L'a. sottolinea come dal decreto *ex art. 405 c.c.* si dovrebbero individuare, anche per esclusione, gli atti per il cui compimento il beneficiario mantiene una piena capacità d'agire, in aggiunta a quelli necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana, così come prevede l'art. 409 c.c.

peggioramento delle condizioni del beneficiario, sarebbe, comunque, plausibile un nuovo intervento del giudice, anche su sollecitazione dell'amministratore (e sentiti i familiari dell'interessato), volto ad apportare una modifica "adeguatrice" del provvedimento originario, così come prevede l'art. 407, 4° co. c.c.¹⁵³, salvo i casi d'urgenza, ove, come si vedrà nel proseguo della trattazione, la richiesta di un'intervento giudiziario potrebbe risultare pregiudizievole per la salute stessa del beneficiario.

Proprio in considerazione del fatto che l'incarico conferito all'amministratore di sostegno si sostanzia nella cura della persona del beneficiario (artt. 404 c.c., 405, 4° co c.c.), si ritiene che il criterio che maggiormente consente di soddisfare queste condizioni sia quello secondo cui l'amministratore debba valutare, con il maggior grado di approssimazione raggiungibile, quella che è la presumibile volontà del

153 L'uso dell'espressione "anche d'ufficio", comprova che laddove si presentassero necessità particolari del beneficiario, non precisate dal giudice tutelare nel decreto *ex art. 405 c.c.*, lo stesso giudice potrà adottare riguardo a provvedimenti d'urgenza non solo d'ufficio, ma, anche se non precisato, su istanza di parte. Sul punto, G. FERRANDO - L. LENTI, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 145 nella parte in cui osserva che «*il giudice tutelare ha amplissimi poteri di indirizzo e di controllo sull'operato dell'amministratore, potendo in qualunque momento ed occasione essere chiamato a dirimere un contrasto, a indirizzare o correggere una scelta che possa apparire pregiudizievole per il beneficiario*». Orbene, anche se la norma non fa espresso riferimento a chi può sollevare istanza al giudice per l'adozione di provvedimenti urgenti, si ritiene debba farsi riferimento agli stessi soggetti che possono presentare ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno e, pertanto, anche al beneficiario, nonché allo stesso amministratore su base del rinvio all'art. 417 (istanza di interdizione ed inabilitazione) c.c. disposto dall'art. 406 c.c. Infatti, l'art. 406 c.c. include tra i soggetti legittimati a presentare ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno anche i soggetti indicati dall'art. 417 c.c.; quest'ultima norma precisa che l'interdizione e l'inabilitazione possono essere promosse anche dal curatore o tutore. Orbene, è evidente come il legislatore riveste di un ruolo non marginale le figure che affiancano il soggetto sottoposto a misure di tutela. Pertanto, anche l'amministratore di sostegno potrà essere rivestito di un uguale potere e e non necessariamente in ipotesi di contrasti con il beneficiario. Si veda anche L. BALESTRA; *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 670.

beneficiario¹⁵⁴. Tale criterio presenta un duplice vantaggio: da un lato permette, in termini di *ricostruzione della volontà*, di ampliare la sfera giuridica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, consentendogli il compimento, seppure con la necessaria assistenza dell'amministratore, di atti che, altrimenti, dovrebbero ritenersi preclusi (ad es. gli atti personali che presuppongono un intervento medico, gli atti inerenti l'esercizio dell'azione di separazione e di divorzio). Infatti, esclusa la capacità del soggetto di compiere autonomamente l'atto, se non si ammettesse l'amministratore ad agire "con" l'amministrato¹⁵⁵, assistendolo nella concreta realizzazione dell'atto, si dovrebbe concludere per l'impossibilità completa per il beneficiario di porre in essere tutta una serie di atti funzionali alla realizzazione della sua persona.

Dall'altro lato, inoltre, il criterio in questione consente di valorizzare l'autonomia e la volontà dell'interessato, anche laddove questo sia incapace di compiere autonomamente l'atto.

Il criterio della valutazione della volontà, però, non potrà considerarsi come un dogma da applicarsi *sic et simpliciter*, bensì se ne

154 Sul punto, osservando «il ruolo del beneficiario e la sua volontà si sono così affermati - in ottemperanza alla ratio della nuova misura di protezione - come "l'autorità principe" a cui dover fare riferimento ed a cui sono soggetti sia l'amministratore di sostegno sia il giudice», si veda M. G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., p. 242

155 In tali termini vedi Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2007, I, p. 3040 e ss. I giudici hanno evidenziato come la rappresentanza del tutore (e pertanto dell'amministratore di sostegno) al fine di consentire o dissentire al trattamento medico da eseguire o alla sua prosecuzione, è sottoposta a un duplice vincolo: agire nell'esclusivo interesse dell'incapace, ossia alla ricerca del best interest, decidendo non "per" o "al posto" dell'incapace, ma con l'incapace.

dovrà valutare l'applicabilità a seconda dell'emergenza¹⁵⁶ del caso, della natura degli atti e degli interessi in gioco. Infatti, nelle situazioni d'urgenza diverso sarà il modo di considerare il suddetto criterio o la possibilità di prescindere dall'autorizzazione del giudice, in linea di massima ritenuta necessaria¹⁵⁷.

Compite, queste considerazioni di carattere introduttivo e generale, i prossimi capitoli prenderanno in considerazione alcuni dei più comuni atti esistenziali per valutarne la realizzabilità da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno proprio sulla base del rilievo della valutazione della volontà. Nello specifico, il capitolo 4 analizzerà gli atti relativi alle cure mediche; il capitolo 5 prenderà in esame gli atti di matrimonio, separazione e divorzio; il capitolo 6 affronterà gli atti del testamento e della donazione. Infine, il capitolo 7 si soffermerà sull'aspetto comparativo della trattazione prendendo in esame l'ordinamento spagnolo.

156 Si pensi agli atti di intervento medico e all'ipotesi del silenzio del decreto *ex art.* 405 c.c., salvo le ipotesi di emergenza, nelle quali si ritiene che il medico mantenga un autorevole ruolo di garante del "miglior interesse" del beneficiario.

157 Tale autorizzazione è ritenuta essenziale ogni qual volta ci sia una situazione di incertezza o nell'ipotesi in cui il giudice non abbia preso in considerazione quel particolare atto che si vuole compiere, sia esso attinente al piano patrimoniale, sia a quello personale. In tali termini, v. G. FERRANDO, *I diritti di natura personale*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 146; L. COSENTINI, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno* cit., p. 411 nella parte in cui osserva, riguardo agli atti di straordinaria amministrazione, che questi «*se posti in essere dall'amministratore di sostegno, sono tutti indifferentemente rimessi all'autorizzazione del solo giudice tutelare, se posti in essere dal tutore sono rimessi all'autorizzazione del giudice tutelare o del tribunale a seconda della loro tipologia (artt. 374 c.c. e 375 c.c.)*». Non sembrerebbero sussistere dubbi nel ritenere che anche se il discorso riguarda gli atti attinenti all'ambito patrimoniale, un discorso simile può essere fatto per quelli personalissimi (di amministrazione straordinaria). Infatti, data la loro natura, si ritiene che un'ulteriore autorizzazione del giudice, nei casi di silenzio del decreto e in casi di dubbi circa la capacità del soggetto, sia indispensabile.

Capitolo Quarto

L'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO A FRONTE DI

DECISIONI SANITARIE

Sommario: 4. I trattamenti sanitari: l'imprescindibilità del consenso e l'impossibilità di esprimerlo al momento della loro esecuzione - 4.1 Le figure di "sostegno" del paziente "debole": il giudice tutelare - 4.1.1 L'amministratore di sostegno - 4.1.2 Il medico - 4.2 Amministrazione di sostegno e direttive anticipate - 4.2.1 Il ruolo dell'amministratore di sostegno a fronte di direttive anticipate - 4.2.2 La proposta di Legge - 4.3 Riflessioni

4. I trattamenti sanitari: l'imprescindibilità del consenso e l'impossibilità di esprimerlo al momento della loro esecuzione.

Il consenso del paziente è considerato un presupposto imprescindibile per poter sottoporre lo stesso a trattamenti o cure mediche¹⁵⁸, sia nella sua accezione positiva (consenso informato) sia in

¹⁵⁸ Il principio del c.d. "consenso informato" si è gradualmente affermato a partire dalla sentenza del 1967, a mezzo della quale i giudici di legittimità stabilirono per la prima volta che «fuori dei casi di intervento necessario il medico nell'esercizio della professione non può, senza valido consenso del paziente, sottoporre costui ad alcun trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica». Con tale pronuncia la Cassazione precisò la necessità di acquisire il consenso e che lo stesso, per essere considerato "valido", doveva essere preceduto dalle informazioni circa le potenziali cause d'inefficacia dell'operazione chirurgica. Sul punto si veda CASS., sez. III, 25 luglio 1967, n. 1945, in *www.altalex.com*. Recentemente, CASS., III[^] sez. n. 6045 del 12.03.2010, con nota di S. Balbusso, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 1010 e ss. In pari termini si è pronunciata la CORTE COST., 23 dicembre 2008, n. 438, con nota di R. Balduzzi - D. Paris, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, nella parte in cui precisa che il consenso informato è da considerarsi «quale vero e proprio diritto della persona». Quanto alla giurisprudenza penale, si veda CASS. PEN., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, p. 867.

quella negativa (dissenso informato). Rispetto a quanto appena asserito non sembrano sorgere particolari problemi interpretativi in relazione ad un paziente autonomo, ossia pienamente in possesso di una lucida capacità di discernimento al fine di poter esternare un proprio consenso (o dissenso) a cure o trattamenti medici. Al contrario, riguardo l'ipotesi di un paziente "non autonomo" o parzialmente autonomo, la questione presenta rilevanti aspetti problematici. Infatti, proprio in riferimento a quest'ultima ipotesi si rende necessaria l'individuazione dei principi e delle regole che possono trovarvi applicazione. In altre parole, appare necessario interrogarsi in che modo i soggetti che affiancano l'interessato e che rivestono una posizione di garanzia (il medico e l'amministratore di sostegno), potrebbero sopperire a tale mancanza di autonomia.

Alla disamina di tale problematica si dedicano i successivi paragrafi del presente capitolo.

In dottrina, sulla necessità del rispetto del principio del consenso del paziente al trattamento/intervento medico, in quanto espressione di autodeterminazione del paziente, si veda R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. di mer.*, 2010-1, p. 1110; G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II, p. 1173; G. CAPAREZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, p. 1072-1073. In ambito internazionale, si veda altresì la Convenzione di Oviedo (art. 6, 3° co.) e la più recente normativa sulla sperimentazione clinica; entrambe prevedono l'ipotesi di «adulti incapaci di dare validamente il proprio consenso informato» (art. 2, lett. 1, d. lgs. n. 211/2003), nonché l'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che stabilisce, all'art. 2, che «*deve essere rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*».

4.1 LE FIGURE DI "SOSTEGNO" DEL PAZIENTE "DEBOLE": IL GIUDICE TUTELARE

Prima di analizzare come l'amministratore di sostegno ed il medico devono porsi riguardo a scelte sanitarie da prendere nell'interesse del beneficiario di amministratore di sostegno, si ritiene preliminare l'analisi del ruolo del giudice. Infatti, è proprio il giudice tutelare adito a poter includere nel provvedimento di nomina *ex art. 405 c.c.* anche gli atti relativi a decisioni sanitarie attuali o future, stabilendo così in che modo debba operare l'amministratore di sostegno¹⁵⁹. In proposito, si deve differenziare l'ipotesi in cui il giudice tutelare ha, in maniera precisa, indicato l'atto da compiersi e specificato tutti i suoi elementi essenziali, dall'ipotesi nella quale, invece, il giudice si sia limitato soltanto ad indicare la categoria di atti relativamente ai quali l'amministratore ha un potere d'agire, nonché da quella in cui non abbia indicato nulla nel decreto di nomina in merito ai trattamenti medici.

Nel primo caso, data la precisione nella redazione del decreto, la richiesta di un'ulteriore autorizzazione del giudice potrebbe portare a un aggravamento delle formalità processuali. Infatti, nessun problema si porrà nell'ipotesi in cui, nel decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, pronunciato a norma dell'art. 405 c.c. o in un successivo provvedimento modificativo o integrativo (art. 407, 4° co., c.c. e art. 44 disp. att. c.c.), siano specificatamente indicati gli atti che l'amministratore

159 G. GENNARI, *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Famiglia*, 2006, p. 761.

ha il potere di compiere rispettivamente in rappresentanza o in assistenza del beneficiario (art. 405, n. 3° e 4°) tra i quali, per quel che è d'interesse, anche quelli relativi a interventi sanitari. In questo caso, infatti, è il contenuto stesso del provvedimento di nomina a definire con precisione l'ambito e i limiti dell'intervento dell'amministratore di sostegno, senza che possano residuare dubbi di alcun genere. Il che equivale a dire che, a fronte di un decreto *ex art. 405 c.c.* chiaro ed esaustivo, l'amministratore di sostegno agirà come rappresentante *ad acta*¹⁶⁰.

Nel secondo e nel terzo caso invece, l'ulteriore autorizzazione da parte del giudice tutelare appare opportuna, salvo situazioni d'urgenza in cui, come si dirà nel proseguo del capitolo, sarà data autonomia al medico. Infatti, nel caso in cui il giudice abbia indicato solo genericamente la

160 In tali termini si è pronunciata la CORTE DI CASS., sez. III[^] del 15 settembre 2008 con la sentenza n. 23676 in *www.personaedanno.it* e in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 170. Sul punto, si veda anche il commento di P. Cendon- R. Rossi, *Le pronunce di Cassazione*, in P. Cendon, *Amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 250-254 e, ancora, in N. VICEONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, rivista 1/2011, nella parte in cui precisa i requisiti individuati dalla Corte relativi al consenso (o dissenso). I giudici di legittimità hanno evidenziato come in ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, quindi, in ipotesi di urgenza, il dissenso o consenso del medesimo ad un trattamento sanitario deve essere oggetto di manifestazione di una volontà non equivoca da parte dello stesso paziente, ossia concretamente accertata. Laddove questa manifestazione non sia possibile (ad esempio in ipotesi in cui il paziente si trovasse in uno stato di incoscienza), tale dissenso o consenso potrà essere manifestato dall'amministratore di sostegno proprio in base alla rappresentanza *ad acta* derivatagli dal decreto *ex art. 405 c.c.*. La vicenda, invece, vedeva protagonista un testimone di Geova in possesso di un cartellino con la scritta "niente sangue" ritenuto dalla Corte insufficiente per potere rappresentare un vero e proprio consapevole dissenso alle cure. In pari termini, si vedano anche D. SIMEOLI, voce "*Amministrazione di sostegno*", II (profili sostanziali), cit., p. 2. L'autore, infatti, riferendosi all'istituto dell'amministrazione di sostegno, parla di un «modello di rappresentanza *ad acta*»; U. MORELLO, *Costituzionalità del rifiuto alle cure* in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 48-56, soprattutto p. 49 nella parte in cui, a commento della citata sentenza, osserva che «*qualora il malato al momento del ricovero sia sprovvisto della sua dichiarazione di contrarietà a determinate pratiche mediche, può avvalersi di un "rappresentante *ad acta*", ossia una persona indicata dal lui stesso affinché sia portata a compimento la sua volontà*».

categoria di atti che l'amministratore può compiere, l'ulteriore richiesta di autorizzazione al giudice chiarirà se in tale categoria rientra anche quella avente ad oggetto decisioni sanitarie da prendere nell'interesse del beneficiario¹⁶¹; mentre, a fronte di una situazione non indicata nell'atto di nomina *ex art. 405 c.c.*, l'ulteriore autorizzazione appare opportuna per capire se l'amministratore di sostegno può essere legittimato a prendere decisioni sanitarie nell'interesse del beneficiario. Inoltre, la soluzione sarà diversa a seconda che si verifichi o meno una situazione connotata dai caratteri d'urgenza e nella quale il beneficiario non risulta capace di esternare un proprio consenso/dissenso¹⁶². Infatti, è chiaro che, in una

161 S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, cit., p. 244. L'autore precisa appunto la necessità di richiedere un'ulteriore autorizzazione al giudice tutelare qualora questi abbia solo indicato genericamente le tipologie di atti che l'amministratore può svolgere.

162 Il problema dei limiti di liceità dell'intervento medico non supportato da un valido e libero consenso del paziente è stato proprio in questi anni oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale, che, tuttavia, in tempi recentissimi, è giunto a tracciare alcuni punti fermi. Infatti, a proposito, anche sulla base delle argomentazioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è possibile svolgere alcune considerazioni di particolare rilievo in relazione alla problematica de qua.

Anzitutto, si sottolinea l'importanza che assume, nell'occorrenza della valutazione della liceità dell'intervento, la sua finalizzazione alla tutela di beni di primaria importanza per il diretto interessato (come, nella specie, la salute e la vita stessa), oltre che per la collettività; beni che costituiscono anche oggetto di tutela costituzionale (artt. 2 e 32 Cost.). Ebbene, questo rilievo conserva tutta la propria validità anche se riferito all'attività dell'amministratore di sostegno, istituzionalmente incaricato della cura e della tutela degli interessi e della persona del beneficiario in tutte le proprie estrinsecazioni. A riguardo si veda CASS. SEZ. UN. del 18.12.2009 n. 2437 in Foro It., 2009, 6, 305. La Corte ha precisato che «*ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle legis artis, si sia concluso con esito fausto - ovvero con un miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative apprezzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 c.p.*». Riguardo la legittimità della condotta del medico se tenuta nell'osservanza dei «*canoni della scienza medica, della perizia e della diligenza*», nonché se seguita dalla relativa informativa, si veda anche CASS. PEN., Sez. 4[^], sent., n. 38852/2005, in *www.aziendalex.kataweb.it.*; Per un'ampia analisi della citata sentenza si veda E. PALERMO FABRIS - S. RIONDDATO, *Sull'atipicità penale dell'atto*

situazione di questo tipo, non è possibile per l'amministratore di sostegno rivolgersi al giudice tutelare al fine di ottenere da questi un'autorizzazione sul da farsi. Pertanto, in tale ipotesi il medico avrà piena autonomia di azione, con l'unico limite dato dall'imprescindibile rispetto di tutti i protocolli medici e delle pertinenti *leges artis*.

4.1.1 *L'amministratore di sostegno.*

Al fine di analizzare il ruolo che l'amministratore riveste a fronte di decisioni sanitarie da prendere nell'interesse del beneficiario di amministrazione di sostegno, appare utile in primo luogo rinviare all'istituto dell'interdizione. Infatti, si ritiene importante osservare che prima dell'introduzione nel nostro sistema normativo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, l'attenzione era concentrata sulla figura del tutore e sulla sua legittimità a partecipare all'*iter* decisionale del(l'incapace) malato relativo ai trattamenti medici a cui questi doveva essere sottoposto. L'interesse che la suddetta questione suscitò, portò dottrina e giurisprudenza ad adottare un orientamento positivo circa la legittimazione del tutore a prendere decisioni sanitarie nell'interesse del beneficiario, considerando non solo l'art. 357 c.c. (al quale fa rinvio l'art. 424 c.c.)¹⁶³ che precisa che "*il tutore ha la cura della persona*" dell'interdetto,

medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito (Sezioni Unite Penali, 21 gennaio 2009, n. 2437), in La Nuova Giur., civ., comm., 2010, p. 395 e ss.

163 Di tale orientamento, M. N. BUGETTI, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Fam. e dir.*, 2010, 2, p. 174, nella parte in cui sostiene che tale potere di

bensì anche l'art. 6, 3° comma della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (ratificata in Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145¹⁶⁴), che riconosce al tutore il ruolo di interlocutore dei medici nel decidere dei trattamenti sanitari da praticare all'incapace.

Pertanto, proprio facendo leva sul richiamato comma 3° dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, non sembrano esserci dubbi nel ritenere che quanto detto valga anche per l'amministratore di sostegno. Infatti, l'anzidetta norma specifica che *«allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione»*. Dall'analisi di tale norma consegue che, anche escludendo la qualifica di "rappresentante legale" in capo all'amministratore di sostegno (che lo affiancherebbe in maggior misura alla figura del tutore), non sembrerebbero sussistere dubbi nel riconoscere all'amministratore quella di persona "designata dalla legge" al fine di tutelare le persone prive in

cura *«deriva dal disposto dell'art. 357 c.c. competente le funzioni del tutore del minore - richiamato anche in materia di tutela dell'interdetto dall'art. 424 c.c.- il quale fa riferimento alla "cura della persona", allargando così l'orizzonte della competenza del rappresentante oltre gli aspetti concernenti la cura del patrimonio in senso stretto, ivi incluso il consenso al trattamento terapeutico»*.

164 È importante sottolineare, però, che a oggi, l'Italia pur avendo firmato la Convenzione di Oviedo, non ha ancora completato l'iter di ratifica. Infatti, nonostante la legge n. 145 del 2001 abbia autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione, lo strumento di ratifica non è ancora stato depositato presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana¹⁶⁵.

Quanto detto sembrerebbe valere anche a fronte di quei dubbi che potrebbero nascere proprio ponendo l'accento sul fatto che l'amministratore di sostegno viene nominato non a mezzo di un provvedimento legislativo, bensì a mezzo di un decreto del giudice, ma che vengono a perdere di spessore considerando che l'amministratore di sostegno viene designato in prima battuta (salvo gravi motivi) tra i soggetti indicati nell'art. 408 c.c., e che il giudice emana il provvedimento di nomina secondo le regole introdotte dalla L. 6/2004. Per tali considerazioni, ne deriva che, al pari del tutore, anche all'amministratore di sostegno possono essere riconosciuti poteri di cura, incluso il potere di decidere sui trattamenti sanitari riguardanti il soggetto debole non in grado di esternare un'autonoma volontà a riguardo.

In giurisprudenza, la vicenda che, più di altre, ha portato a ritenere che al tutore (e quindi, si ritiene, anche all'amministratore di sostegno) possa spettare la legittimazione a esprimere o a rifiutare il consenso al

165 Concordemente sul punto, F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in S. Rodotà - P. Zatti, *Le responsabilità in medicina, Tratt. di Biodiritto* (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 894, nella parte in cui nota che «l'art. 6 della Convenzione di Oviedo dispone che il trattamento possa essere eseguito su pazienti incapaci di prestare un consenso a) ove il trattamento sia compiuto a beneficio del paziente, e b) il trattamento sia autorizzato dal legale rappresentante del paziente medesimo, il quale dunque avrà il compito di prestare il consenso informato in luogo del paziente stesso». Ancora, L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, cit., p. 417, nella parte in cui osserva che è ormai «principio ben consolidato» quello di considerare il consenso all'atto medico come «manifestazione di volontà che esprime l'autonomia della persona, avente contenuto non patrimoniale, richiede dunque la capacità d'agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del suo rappresentante legale» e dove precisa che «il suddetto principio si applica a tutte le categorie di incapaci di agire: sia ai minorenni, sia ai 4maggioirenni che siano soggetti a tutela o siano beneficiari di amministrazione di sostegno, qualora il provvedimento che la istituisce sottragga al beneficiario tale potere per attribuirlo all'amministratore» (ivi, p. 418).

trattamento medico nell'interesse del soggetto sottoposto a tutela¹⁶⁶, è¹⁶⁷ quella del noto caso che ha visto protagonista Eluana Englaro¹⁶⁸.

Anche se l'anzidetta legittimazione, stabilita dalla Corte di Cassazione per lo specifico caso "Englaro" è stata riconosciuta in materia

166 APP. MILANO, decr. 31.12.1999, in *Familia*, II, 2002, 231 ss. Riguardo alla vicenda sottoposta alla propria attenzione, va osservato come la Corte ha riconosciuto che l'accettazione dei trattamenti sanitari rientra ipso iure nei poteri del tutore. In dottrina, M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 376. L'a., evidenzia come, non sono mancate voci contrarie al riconoscimento in capo al tutore di poteri inerenti alla "cura" della persona, nonostante il richiamo fatto a tale sfera personale del soggetto debole dagli artt. 357 c.c. e 408 c.c. e che «è tuttora aperto il problema del fondamento e dei limiti dei poteri sostitutivi in capo al rappresentante legale, anche con riferimento alla nozione giuridica di cura ed alla rilevanza oggettiva degli interessi in gioco». Sulla questione, si veda anche F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. della famiglia e delle persone*, I, 2008, p. 107 ss.. L'autore sostiene che «la cura dell'incapace di cui parlano gli artt. 357 e 408 c.c., implica non solo la tutela del suo patrimonio, ma anche quella della sua persona e dunque della sua salute, come pure si desume dall'art. 406 c.c.». In altre parole, l'a. respinge l'opinione volta a riconoscere al tutore poteri inerenti alla «cura» del soggetto debole a cui si riferiscono le disposizioni codicistiche anzidette fino a ricomprendervi un ruolo decisionale inerente alla morte dell'incapace. Si veda, altresì sul punto TRIB. ROMA, 23.7.2007, in *Foro it.*, 2008, II, 105, con nota di G. Casaburi cit., e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 331 ss., con nota di M. Azzalini, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*. L'a. ritiene che il diritto al rifiuto di terapie salvavita non può essere esercitato dal «rappresentante legale del minore o dell'infermo di mente». Ciò, in quanto, viene ritenuto che lo stesso legale abbia solo titolo idoneo ad effettuare interventi a favore della vita del rappresentato e non in pregiudizio della medesima.

167 Come osservato, l'uso del verbo al presente non è casuale. Infatti, come evidenziato anche in dottrina la vicenda Englaro ha (avuto) effetti non solo a livello giuridico, ma anche politico. Infatti, va precisato, come la proposta di legge approvata in testo unificato dal Senato in data 26.3.2009 è ancora sottoposta all'esame della camera (proposta di legge n. 2350/2009, XVI legisl., Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento. Per un'analisi sul piano processuale della vicenda, v. M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 376, in particolare si veda la nt. 57. L'a. fornisce una chiara indicazione di alcuni importanti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali sul piano processuale della suddetta vicenda Englaro.

168 CASS., sez I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2007, I, p. 3040 e ss e in P. CENDON, *Amministrazione di sostegno (a cura di)*, tomo primo, cit., p. 242.

Va ricordato che le problematiche della vicenda di Luana Englaro sono sorte per il fatto che la stessa non aveva rilasciato precise dichiarazioni anticipate in relazione ai trattamenti medici ai quali essere sottoposta in caso di perdita della propria capacità di intendere e volere, ossia una chiara volontà da rispettare ed attuare a mezzo della quale in maniera esplicita dichiarava il proprio volere in relazione a trattamenti medici futuri, bensì, per il fatto che aveva esternato, in diverse occasioni, propri pensieri e desideri riguardo ai detti trattamenti, dei quali è risultato necessario ricostruirne la fondatezza al fine di dare la prova che gli stessi si riferissero effettivamente alla volontà della interessata.

di interruzione di mezzi di sostegno vitale della persona in stato vegetativo permanente, ben può ritenersi valido anche per la più generale questione delle decisioni sanitarie da prendere nell'interesse di persone non in grado di decidere su di sé e, per quel che è di interesse, sottoposte ad amministrazione di sostegno. Stante la similitudine tra la situazione del paziente in stato di incoscienza in quanto in stato vegetativo permanente e del paziente incapace totalmente di intendere e volere per altri motivi, in entrambi i casi si tratta di una situazione di attuale incapacità di autodeterminarsi in ambito medico, con conseguente applicabilità della stessa disciplina per *eadem ratio*).

La Corte di Cassazione ha precisato che il tutore (e pertanto anche l'amministratore di sostegno), è chiamato ad esternare, in termini di garanzia, la volontà del paziente di accettare o rifiutare le cure mediche prospettate, laddove autorizzato espressamente dal giudice tutelare a mezzo del decreto di nomina.

Infatti, nella vicenda richiamata, la Corte ha precisato che *«il giudice può autorizzare il tutore - in contraddittorio con il curatore speciale - di una persona interdetta, giacente in persistente stato vegetativo, ad interrompere i trattamenti sanitari che la tengono artificialmente in vita, ivi compresa l'idratazione e l'alimentazione artificiale a mezzo di sondino, sempre che: a) la condizione di stato vegetativo sia accertata come irreversibile, secondo riconosciuti parametri scientifici, b) l'istanza sia espressiva della volontà del paziente, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dai suoi convincimenti»*. Tale potere, però, è sottoposto al duplice ed

imprescindibile «vincolo della corrispondenza all'«esclusivo interesse del paziente» ed alla sua “presunta volontà”».

La Corte precisa che il legale rappresentante deve agire “con il soggetto¹⁶⁹”, anche se concretamente agisce “al posto di”, nonostante sia “guidato” dalle scelte esistenziali del diretto interessato¹⁷⁰. Pertanto, al soggetto che affianca l'interessato potrà essere riconosciuto un potere “ibrido”, contestualmente simile sia a quello del rappresentante (che partecipa all'atto con una volontà propria), sia a quello del *nuncius*¹⁷¹ (che

169 Con tale termine si è espressa la CORTE COST. 8.10.2008, n. 334 in *Foro it.*, 2009, I, 35, nt. R. Romboli.

In dottrina si veda A. GALIZIA DANOVI, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 77.

170 Orbene, sembra potersi sostenere che la soluzione adottata dalla Corte, seppur perfettamente condivisibile, potrebbe sembrare alquanto contraddittoria in re ipsa, quanto meno sul piano terminologico, in quanto sembrerebbe ammettere che si realizzi una vera e propria sostituzione di volontà (dal momento che riconosce al rappresentante il potere di manifestare all'esterno la volontà dell'assistito, attualmente incapace di esternarla in prima persona); ma, allo stesso tempo, nega giustamente tale evenienza, ricorrendo ad una terminologia che fa intendere l'opposto, sottolineando che la “volontà manifestata” non è quella propria del tutore, quanto piuttosto quella propria dell'interessato, seppure “ricostruita”. La Corte preferisce ritenere che il tutore agisca “con il soggetto” (assistito), anche se, concretamente, nel momento della manifestazione del consenso, non sussiste un'effettiva interazione con e di quest'ultimo. Infatti, stiamo parlando di un'ipotesi in cui il soggetto debole non risulta avere attualmente alcun grado di capacità di intendere e volere, e pertanto, l'individuazione della sua volontà deve necessariamente passare attraverso la “ricostruzione”, ossia attraverso un'attenta attività del soggetto preposto alla sua protezione volta a persuadere il giudice riguardo all'effettivo orientamento della volontà dell'interessato, volontà non più attuale e non più manifestabile. È proprio ponendo l'accento su tale considerazione che si nota l'anzidetta contraddizione.

171 In generale, riguardo all'incarico del *nuncius*, v. P. D'AMICO, voce “*rappresentanza, I, (diritto civile)*”, in *Enc. giur.*, p. 5, che nota come compito del *nuncius* è quello di riferire esattamente la dichiarazione di volontà del soggetto interessato. Sembra qualificare l'amministratore di sostegno come un *nuntius*, nei termini di “portavoce”, anche V. BUSI, *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, in *Fam. e dir.*, 2010, 2, p. 19, nella parte in cui osserva che «ciò che il paziente vuole ottenere chiedendo la nomina dell'amministratore di sostegno è, dunque, che quest'ultimo diventi il proprio *nuntius* nel momento in cui, a causa della malattia, egli non sia più in grado di esprimere, direttamente, il proprio consenso/dissenso al trattamento sanitario» e ancora dove nota che «il medico sarebbe obbligato ad eseguire le indicazioni dell'amministratore di sostegno che, quale “portavoce” del paziente, diverrebbe lo strumento volto a far sì che il soggetto malato possa superare gli ostacoli causatigli dall'incapacità, così potendo, comunque, esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione» (ivi, p. 193). Va detto, però, che nel momento in cui l'amministratore si appresta a svolgere un'attività di “ricostruzione della volontà” del soggetto interessato,

riferisce la volontà di altri senza, però, manifestarne una propria), anche se *sui generis*, dato che in tali situazioni la ricostruzione della volontà implicherà una partecipazione attiva del legale rappresentante nel processo volitivo del soggetto.

Il potere di sospendere il presidio medico o di rifiutarlo, riconosciuto al tutore e, data la flessibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, estendibile anche all'amministratore di sostegno, dovrà perseguire il "best interest" del beneficiario, che, al di fuori delle situazioni d'urgenza, sarà inteso in senso soggettivo¹⁷². Infatti, si procederà

questi non possa più essere qualificato come mero *nuncius*, anche se non mancano in dottrina voci che non correttamente lo qualificano come tale; si veda ad es. M. G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Bioetica*, 2, 2011, p. 229 e 230 nella parte in cui nota «la figura del *nuncius* ben si attaglia alla funzione del tutore nel suo delicato compito di dare voce al soggetto incapace» o ancora, richiamando Trib. Roma, 10-03-2009, cit., p. 2098, nonché la cit. sent. 21748, evidenzia che «l'amministratore di sostegno, lungi dal limitarsi ad assistere il beneficiario in relazione alle sole conseguenze economiche della "scelta personalissima", deve esprimere detta scelta, agendo come *nuncius* del medesimo, del quale è tenuto a ricostruire la "volontà presunta"» e «aliunde accertata» (ivi, p. 238). Va notato che, se è vero che è il giudice ad accertare che la volontà "ricostruita" del beneficiario corrisponda effettivamente alle aspirazioni che lo stesso aveva esternato quando capace; è, però, vero anche che un ruolo decisivo lo rivestirà la capacità di persuasione dell'amministratore di sostegno nel provare (quindi non solo riportare) tale volontà. Infatti, a riguardo, il TRIB. CAGLIARI, 16.6.2010, in *www.jurisdata.it*, ha osservato che «il compito di far emergere tutti gli elementi a tal fine rilevanti è affidato al soggetto che svolge le funzioni di tutore o amministratore di sostegno...».

172 Per quel che è qui di interesse, il criterio del "best interest" che si ritiene maggiormente condivisibile è quello inerente alla sua accezione "soggettiva" e non "oggettiva". La prima, contrariamente alla seconda, non ritiene che la valutazione del best interest del soggetto vada rilasciata interamente al medico, il quale, considerando errata la valutazione degli interessi compiuta dal soggetto, in base alla propria valutazione tecnica, ritiene di poter decidere "oggettivamente" sulla situazione medica dell'interessato e di perseguirne il best interest intervenendo sullo stesso; bensì, ritiene che il best interest si realizzi considerando l'identità della persona, la sua personalità, nonché i desideri e le aspirazioni presuntivamente espresse delle quali dovrà essere ricostruita la fondatezza. Sul tema, si veda M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, 2007, p. 68 e ss. Si ritiene che anche se il criterio del best interest è analizzato dall'a. con riguardo alla figura del minore, sia perfettamente applicabile alla figura dell'adulto. Sul tema anche E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. Dir., Civ.*, n. 3, 2008, p. 376 e ss. Sul punto il Codice di deontologia medica (2006) detta il dovere del medico di «comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte

all'attuazione della volontà del beneficiario, sia laddove la stessa emergesse chiara da anticipate dichiarazioni (scritte) di trattamento rilasciate dal soggetto (le quali saranno oggetto di trattazione nel paragrafo 4.3), sia laddove queste non emergessero così chiaramente e detta volontà dovesse essere "ricostruita"¹⁷³.

4.1.2 *Il medico.*

Oltre all'importante ruolo dell'amministratore di sostegno, anche il medico riveste una figura fondamentale per una serie di ragioni.

In primo luogo, il medico, già può sottoporre al giudice tutelare di valutare la necessità di nominare un amministratore di sostegno. Sul punto, l'art. 406, 3 co., c.c. recita: *«i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di*

diagnostico-terapeutiche» (art. 33) e precisa che *«se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà», il medico deve «tener conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato»* (art. 38). In pari termini si esprime il Codice deontologico dell'infermiere (2009) negli artt. 7 e 37.

¹⁷³ Parla del best interest come un criterio guida per l'amministratore di sostegno oltre quello dato dalla ricostruzione della volontà presunta dello stesso A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici*, cit., p. 749 nella parte dove specifica che «ove non sia possibile determinare la volontà. Espresa o tacita, del paziente viene in considerazione il secondo dei due criteri orientativi della scelta dell'amministratore di sostegno, quello cioè, del cosiddetto best interest». Parla del "best interest" come un criterio alternativo a quello della ricostruzione della volontà, sia nel caso questa risulti supportata da precedenti dichiarazioni scritte (criterio soggettivo), sia nel caso contrario, ossia nel caso in cui la volontà dovesse essere "ricostruita" in via ipotetica (criterio sostitutivo), G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 1067. L'autore ritiene che il criterio del best interest sia un terzo criterio "slegato" dal principio dell'autodeterminazione, tendente a «valorizzare piuttosto la responsabilità dei medici e del fiduciario nella definizione di ciò che informa il benessere del soggetto incapace e del tipo di trattamento sanitario da impiegarci».

sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'articolo 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero».

In secondo luogo, per la qualifica che riveste, il medico deve ottemperare a specifici doveri di protezione della persona del malato e ciò sia secondo le regole dettate dal codice di deontologia medica (artt. 3, 5) e dalla Convenzione di Oviedo (art.1), sia, secondo un processo di analogia (*legis*), rinviando alla linea guida sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno (art. 1 l. 6/2004), che intende proteggere il soggetto debole nella misura meno limitativa possibile della sua capacità di agire.

A questo riguardo la Corte di Cassazione ha considerato che *«in caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica¹⁷⁴, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla*

174 R. MASONI, *Le direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 570. L'autore osserva che gli articoli della Costituzione che richiamerebbero il principio del consenso informato e dell'autodeterminazione dell'individuo sono «l'art. 2, il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo; l'art. 13, che proclama la "inviolabilità" della libertà personale; l'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo (oltre che "interesse per la collettività")». In commento alla citata Cassazione si veda A.VENCHIARUTTI, in *La nuova giur., civ., comm.*, 2008, parte prima, p. 100 e ss.

diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati»¹⁷⁵.

Pertanto, va osservato che, in quei casi in cui il medico dovrà agire con urgenza, l'anzidetta tesi soggettiva del "best interest" risulterà di difficile applicazione, ritenendosi maggiormente condivisibile la tesi oggettiva del *best interest*. Ne consegue che, solo nel caso in cui non sarà possibile né risalire a una volontà (presunta o meno) del soggetto, né ricevere un consenso o un diniego di un rappresentante legale dello stesso, né adire il giudice data la situazione di emergenza¹⁷⁶, il medico sarà

175 Sul punto, a commento della sentenza 21748/2007, cit., si veda anche P. CENDON - R. ROSSI, *Le pronunce della Cassazione*, in P. Cendon, *Amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 243.

176 M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 382, nella parte in cui osserva che «in ogni caso, laddove si pervenisse ad un conflitto, non sanabile nell'ambito della relazione tra il medico ed il rappresentante legale del paziente, circa cosa corrisponda al "miglior" interesse di quel determinato paziente, il medico, salvo il caso dell'emergenza/urgenza, non potrà superare la valutazione posta in essere dal rappresentante legale, ma avrà il solo potere/dovere di sollecitare l'intervento di controllo dell'autorità giudiziaria». Riguardo allo stato di necessità si veda E. PALERMO FABRIS, *Obbligo di agire del sanitario e consenso del paziente*, in *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, 2000, p. 202, nella parte in cui nota che «il ricorso allo stato di necessità appare possibile per giustificare l'imposizione della terapia rifiutata dal paziente in situazioni di emergenza, nelle quali il mancato intervento comporterebbe certamente- o con alto grado di probabilità- la morte e sempre che la terapia stessa comporti sacrifici di modesta entità. Si deve trattare anche di ipotesi in cui il rifiuto appare irragionevole e la situazione di emergenza non consente di interpretare il processo formativo di una volontà consapevole». Per una panoramica giurisprudenziale si veda P. Cendon - R. Rossi., *La funzione dell'amministrazione di sostegno*, in P. Cendon *Amministrazione di sostegno* (a cura di), ult., op., cit., p. 275. Tra le pronunce ivi riportate si evidenzia la pronuncia del Trib. di Trieste, decr. 17 dicembre 2008, g.t. Carlesso, in *www.personaedanno.it.*, nella quale i giudici, aderendo alla tesi oggettiva del "best interest" hanno avuto modo di precisare che lo stato di necessità permette di prescindere dal consenso informato del paziente, imponendo al medico di eseguire "sul paziente" (e, pertanto, "per il paziente") non capace di esprimere il proprio consenso, ogni trattamento sanitario utile e necessario, in modo tempestivo ed adeguato, secondo la migliore scienza ed esperienza medica. Pertanto, si osserva che a fronte di una vicenda come quella prospettata, un'eventuale richiesta di nomina di un amministratore di sostegno al fine di rappresentare il paziente nella prestazione del consenso informato sanitario, deve essere rigettata. Sulla possibilità per il medico di sorvolare sul consenso del paziente a fronte di casi di «indifferibile urgenza del trattamento sanitario» CASS., 30.01.2009, n. 2468 in *www.altalex.com*; sulla questione si veda anche D. SIMEOLI, voce *Amministrazione di sostegno*, II (profili sostanziali), cit., p. 8 nella parte in cui si osserva che «il medico può prescindere dal consenso informato solo in caso di trattamento sanitario per legge obbligatorio e di urgenza terapeutica tale

rivestito di una posizione di garanzia più estesa¹⁷⁷, ma nello stesso tempo, graverà su di lui il peso della responsabilità della decisione finale.

In considerazione di quanto sin ora detto, si desume che viene a crearsi quasi una sorta di “gerarchia” dei soggetti posti in una posizione di protezione nei confronti del paziente “incapace”. Infatti, a fronte di una situazione d’urgenza, non contemplata nel decreto *ex art.* 405 c.c., sarà il medico ad avere “l’ultima” parola in merito alla necessità o meno di sottoporre il paziente “incapace” di decidere autonomamente ai trattamenti medici che si riterranno necessari, laddove non sia possibile risalire alla volontà del soggetto né personalmente né a mezzo del proprio amministratore di sostegno sulla base di un procedimento di ricostruzione della volontà.

In caso contrario, non dovrebbe essere possibile per il medico discostarsi dalla volontà esternata dal paziente stesso (direttamente o a mezzo di direttive anticipate o a mezzo del proprio amministratore di sostegno). In quest’ultimo caso, infatti, il ruolo del medico si ridurrà, al più, ad apportare un ulteriore controllo che la decisione presa dal soggetto preposto alla protezione del soggetto debole sia effettivamente diretta a

che il ritardo determinerebbe un grave rischio alla salute, e nella ipotesi in cui il malato non sia in grado di esprimere alcuna volontà» e che, anche se non in maniera illimitata, ma sempre agendo nel best interest del soggetto, «i legali rappresentanti hanno il potere di prendere decisioni relative alla salute quale specifico aspetto del dovere di cura».

177 Sul punto, si veda TRIB. ROMA, decr., 20 dicembre 2005, g.t. Serrano, in *www.personaedanno.it*, dove si nota come, fatta salva la possibilità per l’amministratore di sostegno di manifestare la volontà contraria all’intervento medico del proprio assistito, non più in grado di manifestare attualmente l’anzidetta volontà, rimane, «salva ed impregiudicata ogni decisione dei medici che lo hanno in cura in merito alla prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità».

realizzare il miglior interesse (soggettivo) e a rispettarne la volontà (anche se presunta¹⁷⁸).

Orbene, si ritiene che tra il medico e l'amministratore di sostegno debba instaurarsi un rapporto di necessaria ed imprescindibile collaborazione¹⁷⁹.

4.2 Amministrazione di sostegno e direttive anticipate.

In materia, la questione più dibattuta riguarda la possibilità di utilizzare l'amministrazione di sostegno per attuare le volontà del malato nel momento in cui questi non sia più in grado di autodeterminarsi, a fronte di una sua precedentemente manifestazione attraverso direttive c.d.

178 Adotta una posizione critica riguardo alla ricostruzione dell'ipotetica volontà del soggetto debole G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Il corriere del merito*, n. 3/2010, p. 243. L'autore, riferendosi alle pronunce che hanno riguardato il caso Englaro, osserva «tali decisioni – e questo ne è il principale punto critico – danno spazio ad una ricostruzione del tutto ipotetica della volontà del paziente incapace, oltretutto fondata su discutibili valutazioni della condotta di vita. In altri termini alla volontà effettiva del paziente ne preferiscono una ipotetica o presunta, che sconfinata, pericolosamente, in mere illazioni». A parere dello scrivente, l'attività di "ricostruire" la volontà presunta del soggetto debole non in grado di esternarla a cui è chiamato il legale rappresentante e per quel che è qui di interesse l'amministratore di sostegno, e la conseguente attività di analisi di attualizzazione della stessa a cui è chiamato il giudice tutelare, è essenziale per dare rispetto ad una volontà che, anche se non (attualmente) manifestabile, può risultare quella che attualmente corrisponde maggiormente al best interest del soggetto, nonché ai suoi bisogni e aspirazioni. Quanto detto non appare contestabile se si considera che, come anzidetto e confermato anche a livello di altri ordinamenti, incluso quello inglese (con riferimento al Mental Capacity Act, art. 4 e ss., emanato dal Parlamento del Regno Unito di Gran Bretagna) ove la decisione deve essere presa nell'interesse del paziente e, pertanto, le indicazioni precedentemente espresse dallo stesso contribuiranno ad individuare che cosa per quel determinato paziente sia preferibile.

179 A. SCALERA, *L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici*, cit., p. 747 nella parte ove osserva che laddove il soggetto non sia «in grado di comprendere le informazioni che il personale sanitario è tenuto a fornirgli», sarà necessario ricostruire «il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico, che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti proposti».

anticipate¹⁸⁰ in cui si esprime il rifiuto a trattamenti di sostegno vitale o si specificano indicazioni su aspetti della vita quotidiana¹⁸¹. Infatti, nonostante non esista, almeno ad oggi, una legge che tuteli

180 Si nota come sia in uso anche l'espressione del termine, pregnante forse più dal punto di vista linguistico piuttosto che giuridico, del "testamento biologico". Con l'espressione "testamento biologico", però, si deve intendere il documento con il quale una persona (testatore) può formulare (in condizione di perfetta lucidità mentale), la propria volontà in merito alle terapie e alle cure che intende o non intende accettare in caso di malattie terminali (coma irreversibile, o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili). Va precisato che il sostantivo "testamento" affiancato al quale vi è l'aggettivo biologico non può essere equiparato all'istituto del testamento disciplinato nel libro II° del codice civile, almeno non nello stesso senso tecnico-giuridico e ciò principalmente per due considerazioni pratiche. La prima consiste nel fatto che il testamento è considerato dal legislatore quell'atto con un contenuto principalmente e maggiormente patrimoniale, nonostante ne sia ammesso un contenuto a natura non patrimoniale. Invero, ai sensi del 2° co. dell'art. 587 c.c. il legislatore ammette le disposizioni a carattere non patrimoniale, benché lo stesso sembri denominare come "testamento" l'atto che le contiene solo quando queste convivono con altre a carattere patrimoniale. Laddove si fosse in presenza di sole disposizioni a carattere solo non patrimoniale, queste avrebbero comunque efficacia «*se contenute in un atto che ha la stessa forma del testamento*». La seconda considerazione consiste nel fatto che attraverso entrambi i suddetti tipi di testamento, il soggetto dispone, in un momento in cui ancora è in vita dei suoi beni, nei quali si può far rientrare il bene, seppur immateriale, ovvero a carattere non patrimoniale, della salute; tuttavia, mentre gli effetti del primo decorrono dal momento in cui il soggetto, seppur divenuto incapace, è ancora in vita, quelli del secondo decorrono solo dal momento in cui il soggetto passa a "miglior vita". Si legge infatti nell'art. 587 c.c. che «*il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*». Orbene, a parere dello scrivente, tali motivazioni porterebbero a ritenere più corretto l'utilizzo del termine "direttive anticipate". Sulla questione, ossia in toni critici riguardo all'uso dell'espressione "testamento", nonostante ne riconosca la ricchezza di significato, si veda anche G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 71 nella parte in cui osserva che «non è questa la sede per mettere in luce l'improprietà dell'espressione utilizzata, chè, all'evidenza, è del tutto inadeguato nel senso di "testamento per la vita", sebbene non sfugga l'efficacia dell'ossimoro impiegato» e, ancora, nella parte in cui precisa che non è possibile un accostamento, «*se non di pura assonanza o suggestione al testamento*»; G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato* 2/2004, p. 196 nella parte in cui osserva che l'uso del termine "testamento" «*appare improprio e atecnico*».

181 G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 1059 nella parte in cui, ponendo l'accento sull'elasticità del documento, osserva che il medesimo «*potrà assolvere allo scopo di effettuare anticipatamente specifiche opzioni sanitarie o di prefigurare una serie di indirizzi generali o di preferenze terapeutiche. Ma potrà anche contenere indicazioni concernenti aspetti della vita quotidiana o attinenti alla cura della persona come, ad esempio, il regime alimentare, l'abbigliamento, l'alloggio. Istruzioni che rifletteranno preferenze personali derivanti, magari, dalle convinzioni religiose o filosofiche del disponente*». L'autore continua osservando che nonostante le scelte di fine vita rappresentino «*l'ipotesi più comune nella prassi applicativa, non è ragionevole escluderne l'utilizzabilità in ogni altra ipotesi caratterizzata dallo scemare della capacità decisionale del disponente*». Sul punto, anche A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2011, p. 85.

adeguatamente la situazione delle persone che vogliono anticipatamente fornire direttive in relazione ai trattamenti medici ai quali essere sottoposte alla fine della loro vita, in previsione della loro eventuale futura incapacità, le stesse sembrano poter acquistare una rilevanza pratica, concreta e di indirizzo a mezzo proprio dell'istituto dell'amministrazione di sostegno (art. 408 c.c.)¹⁸².

Questa argomentazione è espressa da consolidata giurisprudenza¹⁸³ in base all'art. 408 c.c. che recita «*l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata*».

182 S. RODOTÀ, *Perché Laico*, Laterza, 2009, p. 88; R. MASONI - A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, cit., p. 441 nella parte in cui, richiamando il pensiero di Rodotà, osserva che «non sarebbe necessario dettare una disciplina normativa con riguardo al c.d. biotestamento, dato che l'istituto dell'amministrazione di sostegno già lo prevederebbe». G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. di mer.*, 2009, p. 1176. L'autore osserva che «*si fa strada l'opinione secondo cui non occorre l'introduzione di una nuova normativa, in quanto si può affermare che nel sistema vigente è già operante un insieme di norme che consentono di disciplinare compiutamente le esigenze connesse alle dichiarazioni anticipate di trattamento e la tematica dei trattamenti sanitari, anche salvo una normativa, quella sull'amministrazione di sostegno, che permette già ora di rispondere a tutte le esigenze della materia, a costo zero per il cittadino e con tutte le garanzie connesse all'intervento giurisdizionale, essendo quella giudiziaria anche l'unica sede idonea a dirimere l'eventuale contrasto tra la volontà individuale e le esigenze di cura della salute*». In termini più elastici S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 101 nella parte in cui osserva, proprio facendo riferimento all'art. 408 c.c., che non sarebbe corretto parlare di "assenza di normativa" In giurisprudenza, si veda TRIB. MODENA 5 novembre 2008, cit. (a cui fa rinvio R. Masoni, cit., p. 568), nella parte in cui si osserva che «*l'amministratore di sostegno designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità (art. 408 c.c.) può essere giudizialmente nominato da persona fisicamente e mentalmente sana al momento del deposito del ricorso ed autorizzato ad esprimere in luogo del beneficiario, il rifiuto ad alimentazione forzata artificiale, nonché a terapie salvifiche invasive, nel momento in cui il beneficiario medesimo si trovasse in stato di incapacità di intendere e volere*». A riguardo si veda anche CASS., sez., III[^], 15 settembre 2008, n. 23676 in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 170.

183 Sul punto si veda CORTE COST., 19.1.2007, n. 4, in *Giust. cost.*, 2007, 3, 2277 ss., con nota di Sacco.

4.2.1 *Il ruolo dell'amministratore di sostegno a fronte di direttive anticipate*

Quanto analizzato porta a ritenere che il beneficiario di amministrazione di sostegno possa, in previsione di una sua futura incapacità, designare anticipatamente il proprio amministratore, lasciando anche delle direttive "ora per allora", destinate a produrre effetti in un secondo momento, quando, cioè sopraggiunga l'anzidetta l'incapacità.

Infatti, in virtù di un'interpretazione estensiva degli artt. 404 e 410 c.c., il ricorso alla misura dell' amministrazione di sostegno avviene al fine di assicurare una continuità della tutela del paziente beneficiario¹⁸⁴, anche in corrispondenza di situazioni di urgenza. Tutela che, in caso di mancate direttive, verrebbe meno, dandosi legittimità al medico di intervenire. In tal modo, invece, la disposizione anticipata di trattamento avrebbe natura vincolante, permettendo alla volontà del beneficiario espressa "allora" di trovare attuazione "ora" a mezzo dell'amministratore di sostegno, a prescindere dagli eventuali e successivi progressi della scienza medica, se non diversamente espresso¹⁸⁵.

184 G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, cit., 285. Si veda sul punto anche TRIB. CAGLIARI, decr. 14.12.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 2, 167 ss., con nota di G. Bugetti, *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*

185 Sulla questione si veda R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, cit., p. 109 nella parte in cui, con riferimento alla pronuncia dei giudici modenesi del 5 settembre 2008 (cit.) osserva che «il giudice ha evidenziato che il lungo lasso temporale molte volte intercorrente tra confezione della direttiva ed (eventuale accadimento dell') evento traumatico non sarebbe in grado di devalizzare la disposizione anticipata per effetto dell'evoluzione della scienza». Si veda anche il paragrafo 8 del Parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 18 dicembre del 2003, dedicato al tema della vincolatività o meno delle direttive, precisando che è vero che le dichiarazioni espresse devono fungere da parametro di riferimento per il medico, ma non in maniera aprioristica o meccanica, soprattutto laddove le condizioni patologiche riportate dal

La forma più consigliata per la disposizione anticipata di trattamento è quella scritta perché le direttive anticipate lasciate in forma orale sono da considerare meno vincolanti (si pensi ad esempio al caso Englaro¹⁸⁶), in quanto rendono più problematica la ricostruzione della volontà del soggetto, lasciando quindi al soggetto preposto alla cura dell'interessato l'oneroso compito di persuadere il giudice, attraverso una serie di presunzioni, che la volontà "ricostruita" risulta essere la stessa che il soggetto manifesterebbe oggi, se fosse capace di farlo¹⁸⁷.

4.2.2 La proposta di Legge.

Pertanto, in virtù di quanto finora considerato e nonostante la copiosa giurisprudenza in materia di direttive anticipate di trattamento¹⁸⁸, il legislatore non ha ancora riconosciuto la validità di questo strumento¹⁸⁹.

paziente non coincidano con quelle indicate dallo stesso nelle sue dichiarazioni. Critico sulla questione, A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 87 nella parte in cui osserva che la questione si «complica ulteriormente qualora, nel periodo intercorrente tra la disposizione anticipata e il momento in cui si prospetta la necessità di un intervento, vi sia stata un'evoluzione della scienza medica che ponga su basi diverse il rapporto costi-benefici, diminuendo gli svantaggi e i rischi o aumentando i vantaggi potenzialmente derivanti dal trattamento sanitario da praticare».

186 La Corte di Cassazione, con la citata sentenza del 16-10-2007, n. 21748 ha precisato che «il giudice può autorizzare il tutore - in contraddittorio con il curatore speciale - di una persona interdetta, giacente in persistente stato vegetativo, ad interrompere i trattamenti sanitari che la tengono artificialmente in vita, ivi compresa l'idratazione e l'alimentazione artificiale a mezzo di sondino, sempre che: a) la condizione di stato vegetativo sia accertata come irreversibile, secondo riconosciuti parametri scientifici, b) l'istanza sia espressiva della volontà del paziente, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dai suoi convincimenti».

187 Sul punto, in favore della forma scritta, R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 582.583.

188 V. la cit. Cass. 21748/2007.

189 L'Italia non si trova, relativamente a tale questione, a occupare una posizione di prima linea; mentre in molti paesi (negli Stati Uniti, Olanda, Belgio, Danimarca, Germania, Spagna) esiste già una disciplina normativa in materia di direttive anticipate. Sul punto, in termini critici, G. BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di*

Infatti, nonostante l'esistenza di importanti interventi del Comitato Nazionale per la Bioetica¹⁹⁰, delle esplicite previsioni del codice di deontologia medica, anche nella versione più recente del 2006, e nonostante il diritto all'autodeterminazione dell'individuo, su cui si fonda la figura delle direttive anticipate¹⁹¹, garantito dall'articolo 32 della Costituzione, nonché dalla Convenzione di Oviedo¹⁹², si denuncia il *vacuum iuris* in materia. Il silenzio del legislatore risulta ancora più grave nonostante l'approvazione del disegno di legge n. 2350¹⁹³ intitolato

sostegno, cit., p. 72 nella parte in cui osserva che «...del resto, in un ordinamento, qual è il nostro, che persiste ad essere sordo di fronte al problema di dare piena attuazione, è forza, alla volontà dell'uomo, in un campo che, salvo alcuni limiti ineludibili, non dovrebbe interessare l'ordinamento giuridico, chiamato soltanto a predisporre i mezzi di tutela della volontà congruamente manifestata, non resta all'interprete, che sfruttare ogni piccolo spazio offertogli dalle norme»; A. Scalera, L'amministrazione di sostegno e il consenso ai trattamenti medico-chirurgici, cit., p. 751 nella parte in cui osserva che «l'istituto non è ancora oggetto di una specifica disciplina legislativa».

190 Il riferimento è al parere del 18 dicembre 2003, in www.governo.it/bioetica/, che il Comitato ha adottato, riconoscendo in tal modo valore bioetico alle direttive anticipate di trattamento, osservando nello specifico che «ogni persona ha il diritto di esprimere i propri desideri anche in modo anticipato in relazione a tutti i trattamenti terapeutici e a tutti gli interventi medici circa i quali può lecitamente esprimere la propria volontà attuale» e che il paziente deve avere il «diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche anche nei casi più estremi e tragici di sostegno vitale, pratiche che il paziente avrebbe il pieno diritto morale e giuridico di rifiutare, ove capace». Sul punto, per un'ampia analisi sul parere del comitato, si veda G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 1055 e ss. Sul diritto del paziente cosciente di rifiutare cure (anche vitali) si veda il Parere del C.N.B. del 24 ottobre 2008, in www.governo.it/bioetica/ (a cui fa rinvio anche R. MASONI, *Le direttive anticipate di trattamento sanitario*, cit., p. 574).

191 R. MASONI, *Le direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 567 nella parte in cui osserva che il tema in questione è «nient'altro che proiezione del principio, di generale accettazione nell'ordinamento, del consenso libero e ed informato all'atto medico».

192 Sul fatto che l'articolo 9 della Convenzione di Oviedo possa essere considerato un punto di riferimento per l'interprete sulla materia in esame, si veda TRIB. CAGLIARI, g.t., decr. 22 ottobre 2009- Giud. Cabitza, in *Fam. e diritto*, 2010, 2, p. 162, nella parte in cui rileva che nonostante la fonte sovranazionale non sia divenuta «ancora parte integrante del nostro sistema normativo», è ormai da considerare un indispensabile punto di riferimento per l'interprete, in quanto comunque risulta una «sostanziale conferma di valori già sanciti nella nostra Carte Costituzionale».

193 Si tratta del Progetto di legge n. 2350 del 2011, approvato dalla camera il 12 luglio 2011. Si nota come la questione delle direttive anticipate sia dal 2001 oggetto di interventi politici. In dottrina, si veda R. MASONI, *Le direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 576. L'autore evidenzia come

"Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento" che, però, non è stato ancora approvato: la regolamentazione con legge dell'istituto delle direttive anticipate sembra destinata a restare mera utopia.

Il ricorso all'art. 408 c.c., quale strumento per permettere al beneficiario di dare attuazione alle sue direttive anticipate a mezzo del proprio amministratore, permette il superamento del problema, anche concernente lo stato di incapacità in cui il beneficiario deve trovarsi perché le direttive possano produrre effetti. La complessità della questione deriva dal disegno di legge in materia di direttive anticipate. Nonostante il disegno di legge preveda che la condizione patologica di malattia in cui deve trovarsi il soggetto sia lo stato terminale e irreversibile¹⁹⁴, l'art. 408 c.c. aggira il problema, esprimendosi in termini di "futura incapacità", senza specificarne i caratteri dell'irreversibilità, dimostrandosi, strumento flessibile e "su misura" per l'interessato.

Ecco che, quindi, l'applicazione dell'amministrazione di sostegno potrebbe, ad oggi, rappresentare, assieme a quanto statuito dagli articoli citati della Convenzione di Oviedo e del Codice di Deontologia Medica, lo

nella realtà anglosassone esista il "living will" (la cui prima regolamentazione positiva è rinvenibile nel Natural Death Act californiano del 1976), in quella danese il c.d. "livestestamenter" ed in quella spagnola le c.d. "voluntades anticipadas". Inoltre, l'autore osserva anche che «il patient Self-Determination Act del 1990 impone agli ospedali che fruiscono di finanziamenti federali di informare i pazienti al momento dell'ammissione della possibilità di compilare un living will» (ivi, p. 577). Sul punto anche P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Giuffrè, 2003, pp. 329-330.

194 Sulla problematicità della questione anche A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 87 nella parte in cui osserva che «restano, pertanto fuori dalla sfera applicativa delle norme contenute nel disegno di legge le disposizioni anticipate di trattamento da valere in situazioni di incapacità transitoria, che, in quanto tali, non si pongono in una fase terminale della vita».

strumento “normativo” con cui dare “vita” ed attuazione all’istituto delle direttive anticipate che così come regolamentate dal citato disegno di legge sembrano non essere in linea completa con il principio dell’autodeterminazione sul quale le stesse, invece, dovrebbero fondarsi¹⁹⁵.

Si osserva, infatti, che il legislatore della L. 6/2004 e la giurisprudenza¹⁹⁶ sono orientati in senso opposto alla finalità sottesa al progetto di legge citato (così il testo dell’art. 3, comma 5°), nel senso cioè di dare rilevanza alla volontà del paziente incapace, sia quella precedentemente e consapevolmente dichiarata, sia quella ricavata dalla sua personalità e dalle sue aspirazioni ecc., anche laddove fossero tese a rifiutare o interrompere le pratiche mediche, ivi compresa la nutrizione artificiale. È proprio ragionando su tali limitazioni che si snoda il punto centrale del problema e che sorge spontaneo il quesito: che senso ha approvare una proposta di legge che non permette al paziente di decidere completamente quando dovranno essere interrotti i trattamenti che lo

195 A. VENCHIARUTTI, *Non servono riforme capaci di comprimere l'autodeterminazione*, cit., p. 16 nella parte in cui osserva che «Il Ddl sulle dichiarazioni anticipate di trattamento...è congegnato in modo tale da espropriare ogni persona del diritto fondamentale all'autodeterminazione». L'autore richiama l'appello denominato “No alla cancellazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione”, promosso da Ferrando, Pace, Rescigno, Rodotà; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, cit., p. 118 nella parte in cui osserva che «con l'approvazione della proposta di legge..., in pratica si potrebbe trascorrere ad una regressiva concezione dell'autodeterminazione individuale»; A. CORDIANO, *Il disegno di legge sul testamento biologico: L'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, in *La nuova giur., civ., comm.*, 9/2009, p. 411 nella parte in cui osserva che il principio dell'autodeterminazione risulta «sovente svilito e contraddetto», nonché «né adeguatamente esplicitato né rispettato» (ivi, p. 412).

196 Si pensi alla sentenza della Suprema Corte pronunciata sul caso Englaro a mezzo della quale i giudici di legittimità hanno non solo osservato che non c'è dubbio che idratazione e alimentazione artificiali (con sondino naso gastrico) siano da considerare trattamenti sanitari, ma, altresì, precisato che oltre alla libertà di rifiutare trattamenti sanitari indispensabili, il soggetto può rifiutare il nutrimento.

tengono in vita artificialmente anche quando ha lasciato una precisa indicazione delle sue volontà?

A riguardo, l'art. 6, co. 4 della proposta di legge prevede che «*in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica*». La risposta appare chiara: non avrebbe alcun senso, ma darebbe anche vita ad un paradosso inaccettabile, cioè la disparità tra il malato che versa in una situazione d'urgenza o in pericolo di vita e quello che, invece, non versa in tali situazioni¹⁹⁷.

4.3 Riflessioni.

Alla luce di quanto fin qui detto, si osserva che il problema della mancanza di una legge avente ad oggetto le direttive anticipate di trattamento e la loro attuazione, può essere superato grazie all'istituto dell'amministrazione di sostegno, così come previsto dall'art. 408 c.c.

In primo luogo, si evidenzia un inequivocabile punto di contatto tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno e quello delle c.d. "direttive anticipate" a mezzo delle quali si vuole affrontare l'ipotesi in cui un soggetto nomina un amministratore di sostegno in vista di una sua futura malattia del corpo e/o della mente, a causa della quale non sarà più (del

197 R. MASONI, *Le direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 574, nella parte in cui, richiamando il contenuto il citato parere, evidenzia che «*non c'è nessuna ragione per la quale un soggetto debba essere privato, a causa del suo stato di malattia, del diritto di mantenere il controllo su quel che accade al suo corpo ed alla sua vita; occorre anzi sostenere la c.d. "appropriazione" della morte (e del morire) da parte del paziente*».

tutto o in parte) in grado di provvedere (pienamente) alla cura dei propri interessi. In questo caso, si ritiene che il beneficiario possa contestualmente lasciare delle direttive anticipate di trattamento in ordine alle terapie da effettuare o eventualmente da non effettuare o da interrompere, che saranno attuate dall'amministratore di sostegno designato. Il caso che si è voluto prospettare è quello di un soggetto che trovandosi in uno stato di lucidità e piena capacità lascia uno scritto nel quale espressamente nomina come proprio amministratore di sostegno una determinata persona affinché manifesti, in un futuro momento in cui non sarà più egli stesso in grado di farlo, il suo consenso o dissenso riguardo ai trattamenti medici da effettuare.

In secondo luogo, si ritiene necessario, per ragioni di maggior sicurezza probatoria, nonché per garantire il pieno rispetto della volontà espressa dal soggetto interessato, che la direttiva anticipata sia messa per iscritto e sia "informata", cioè non basata sulla mera dichiarazione di accettazione o rifiuto di determinati trattamenti, bensì frutto di una consapevole conoscenza delle conseguenze, certe o possibili, della propria scelta. Solo così si potrà maggiormente garantire l'autodeterminazione del singolo il cui cuore pulsante è rappresentato dall'art. 32 che si esplica anche nella possibilità di manifestare oggi le volontà per un domani in cui ciò non sarà possibile.

Capitolo Quinto

ATTI DI NATURA PERSONALE IN AMBITO FAMILIARE: DALL'ATTO PERSONALISSIMO DEL MATRIMONIO A QUELLI PERSONALI DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

Sommario: 5. La capacità di contrarre matrimonio del beneficiario di amministrazione di sostegno - 5.1 Il ruolo del giudice tutelare alla luce dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c - 5.2 Il ruolo dell'amministratore di sostegno - 5.3 L'area di autonomia dell'amministratore di sostegno in ipotesi di separazione e di divorzio del beneficiario - 5.4 Riflessioni

5. La capacità di contrarre matrimonio del beneficiario di amministrazione di sostegno.

Il presente capitolo analizzerà lo spazio di autonomia che può essere riconosciuto all'amministratore di sostegno laddove il proprio assistito non fosse in grado di manifestare una volontà a contrarre matrimonio, al fine di fare chiarezza riguardo all'ammissibilità di strumenti rappresentativi in tale ipotesi.

In primo luogo, si evidenzia che il matrimonio è disciplinato nel titolo VI del codice civile (artt. 79 - 230 c.c.) e che nessuna norma del codice contiene una definizione precisa del concetto di matrimonio, che,

pertanto è da ricavarsi dall'art. 1 della legge sul divorzio¹⁹⁸ (L. 898/1970) che utilizza l'espressione "comunione tra i coniugi". Ne consegue, quindi, che con l'espressione "matrimonio" si indica non solo l'atto, ovvero le nozze, bensì anche il rapporto sottostante di coniugio¹⁹⁹.

Riguardo al beneficiario di amministrazione di sostegno, sotto il profilo della capacità, l'ordinamento non stabilisce alcun divieto a contrarre matrimonio, a differenza di quanto avviene per il soggetto interdetto, *ex art. 85 c.c.*²⁰⁰

Pertanto, «non vi è dubbio che la capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno di contrarre matrimonio rimane, in linea di principio, intatta²⁰¹». Infatti, il legislatore ha voluto garantire la libera formazione del vincolo matrimoniale per il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, senza che lo stesso fosse, al pari del soggetto interdetto, destinatario di un assoluto divieto. Divieto, però, che rende la rete di tutela prevista dall'ordinamento italiano per i casi di incapacità

198 E. ZANETTI VITALI, *sub. art. 150 c.c. La separazione personale dei coniugi*, in Schlesinger, *Commentario al codice civile*, Milano, Giuffrè, 2006, , p. 6 dove si osserva che «la definizione di "matrimonio" si può dedurre dalla normativa sul divorzio».

199 A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIX ed, Giuffrè Editore, p. 1081 ss. Parla di rapporto di coniugio, C. M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 32.

200 Sul punto, B. PANNAIN, *Profili medico-legali e medico-sociali nell'ambito della tutela dell'anziano*, in *Rass., dir., civ.*, 1992, p. 53 nella parte in cui osserva che le radici del divieto *ex art. 85 c.c.* affondano nel terreno concimato da una forte finalità estremizzata di protezione del soggetto debole, frutto di una considerazione dello stesso come "disumano", nonché di un' impostazione, di natura civilistica, «eccessivamente patrimonialistica». Sul tema, ponendo in luce le problematiche appena esposte, si veda anche E. CARBONE, *Fioretto e sciabola nella dottrina degli anni Settanta e Ottanta*, in *Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, cit., p. 1033 nella parte in cui osserva, altresì che tale divieto era considerato una violazione ingiustificata del principio di uguaglianza a favore di una protezione, troppo insistente (e, forse, a parere dello scrivente surreale) della società. Si veda anche P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 412

201 G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 349.

grave più rigida rispetto a quella di altri ordinamenti²⁰², nonostante già da tempo autorevole dottrina²⁰³ fosse intervenuta in termini critici sul punto, evidenziando l'applicabilità dell'«*incapacità legale...unicamente agli atti di contenuto patrimoniale*²⁰⁴».

Il che equivale a dire che il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, in quanto soggetto capace, può pienamente contrarre

202 Per un confronto con altri ordinamenti nei quali l'incapacità, anche la più grave, è trattata all'interno di un'ottica più morbida, si veda A. VENCHIARUTTI, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in *Dir. fam., pers.*, 1988, p. 1473. Sul punto, ponendo l'accento sulle riforme degli altri ordinamenti volte a «smantellare la tradizionale disciplina sugli infermi di mente», si veda R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici*, cit., p. 756 e ss. G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv., dir., civ.*, 1991, I, p. 523 e ss; E. CARBONE, *Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, cit., p. 1030. L'a. osserva come nell'ordinamento francese, austriaco, tedesco e spagnolo è stato creato un sistema di protezione del soggetto debole basato sulla «prospettiva di massima attenzione alle esigenze e condizioni individuali dell'infermo». C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia, le successioni*, Milano, 2001, p. 50; G. LISELLA, *Interdizione per infermità di mente e situazioni esistenziali*, in *Rass. dir. civ.* 1982, p. 738 ss e in *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Camerino, Napoli, 1984, p. 56. Gli autori evidenziano come ad esempio nell'ambito familiare l'ordinamento francese ammette che il soggetto interdetto possa contrarre matrimonio, a condizione che il giudice tutelare verifichi la sua idoneità allo svolgimento del rapporto coniugale. Quanto all'ordinamento spagnolo si veda la legge 13 del 24.10.1983, «*de Reforma del Código Civil en materia de tutela*», in BOE-A-1983-28123, nonché la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), n. 1, del 7 gennaio del 2000.

203 Si veda P. CENDON che a mezzo della sua «bozza» di riforma (cit.) aveva proposto (art. 85-bis c.c.) di riconoscere al giudice il potere di ammettere al matrimonio il soggetto interdetto per infermità di mente, su istanza dello stesso o del suo tutore, qualora a seguito di una serie di consultazioni (dei nubendi, dei servizi assistenziali ecc.) avesse accertato che la patologia di cui era affetto non fosse stata tale da «*impedire lo svolgimento della vita coniugale*». Sul punto, richiamando il pensiero di P. CENDON, si veda anche R. PESCARA, *Lo statuto privatistico degli infermi psichici*, cit., p. 761 e p. 770 nella parte in cui precisa di aderire alle «*valutazioni comunemente espresse in dottrina circa l'opportunità di abbandonare, de jure condendo, il criterio ispiratore*» di detti divieti. Si veda anche E. CARBONE, *op. cit.*, p. 1041. L'a. osserva come tale proposta, nonostante fosse stata accolta con largo favore in dottrina, non trovò poi concreta applicazione pratica (ivi, p. 1041). Ancora, sul punto, si veda M. R. SPALLAROSSA, *Interdizione giudiziale e ordine pubblico*, in P. Zatti, *Famiglia e matrimonio* (diretto da), cit., p. 529 e nella parte in cui, riguardo all'impedimento al matrimonio per l'interdetto giudiziale (che ha natura di ordine pubblico), osserva che «*la ratio dell'impedimento è quella di protezione dell'incapace per il pregiudizio che potrebbe derivargli dall'adesione ad un vincolo che è fonte di diritti oltre che di doveri e di responsabilità*» (ivi, p. 527).

204 In tali termini, R. PESCARA, *Lo statuto privatistico degli infermi psichici*, cit., p. 769.

matrimonio. Laddove, poi, si trattasse, invece, di soggetto incapace di intendere e volere²⁰⁵, l'ordinamento prevede la possibilità di impugnare l'atto ai sensi dell'art. 120 c.c.

5.1 Il ruolo del giudice tutelare alla luce dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c.

Va evidenziato, però, che la considerazione che al soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno non possa essere applicato il divieto dell'art. 85 c.c. non può essere inquadrata in rigidi schemi. Sul punto, la dottrina appare divisa.

Infatti, l'orientamento contrario²⁰⁶ all'estendibilità del divieto dell'art. 85 c.c., a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., anche al beneficiario

205 Sul punto è stato osservato in giurisprudenza (APP. ROMA, 21 ottobre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce "matrimonio", n. 30) che quanto alla nozione di incapacità naturale, si ritiene che essa consista in una «menomazione della sfera intellettiva e volitiva di tale grado da impedire nel soggetto la valutazione dei propri atti, o da annullare o gravemente diminuire la possibilità di determinarsi». In tali termini P. M. PUTTI, *Il matrimonio dell'incapace di intendere e volere (art. 120 c.c.)*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia* (diretto da), 2007, p. 250, nt. 115 ove si richiama la citata giurisprudenza. Si sofferma sulla rilevanza della capacità di intendere e volere sul matrimonio G. SANTORO PASSARELLI, *Le persone fisiche in Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 37. Si veda anche P. M. PUTTI, *Il matrimonio dell'incapace di intendere e volere (art. 120 c.c.)*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia* (diretto da), cit., p. 250 nella parte in cui osserva che «ai sensi dell'art. 120 c.c. l'incapacità deve sussistere al momento della celebrazione del matrimonio; la giurisprudenza dà comunque rilievo anche all'arco temporale immediatamente precedente e successivo alle nozze, poiché in tal caso è ragionevole presumere che l'incapacità sussistesse anche al momento della celebrazione». Per una esaustiva analisi delle differenze tra "incapacità legale" e "incapacità naturale", si veda R. PESCARA, *Lo statuto privatistico degli infermi psichici*, cit., p. 780 e ss.

206 F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., p. 4238; M. MORETTI, *La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2004, p. 425 e 426 nella parte in cui osserva che «la capacità riconosciuta al beneficiario di amministrazione di sostegno, il riconoscimento testuale del suo inserimento nella vita di relazione, anche se in riferimento agli atti della vita quotidiana, fanno sì che non possano essere estesi i divieti di contrarre matrimonio e di riconoscimento del figlio naturale».

di amministrazione di sostegno si scontra con quello²⁰⁷ che, invece, guarda a tale estendibilità con favore, seppur con i dovuti accertamenti.

A parere dello scrivente, l'orientamento da accogliere proprio in virtù della flessibilità che contraddistingue l'amministrazione di sostegno rispetto ai tradizionali sistemi di protezione, è il secondo. Il che equivale a dire che, in linea generale, il beneficiario potrà sposarsi, salvo che il giudice tutelare, d'ufficio o su istanza dei soggetti legittimati, a seguito di un attento esame delle caratteristiche dell'infermità di cui è affetto il beneficiario, ossia quando la sua condizione «sia tale da giustificare, in astratto, una pronuncia di interdizione²⁰⁸», dichiarati nel decreto l'estensione

207 R. RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*- commento a TRIB. VARESE, decr. 6 ottobre 2009 cit., p. 290; Sul punto ossia sulla possibilità per il giudice tutelare di estendere le disposizioni tipiche dell'interdetto, tra le quali, per quel che è qui di interesse, quelle ex art. 85 c.c., l'art. 119 c.c., v. D. SIMEOLI, voce "amministrazione di sostegno, II (profili sostanziali), cit., p. 8. L'a. osserva che «il canone esegetico della minore limitazione impone di ritenere il beneficiario pienamente capace anche rispetto alle situazioni di natura personale (matrimonio, donazione, testamento, riconoscimento del figlio naturale, adozione, potestà e doveri educativi sui minori)...il giudice tutelare, però, sulla base di valutazioni contemporanee o successive al decreto di nomina potrà, ai sensi dell'art. 411, 4° co. c.c., prescrivere limitazioni (artt. 85, 193, 266, 317, 471, 472 e 692 c.c.)»; G. FERRANDO - L. LENTI, *Soggetti deboli e misure di protezione (a cura di)*, cit., p. 34 nella parte in cui osserva che «il giudice tutelare può, nel decreto di nomina, o eventualmente anche successivamente, stabilire che alcuni effetti, limitazioni o decadenze previsti per l'interdetto o l'inabilitato -tra cui quelle di cui agli artt. 85, 591, 774- si applichino anche al beneficiario»; E. CARBONE, *Fioretto e sciabola nella dottrina degli anni Settanta e Ottanta, in Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, cit., p. 1048 nella parte in cui osserva che «sarà il giudice, in rapporto alle condizioni effettive della persona, a valutare il "se" e il "come" della legittimazione ad nuptias del malato di mente, ovvero, in negativo, dell'estensione dell'impedimento ex art. 85 c.c.». Ancora, G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 148., p. 120. L'autore (richiamato anche da G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 347) osserva che «l'art. 411 c.c. permette al giudice tutelare di estendere alcune limitazioni previste riguardo all'interdetto e all'inabilitato, fra le quali particolare rilievo assume quella relativa alla capacità matrimoniale». Critico riguardo l'estendibilità del divieto ex art. 85, ma favorevole circa l'estensione di norme relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi (come ad es. gli artt. 182, 183, 193 c.c.), si veda G. BONILINI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., p. 442.

208In tali termini, si veda E. GIACOBBE, "Questo matrimonio non s'ha da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio), in *Dir. fam.*, 2009, 3, p. 1212 e ss, nella parte in cui si osserva che se da un lato è vero che bisogna consentire l'esercizio di libertà fondamentali al soggetto, dall'altro lato è vero, però, altresì che l'estensione del

del divieto *ex art. 85 c.c.* a mezzo del 4° comma dell'art. 411 c.c. Del resto, se quanto detto fosse stata una realtà totalmente estranea o quantomeno lontana dall'ottica del legislatore del 2004, che motivo avrebbe avuto quest'ultimo di introdurre una previsione normativa come quella dell'ultimo comma dell' art. 411 c.c., se non per darne (a fronte di determinate situazioni) concreta attuazione?

Si ritiene pacifico che l'art. 411, u. co., c.c. potrà trovare applicazione come *extrema ratio*, ossia quando tutti i possibili rimedi tesi ad evitare l'applicazione di tale divieto siano già stati tentati senza successo, come potrebbe essere quello di "mettere alla prova" il soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno con quella che potrebbe essere la vita di coppia, ad esempio valutandone l'idoneità all'interno di un periodo di convivenza "assistita" (stabilito dal giudice tutelare) con il suo partner, nonché l'attitudine a svolgere «*gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*» (art. 409 c.c.). A riguardo, la giurisprudenza di merito²⁰⁹, seppur con un'isolata sentenza, risulta appoggiare tale soluzione.

divieto *ex art. 85 c.c.* a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. è realizzabile «*avuto riguardo l'interesse dell'amministrato e a quello tutelato da detta disposizione, e dunque ogni qualvolta la condizione del beneficiario sia tale da giustificare, in astratto, una pronuncia di interdizione*».

209 TRIB. TRIESTE, 28.9.2007, cit., p. 2739 nella parte in cui si osserva che il giudice, rilevando l'imaturità della giovane oligofrenica a contrarre matrimonio, ossia, nello specifico non in grado di comprendere il significato dei doveri di cui all'art. 143 c.c., ha ritenuto opportuno dare apertura al regime dell'amministrazione di sostegno, con la successiva applicazione del divieto *ex art. 85 c.c.* a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. Inoltre, il giudice ha proposto un periodo di «convivenza assistita», come alternativa alla celebrazione del matrimonio da intendere come uno strumento di crescita e di maturazione reciproca, *necessaria peraltro per valutare ogni ulteriore, eventuale e futura scelta*.

5.2 Il ruolo dell'amministratore di sostegno.

Il carattere personale del vincolo del matrimonio sembra escludere che laddove il consenso al matrimonio non possa essere dato personalmente dal soggetto coinvolto, lo stesso possa essere ricavato in termini rappresentativi²¹⁰.

Pertanto, l'amministratore di sostegno, potrà, eventualmente, godere di uno spazio di autonomia teso ad affiancare o assistere l'interessato in termini di controllo, anche se non è presente nel codice civile una norma che preveda in maniera specifica tale potere²¹¹.

210 Si veda A. DE CUPIS, *Il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente*, in *Riv. dir., civ.*, 1983, II, p. 119 (richiamato anche da E. CARBONE, *ult., op., cit.*, p. 1038, nt. 46), nella parte in cui osserva che il divieto *ex art. 85 c.c.* dovrebbe essere letto all'interno di un'ottica tesa a proteggere la vita coniugale del soggetto debole che, a causa della presenza del legale rappresentante che dispone (anche) della cura della persona, «*sarebbe gravemente compromessa nel suo necessario equilibrio*». Quanto detto rimane immutato anche nelle ipotesi del c.d. matrimonio per procura, in cui l'interessato è pienamente capace di intendere e volere il matrimonio, come atto e come rapporto, e di assumere tutti gli effetti, che, tuttavia, per le diverse ragioni specificate dalla legge (art. 111 c.c.) non può essere fisicamente presente con l'altro nubendo all'atto della celebrazione. Infatti, vero che l'ordinamento ammette che in determinate ipotesi il matrimonio possa essere celebrato a mezzo di procura, benché tali casi, in cui si deroga al principio dell'espressione personale del consenso matrimoniale, siano limitati alle situazioni in cui uno dei nubendi sia militare in tempo di guerra, o risieda all'estero e concorrano gravi motivi che dovranno essere valutati dal tribunale competente (art. 111 c.c.) e risulti comunque capace di esternare un autonomo consenso al matrimonio.

211 Si veda G. PAGLIANI, *Doveri dell'amministratore di sostegno*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 351 nella parte in cui osserva che «*l'adempimento dei compiti di cura della persona del beneficiario comporta anche la possibilità di una sorta di controllo, da parte dell'amministratore di sostegno, sull'effettivo adempimento dei doveri di assistenza morale e materiale e collaborazione di cui agli artt. 143 e ss*». Ancora si veda, B. PANNAIN, *Profili medico-legali e medico-sociali nell'ambito della tutela dell'anziano*, cit., p. 53, nella parte in cui evidenzia che quanto detto, non sembra estraneo al legislatore che, in riforma al codice civile, presentò la proposta (evidentemente rimasta tale) di una modifica all'art. 85 c.c. basata sull'ammettere il soggetto infermo al matrimonio, previo «*consenso del tutore o del giudice tutelare*» e previo esame che il soggetto fosse in grado di «*avvertire pienamente le esigenze affettive sessuali*», nonché «*di compiere una certa scelta a riguardo*».

Ancora, uno spazio di autonomia dell'amministratore di sostegno potrà essere ritagliato qualora ritenesse illegittimo il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile a ottemperare al regime delle pubblicazioni (artt. 93 e 98 c.c.) o rilevasse la sussistenza di cause ostative alla celebrazione del matrimonio. Infatti, l'art. 102 c.c. ammette che l'opposizione al matrimonio del soggetto sottoposto a tutela o curatela, può essere sollevata oltre che dai soggetti indicati nel primo comma (genitori, ascendenti e collaterali entro il terzo grado) anche dal tutore e dal curatore. Pertanto, a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., tale disposizione potrà trovare applicazione anche in materia di amministrazione di sostegno. Anche in tale caso, infatti, l'amministratore di sostegno ben potrebbe adire il giudice tutelare affinché adotti, con decreto motivato, gli opportuni provvedimenti.

5.3 L'area di autonomia dell'amministratore di sostegno in ipotesi di separazione e di divorzio del beneficiario.

Dopo aver posto l'attenzione sull'istituto del matrimonio, è ora necessario soffermarsi sulle vicende patologiche che possono colpire il vincolo stesso, ossia l'istituto della separazione personale ed il divorzio, allo scopo di verificare se è possibile riconoscere la legittimità in capo all'amministratore dell'interessato, oltre che a quest'ultimo, a ottenere la separazione o il divorzio e, in secondo luogo, in quale modo

concretamente possa avvenire l'esercizio delle relative azioni in sede processuale²¹².

Le considerazioni che di seguito si svolgeranno, saranno riferite alla separazione personale e al divorzio, tenuto conto delle analogie

212 Sul punto, in via generale, possiamo ricordare che gli istituti della separazione personale e del divorzio, pur diversi sul piano sostanziale, sono però oggetto di una disciplina sostanzialmente comune sul piano processuale. Quanto al profilo sostanziale, è bene ricordare che la separazione personale, alla pari del divorzio, è un istituto che non incide sul matrimonio-atto, bensì sul matrimonio-rapporto, in quanto, in caso di separazione, a differenza che nel divorzio, il vincolo matrimoniale resta fermo. Infatti, vengono semplicemente posti in quiescenza taluni effetti del rapporto coniugale, in attesa di una soluzione definitiva della crisi, che può essere la riconciliazione dei coniugi, ovvero il divorzio. Il codice civile disciplina unicamente l'istituto della separazione legale (mentre non dedica nessuna specifica regolamentazione all'istituto della separazione di fatto, che si ha quando i coniugi danno vita ad una situazione di separazione personale al di fuori della procedura delineata dal legislatore e che assume rilevanza giuridica solo per determinati effetti limitati), prevedendone (art. 150 c.c.) due tipologie: la separazione giudiziale e quella consensuale.

La prima (artt. 151 c.c. - 157 c.c.) è un procedimento di carattere contenzioso cui si ricorre quando i coniugi non riescono tra loro a trovare un accordo in ordine alle condizioni di separazione; a differenza di quanto accadeva in passato, la domanda di separazione può essere proposta dal singolo coniuge o da entrambi ogni qual volta si verificano fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, indipendentemente da qualsiasi valutazione circa le colpe dei coniugi in ordine al verificarsi di tale situazione. La colpa, può, invece rilevare ai fini dell'addebito della separazione, che produce conseguenze sia in campo economico (ad esempio la perdita della possibilità di conseguire l'assegno di mantenimento), sia in campo successorio (come la perdita del diritto di succedere all'altro coniuge). Ove, invece, i coniugi raggiungano un accordo sulle condizioni di separazione, relativamente ai loro rapporti personali e patrimoniali e a quelli relativi alla eventuale prole, la domanda di separazione potrà essere consensuale (art. 158 ss c.c.), ed essa potrà produrre effetti una volta che abbia ottenuto l'omologazione dell'autorità giudiziaria, previa verifica della compatibilità dell'accordo raggiunto dai coniugi in relazione all'interesse dei figli. L'istituto del divorzio, invece, rappresenta uno dei casi previsti dalla legge (art. 149 c.c.) in cui il matrimonio civile si scioglie. Come noto, tale istituto non era contemplato in origine dal codice civile, ma è stato introdotto nell'ordinamento dalla legge 898/70. Tale normativa, però, non utilizza mai l'espressione "divorzio" parlando invece di scioglimento del matrimonio, se civile, oppure, con riferimento al matrimonio concordatario, di cessazione degli effetti civili, al fine di chiarire che la pronuncia giudiziale non può incidere sugli effetti religiosi, assoggettati alla disciplina del diritto canonico. La procedura di scioglimento del matrimonio, a differenza di quella di separazione personale, fuori dai casi del c.d. "divorzio congiunto", è sempre contenziosa, richiedendosi l'accertamento in sede giudiziale dei presupposti soggettivi (venir meno della comunione materiale e spirituale tra coniugi) ed oggettivi previsti dalla legge (si tratta delle tassative cause obiettive di scioglimento del matrimonio elencate nell'art. 3 L. 898/70). Sotto il profilo processuale, occorre commentare come la legge 80/05 abbia introdotto una disciplina uniforme dei processi di separazione e divorzio, modificando la normativa sul processo di separazione personale dei coniugi contenuta negli artt. 706 ss del codice di rito, nonché l'art. 4 della legge 898/70 relativo al processo di scioglimento del matrimonio (o, in caso di matrimonio concordatario, di cessazione dei suoi effetti civili).

processuali tra i due istituti. Premettiamo, anzitutto, che gli istituti della separazione e del divorzio vanno entrambi qualificati tra gli atti relativi alla sfera personale del beneficiario, in quanto incidenti, sia pure in diversa misura, sullo *status* coniugale, attenuandone il contenuto o, addirittura, facendolo cessare.

Orbene, è possibile, per completezza, riconoscere che, prima dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, il dibattito relativo al se e in che misura l'incapace potesse accedere agli istituti della separazione e del divorzio, ha riguardato la diversa figura giuridica dell'interdetto. L'interpretazione tradizionale affermava per diversi motivi e con differenti argomentazioni, che all'interdetto era del tutto preclusa la titolarità del diritto di ottenere la separazione personale ed il divorzio e, con essa, la relativa legittimazione processuale²¹³.

In breve, si affermava, in primo luogo e sul piano sostanziale che, così come all'interdetto era fatto divieto di contrarre matrimonio (art 85 c.c.), simmetricamente non poteva che essergli inibita la facoltà di attenuare o far cessare tale vincolo. In secondo luogo, si evidenziava che, per gli atti strettamente inerenti alla persona, a differenza che per gli atti di natura patrimoniale, non era dato rinvenire per il tutore un generale potere di rappresentanza.

213 Evidenzia la problematica G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 378. L'a., richiamando il pensiero di G. CASSANO (cit.) osserva che «la giurisprudenza di merito (Trib. Padova 9 febbraio 1994, ivi cit. p. 378) si è espressa in passato sul punto con riguardo alla legittimazione del tutore ad agire in giudizio per la domanda di divorzio, escludendola in ragione della natura personalissima dell'azione».

Tale conclusione si ricavava dalla circostanza per la quale i casi nei quali al tutore è attribuita una specifica legittimazione sono determinati e non suscettibili di interpretazione analogica, venendosi altrimenti ad intaccare eccessivamente la libertà dell'interessato in un campo particolarmente delicato come quello degli atti esistenziali. A tale impostazione si riconnettevano anche considerazioni sul versante processuale.

Come noto, infatti, l'art. 75 c.p.c. stabilisce la regola generale per la quale sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere e, in mancanza del libero esercizio di tali diritti, la capacità di stare in giudizio sussiste qualora le persone interessate siano rappresentate, assistite o autorizzate, secondo le norme che regolano la loro capacità.

Orbene, la pronuncia di interdizione priva il soggetto debole della capacità processuale, che viene conferita al tutore, venendosi a verificare anche in campo processuale lo stesso fenomeno di rappresentanza del campo sostanziale²¹⁴. Sennonché, anche in campo processuale, occorre poi distinguere tra le situazioni nelle quali la rappresentanza processuale viene in via ordinaria e generale trasferita al tutore (perché attinente a vicende aventi contenuto patrimoniale) e le situazioni nelle quali, salvo deroga espressa, ciò non avviene (tra queste andrebbero collocate le azioni per il compimento di atti personalissimi). In altre parole, in questo ambito,

214 M. NARDELLI, *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, cit., p. 2105.

la possibilità di agire in giudizio per il tutore sussiste solo quando la legge lo dispone²¹⁵: *inter alia*, impugnazione della nullità del matrimonio -art. 119 c.c.-, proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità-art. 245 c.c.-, accertamento giudiziale di paternità/maternità naturale-art.273 c.c. Poiché, quindi, la possibilità anzidetta non è contemplata espressamente per la proposizione delle domande di separazione e di divorzio, se ne arguisce che il tutore non abbia il potere di stare in giudizio in rappresentanza dell'incapace per due motivi: uno di carattere processuale e l'altro di carattere sostanziale.

Il primo, come è stato evidenziato²¹⁶, troverebbe *ratio* nella necessità della comparizione personale dei coniugi davanti al Presidente considerata sia dalle norme dell'istituto della separazione personale (art. 707 c.p.c.), sia da quelle sul divorzio (art. 4, 7° co. c.c. L. n. 898/1970). Entrambe le citate norme, infatti, prevedono il dovere dei coniugi di comparire personalmente davanti al Presidente del Tribunale, e che se il coniuge ricorrente non si presenta, la domanda perderà i suoi effetti. Sul punto, va precisato, però, che una soluzione a tale questione è stata prospettata proprio facendo rinvio all'art. 4 della legge sul divorzio che ammette si possa derogare alla regola sulla comparizione dei coniugi per il tentativo di conciliazione nel procedimento di divorzio, nel caso di "gravi

215 Sul potere «*del tutto eccezionale*» delle ipotesi normative che prevedono un potere sostitutivo in capo a soggetti terzi, si veda R. MASONI - A. FAROLEI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, cit., p. 439.

216 C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, 2011, pp. 198 e 216; F. CARNELUTTI, *Rappresentanza volontaria in processo di separazione personale?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II, p. 60. Sul punto anche M. NARDELLI, *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, nota a TRIB. ROMA, 10-03-2009 cit., p. 2110 e ivi nt. 16 con ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

e comprovati motivi” che impediscono la comparizione. Tale soluzione, come sostenuto, ben potrebbe estendersi anche alle ipotesi in cui il coniuge ricorrente nel giudizio di separazione fosse impossibilitato a comparire a causa di «*gravi e obiettive difficoltà*»²¹⁷. Il secondo, invece, consisterebbe per la natura personalissima dell’azione di separazione e di divorzio²¹⁸. In altre parole, secondo tale tesi, dato il carattere personale di dette azioni, laddove non fosse stato possibile il loro esercizio a mezzo del diretto titolare, lo stesso sarebbe stato precluso al suo legale rappresentante. Una soluzione è stata prospettata da quella parte della dottrina²¹⁹ che ritiene che la proposizione della domanda di separazione si avvicini più che ai

217 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in P. Rescigno, *Trattato di diritto civile* (diretto da), III, Torino, 1982, pp. 189; Sul punto anche Si veda anche R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, in G. Ferrando, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, (diretta da), Utet, 2003, p. 489; Affronta la questione anche C. DI IASI, *Procedimento di separazione e divorzio*, in P. Zatti, *Trattato di diritto di Famiglia*, vol. I/2 (diretto da), p. 1416 - 1417, nella parte in cui osserva che «*ammessa invece la legittimazione processuale del rappresentante legale, non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che questi possa comparire all’udienza presidenziale in luogo del coniuge incapace, in quanto se è vero che, come è stato notato, soltanto lo stesso coniuge potrebbe avvertire “il valore del richiamo conciliativo”, è anche vero che il tentativo di conciliazione potrebbe sortire effetti più limitati, e tuttavia apprezzabili, come la trasformazione della separazione giudiziale in consensuale, e il rappresentante legale sarebbe ben in grado, pur avendo una sensibilità diversa dal rappresentando, di valutare l’interesse di quest’ultimo ad un buon accordo di separazione*»; A. FINOCCHIARO, *sub art. 150*, in F. Galgano, *cit.*, p. 347, nella parte in cui osserva che «*nel caso dell’interdetto la previsione che le parti compaiano senza assistenza dei difensori non impedisce che l’incapace compaia assistito dal tutore*» e ancora dove precisa che «*...nel caso di divorzio, poiché i coniugi devono comparire personalmente “salvo gravi e comprovati motivi”, sembra che il convenuto incapace possa essere legittimamente rappresentato dal curatore speciale. Se la rappresentanza è ammissibile nel procedimento di divorzio, non può risultare impraticabile nel caso della separazione personale*».

218 Per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia, le successioni*, *cit.*, p. 176 nella parte in cui si osserva che «*dato il carattere personale dell’azione si ritiene che questa debba essere esercitata personalmente dal coniuge, non essendo ammissibile che la domanda venga proposta da un rappresentante legale o negoziale*»

219 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *cit.*, p. 192; nella parte in cui osserva che la proposizione della domanda di separazione è da annoverare, più che tra i negozi personalissimi di diritto familiare, tra quelli inerenti la “cura della persona”. Pertanto, secondo l’autore non dovrebbero esserci problemi a riconoscere al tutore il potere di assumere la decisione di sottoporre al giudice la questione con la domanda di separazione. Sul punto anche A. FINOCCHIARO, *Separazione personale*, *cit.*, p. 1370.

negozi personalissimi di diritto familiare, alla *cura personae* del soggetto. Ad ogni modo, entrambe le suddette problematiche sembrerebbero nascere a causa di quanto dispone l'art. 150, 3° co, c.c., il quale prevede che «il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi»²²⁰.

L'uso da parte del legislatore dell'avverbio "esclusivamente", non sembra lasciare dubbi, come osservato²²¹, nel sostenere l'esclusività dei soli coniugi in relazione alla richiesta di separazione giudiziale o di omologa, per quanto attiene quella consensuale, seppur, la medesima dottrina precisa che ciò non debba essere inteso in termini categorici. In altre parole, quella stessa parte di dottrina che sembra aderire all'orientamento teso a sostenere che il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai

220 Si veda anche R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 488, nella parte in cui si osserva che in relazione al 3° co. dell'art. 150 c.c. parte della dottrina e della giurisprudenza «stabiliscono che il diritto di chiedere la separazione giudiziale spetta esclusivamente ai coniugi, e l'uso del termine "esclusivamente" ha indotto parte della dottrina a sottolineare il carattere personale della domanda ed a riconfermare l'indisponibilità dei diritti che vi sono implicati (si veda C. MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962, p. 38 e F. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970, p. 82), mentre la giurisprudenza ha stabilito che nel giudizio di separazione (ma anche di divorzio) la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi neppure al limitato fine di tutelare gli interessi dei figli minori (così CASS. 17 gennaio 1996, n. 364, in *Studium Juris*, 1996, p. 743)». Sul punto anche E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit. p. 42.

221 In dottrina, A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, vol., 1°, Giuffrè, 1984, p. 450; in giurisprudenza CASS., 17 gennaio 1996, n. 364, in *Fam. e diritto*, 1996, p. 226 e ss. con nota di A. VENCHIARUTTI, *Diritto di visita del genitore non affidatario e dei nonni*; in *Studium Juris*, 1996, p. 743. Con tale pronuncia, i giudici di legittimità hanno statuito che nel giudizio di separazione, la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi, anche se si tratta di quello che all'intollerabilità della convivenza ha dato causa. A. FINOCCHIARO, *Separazione personale*, in A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, *Libro I Delle persone e della famiglia*, Tomo III (artt. 150-230 bis) (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 1365; C. GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da), Cedam, p. 678, nella parte in cui osserva che l'uso del termine "esclusivamente" appare «superfluo» perché «mai si era dubitato che il diritto di chiedere la separazione spettasse ai coniugi, appunto, in via esclusiva».

coniugi, osserva però, che non è escluso il ricorso alla rappresentanza nel giudizio di separazione, seppur sostenendo la medesima tesi più fermamente per quanto attiene all'ipotesi di rappresentanza volontaria (speciale e non generale)²²², ponendosi, invece, con maggior cautela per

222 Sull'esigenza di ammettere la rappresentanza volontaria, soprattutto nei casi in cui «gravi circostanze rendano impossibile o troppo gravosa la comparizione personale», si veda P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., pp. 190, 192, 193 e 194. L'autore osserva che in tale caso il rappresentante, o meglio, il procuratore speciale agirebbe nelle vesti di "nuncius" e, pertanto, «se posto di fronte a elementi non previsti o a una reazione diversa dalla semplice accettazione delle prospettive del mandante, dovrebbe consultare il rappresentato»; A. FINOCCHIARO, *Separazione personale*, cit., p. 1367, nella parte in cui si osserva che «il comma 3 dell'art. 150, nella parte in cui stabilisce che il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi, non esclude che la domanda possa essere proposta per mezzo di procuratore speciale, sempre che sia indicato l'ambito di volontà che si intende far valere attraverso detto procuratore speciale...»; R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 488 nella parte in cui osserva che «il riconoscimento di legittimazione in capo ai coniugi comporta che questi possano delegarla a terzi secondo gli ordinari principi del diritto, e dunque che sia consentito loro conferire un mandato di rappresentanza processuale volontaria sebbene tale possibilità non venga unitariamente riconosciuta dalla dottrina che sul punto appare divisa». L'autore, nello specifico, osserva come una parte della dottrina (R. BARCHI, *Separazione personale dei coniugi*, *Diritto processuale civile*, in *Enc., giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 4) si ritiene contraria ad ammettere che i coniugi possano affidare un mandato di rappresentanza volontaria, mentre, un'altra parte di dottrina (M. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, III, Torino, 1966, 51) e giurisprudenza (APP. Firenze, 20 febbraio 1991, in *Dir. fam.*, 1992, 642) si ritiene favorevole, seppur ravvisando dei limiti in quelle attività che la legge demanda alla parte personalmente; Sul punto anche si veda anche R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 488, nella parte in cui osserva che una parte della dottrina ammette «la partecipazione al giudizio della parte rappresentata tramite un procuratore volontario speciale qualora sussistano alcune precauzioni formali, prima fra tutte quella che pretende una procura specifica e che non copra le attività che la legge demanda alla parte personalmente»; si veda anche E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 49; A. FINOCCHIARO, *sub art. 15*, in F. Galgano, cit., p. 346. L'a., richiamando un orientamento giurisprudenziale (Cass. 11 novembre 1981, n. 5973, in *Rep.*, *Foro it.*, voce *Separazione di coniugi*, n. 37) osserva che il legislatore pur utilizzando il termine "esclusivamente" non abbia voluto «escludere che i coniugi (o uno di essi) possano avvalersi di procuratori speciali, purché sia delimitato "l'ambito di volontà" che la parte rappresentata intende far valere attraverso il rappresentante e siano riservate comunque agli stessi coniugi quelle attività che la legge vuole siano compiute personalmente da costoro...»; In giurisprudenza si veda CASS., 11 novembre 1981, n. 5973 - Pres. Marchetti - Rel. Santosuosso - P.M. Cantagalli, in P. LOJACONO, *Il diritto di famiglia e delle persone* (diretto da), 1982, p. 437, nella parte in cui chiaramente, confermando l'orientamento già allora esistente (CASS. 22 giugno 1951, n. 1666, in *Giur. it.*, 1952, p. 208 e ss.), si osserva che «se nei rapporti attinenti allo status delle persone, non è ammissibile la procura generale ad negotia, può tuttavia aversi nei giudizi di separazione personale la rappresentanza volontaria ove essa sia conferita con procura speciale. La norma dell'ultimo comma dell'art. 150 c.c. resa ancora più rigorosa nella formula del testo novellato nel 1975, riguarda la "spettanza" cioè la titolarità del diritto (sostanziale) di chiedere la separazione personale, ma non esclude che la volontà dei coniugi possa

quanto attiene quella legale²²³. Infatti, ai fini della trattazione in esame, tenendo sempre presente che la misura dell'amministrazione di sostegno mira a dare un supporto ai soggetti deboli, anche nei termini *ex art. 414 c.c.*, acquista una non poca rilevanza la situazione se il coniuge infermo di mente possa esercitare l'azione di separazione a mezzo del proprio legale rappresentante o se la stessa possa essere proposta contro di lui, sempre a mezzo del suo rappresentante²²⁴, o ancora se il rappresentante dell'incapace possa proseguire l'azione già iniziata dal proprio assistito quando era capace e non sottoposto a tutela o se la stessa azione possa continuarsi contro di lui²²⁵. Con riferimento a quest'ultima questione è stato fatto notare che non sembrerebbero esserci dubbi nel risolverla in senso affermativo²²⁶.

*essere espressa per mezzo di un rappresentante specificamente nominato per manifestare detta volontà». In tale pronuncia viene evidenziato come il legale rappresentante agirà nelle vesti di "nuncius", esternando la volontà del proprio assistito senza che questa possa «essere ricercata o integrata con le risultanze di altri atti esterni alla procura stessa» ed incontrando il limite dato da quelle attività che la legge esige siano compiute personalmente dalla parte; M. DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, cit., p. 562 nella parte in cui osserva che «la legge sul divorzio sembra ammetterla e...la sua disciplina processuale, ai sensi dell'art. 23, l. 6.3.1987, n. 74, è estendibile, in quanto compatibile, alla separazione». In giurisprudenza si veda TRIB. PINEROLO, 9.11.2004, cit.. Riguardo alla vicenda sottoposta al citato Tribunale, va evidenziato come la protagonista, convocata dal giudice tutelare, il quale ha preso atto del fatto che la stessa fosse in grado di esprimere una consapevole volontà caratterizzata da «ampi margini di intatti di capacità», ha dichiarato di volere limitare la propria capacità d'agire, affidando all'amministratore di sostegno le scelte attinenti alla propria separazione dal marito. Sul punto, richiamando il citato Tribunale di Pinerolo, si veda G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., p. 232.*

223 Si veda anche A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Utet, 1961, p. 490.

224 *Ibidem*, p. 490, nella parte in cui si osserva che «ci si chiede se l'azione di separazione possa essere proposta, ove il coniuge sia infermo di mente, dal suo rappresentante, o se possa essere proposta contro il coniuge incapace, a mezzo del suo rappresentante».

225 Sul punto, A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., p. 491 nella parte in cui osserva che tale ipotesi rappresenta una "sottospecie" della questione in esame.

226 *Ibidem*, p. 491. L'autore osserva che una risposta positiva può essere data facendo riferimento all'ordinamento francese, in cui si ammette che il tutore possa proseguire l'azione di separazione iniziata dal soggetto debole quando capace, confutando la tesi contraria che fondata sul carattere personalissimo del potere

Quanto alle questioni iniziali ossia sulla legittimazione attiva o passiva del tutore riguardo alla separazione, va detto che la risoluzione delle medesime, affrontata in dottrina e giurisprudenza è di necessaria importanza al fine di comprendere meglio le evoluzioni giurisprudenziali che si sono susseguite in tema. Nello specifico la pronuncia della Corte di Cassazione²²⁷ è giunta ad ammettere una legittimazione anche attiva del legale rappresentante per quanto riguarda l'azione di separazione. Però, va osservato che, se inizialmente la dottrina sembrava fin da subito adottare una posizione favorevole²²⁸, la giurisprudenza sembrava escludere che la domanda di separazione, dato il carattere personale della stessa, potesse essere proposta dal legale rappresentante del coniuge incapace²²⁹, quanto meno laddove il coniuge incapace avesse rivestito la qualifica di "attore" e nel caso in cui non si fosse trattato di "domanda riconvenzionale".

del coniuge di chiedere la separazione; G. NICOTINA, op., cit., p. 358 nella parte in cui, nonostante aderisca all'opinione di chi ritiene che la proposizione della domanda di separazione debba spettare esclusivamente in capo ai coniugi, osserva che non pare si possa impedire la proposizione dell'azione da parte del rappresentante legale dell'incapace, perché in tale caso il rappresentante agirebbe nell'interesse del titolare incapace. Sul punto anche A. FINOCCHIARO, *Separazione personale*, cit., p. 1370.

227 CASS., sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582 in *Giur. Civ.*, 2001, I, p. 2751

228 JEMOLO, op. cit., p. 490; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 176 nella parte in cui osserva che «nell'ipotesi di interdizione o di infermità mentale del coniuge è nominato un curatore speciale (4, 5° co., l. div.). La norma fa testuale riferimento al "convenuto", ma la sua applicazione al coniuge ricorrente s'impone in considerazione dell'esigenza che lo stato di incapacità naturale o legale non sia d'impedimento all'esercizio di un diritto essenziale della persona».

229 TRIB. TORINO, 7 giugno 1982, Pres. Conti in *Giur. It.*, 1983, I, 2, p. 356 con commento di G. Nicotina. In dottrina si veda E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 47 nella parte in cui osserva che «nulla quaestio, per quel che concerne la legittimazione passiva: evidenti motivi di tutela dell'incapace, invero, avevano indotto, già da tempo, dottrina e giurisprudenza ad ammettere sia la rappresentanza legale in tema di legittimazione passiva, sia la proposizione, da parte del legale rappresentante, di domanda riconvenzionale di separazione con addebito, nei confronti dell'attore».

Certo è che non sembra potersi abbracciare l'orientamento contrario alla legittimazione anche attiva del legale rappresentante in materia di separazione, per le considerazioni che seguono²³⁰. In primo luogo, per il fatto che, nel caso in cui si sostenesse l'impossibilità per il coniuge incapace di esercitare l'azione di separazione su base del fatto che tale esercizio risulterebbe «*mal conciliabile con lo stato di incapacità in cui può trovarsi uno dei due coniugi, in quanto questi non sarebbe in condizione di avvertire la gravità dei torti subiti*», si andrebbe a creare una situazione di iniquità tra i coniugi, assicurando a un coniuge l'impunità per i torti arrecati al coniuge incapace²³¹; inoltre, si negherebbe a un soggetto il diritto di far vale il proprio interesse a liberarsi dei relativi diritti e obblighi, «*in considerazione della rottura della comunione tra i coniugi*»²³², ossia dell'avvenuta intollerabilità della convivenza²³³. In secondo luogo, neppure il carattere personale dell'azione può essere considerato come un ostacolo alla legittimazione del rappresentante legale di proporre la domanda di separazione in nome e per conto del proprio assistito perché, come osservato da autorevole dottrina²³⁴, non si tratta di una domanda

230 G. NICOTINA, cit., p. 357

231 A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 186. Sul punto anche G. NICOTINA, cit., p. 357 ed in part. Nt., n. 7.

232 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 191.

233 G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., p. 234. L'a., richiamando la pronuncia del Trib. Bologna, Sez. dist. Imola, cit., evidenzia che «*se ne desume che l'amministratore può essere legittimato ad effettuare un preciso giudizio circa la sussistenza degli stessi presupposti sostanziali dell'azione separativa - in linea generale, l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza -, giudizio che viene poi sottoposto al vaglio del giudice tutelare*». L'a. evidenzia anche che l'amministratore potrà essere autorizzato dal giudice tutelare a costituirsi, in nome e per conto del beneficiario, nel procedimento pendente dinanzi al Tribunale per esprimere un interesse del beneficiario che può essere anche contrario al procedimento separativo (ivi, p. 239).

234 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 192.

dalla quale conseguiranno “effetti dispositivi”, dato che la questione sarà sottoposta interamente alla valutazione del giudice²³⁵.

Inoltre, è stato sostenuto che il carattere personale dell’azione è stato posto in risalto dal legislatore al solo fine di evitare che «*un erede, un avente causa, oppure un qualsiasi terzo “interessato” possa promuovere il giudizio*²³⁶» e non, invece, per far sì che tale carattere prevalga sull’esigenza di ordine superiore e pubblicistico di tutela dell’incapace considerata da alcune disposizioni (art. 119 c.c. impugnazione da parte del tutore della validità del matrimonio; art. 97 c.c. potere del tutore di disporre l’allontanamento dell’incapace dall’abitazione coniugale per “giusta causa”). Ancora, sul punto, è stato fatto notare che la *ratio* dell’ammissibilità di una legittimazione attiva del legale rappresentante va rinvenuta non tanto o non solo «*nella necessità di difendere l’incapace dal comportamento colpevole dell’altra parte*»²³⁷, ma nel fine di permettere ad un soggetto di esercitare un proprio diritto sotteso al quale vi è un personale interesse, ossia quello di «*sottoporre al giudice la valutazione dell’intollerabilità della convivenza*²³⁸. Inoltre, affinché la decisione del giudice possa effettivamente risultare fondata, potrà semmai rivelarsi necessaria l’audizione dell’interessato in quanto, laddove possibile, potrà permettere al Presidente «*di rendersi conto*

235 Ibidem, p. 192 e in particolare nt. 152.

236 E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit. 48.

237 Osserva P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 191

238 Ibidem, cit., p. 191, nella parte in cui osserva che «*per quanto riguarda la legittimazione attiva del rappresentante legale, che è il punto dolente della questione, non si tratta più di far valere come un tempo la necessità di difendere l’incapace dal comportamento colpevole dell’altra parte, ma di porre in evidenza come la decisione che si concreta nella domanda è quella di sottoporre al giudice la valutazione della intollerabilità della convivenza, cioè dell’esistenza di un interesse dell’incapace a liberarsi dei relativi diritti e obblighi, in considerazione della rottura della comunione tra i coniugi*».

della situazione²³⁹», ovvero permettergli non solo «l'osservazione dei contendenti²⁴⁰», ma altresì di avviare direttamente tra le parti il tentativo di conciliazione, il quale potrà anche avvenire tra il legale rappresentante e il coniuge non incapace con l'unico limite dato dall'assunzione di impegni di carattere strettamente personale²⁴¹. Ciò, in quanto, se è vero che il legale rappresentante può, ad esempio, per il proprio assistito, pronunciarsi sulla validità o meno delle cause che portano l'altro coniuge ad agire in separazione, non potrà poi, nel caso in cui sostenga la riconciliazione, e questa avvenisse, ottemperare in prima persona ai doveri di carattere strettamente personale a questa connessi; ecco perché l'azione

239 Ibidem, p. 193; In giurisprudenza TRIB. PINEROLO, 9.11.2005, cit.; TRIB. BOLOGNA, Sez. Imola, decreto 21 dicembre 2005-2 gennaio 2006, in *www.personaedanno.it*. In entrambe le pronunce l'audizione dell'interessato si è rivelata essere necessaria ed essenziale per il giudice tutelare al fine di comprendere la situazione psico/fisica del soggetto interessato. In particolare, riguardo alla prima pronuncia il giudice ha accolto la richiesta della beneficiaria di amministrazione di sostegno, dotata di una volontà caratterizzata da "margini di intatta capacità", di voler affidare all'amministratore di sostegno le scelte attinenti alla propria separazione; quanto alla seconda pronuncia, il giudice, a seguito dell'audizione dell'interessato, ha disposto che le medesime scelte potessero essere compiute in prima persona dallo stesso, seppur con l'adeguato supporto dell'amministratore di sostegno.

240 A. C. JEMOLO, op. cit., p. 493; Si veda ANCHE E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 49, nella parte in cui osserva che «la comparizione personale dell'incapace e l'audizione del medesimo, da parte del presidente del tribunale, ogniqualevolta sia possibile, inoltre, possono costituire elementi determinanti non tanto e non soltanto per la pronuncia dei provvedimenti temporanei e urgenti (art. 708, comma 3° c.p.c.) quanto per la verifica della intollerabilità della prosecuzione della convivenza (al di là e a prescindere da "colpe" eventuali, pur di fronte alle difficoltà, o alla impossibilità, di esperire il tentativo di conciliazione)»; Si veda anche M. DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, cit., p. 562.

241 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 193; E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 49 nella parte in cui osserva che «...il potere del rappresentante legale dovrebbe essere limitato alla mera legittimazione ad agire, con rimessione al giudice della decisione, senza che sia consentito, al rappresentante medesimo, di stipulare un accordo di separazione, oppure di imporre all'incapace una definizione della vicenda contraria al proprio volere»; M. Dogliotti, *La separazione giudiziale*, cit., p. 566, nella parte in cui si osserva che «e, come già si è detto, potrebbe comparire un rappresentante, munito di procura speciale, che risponderebbe all'interrogatorio e potrebbe, sulla base del mandato ricevuto, perfino comporre la controversia con l'altro coniuge, nel senso di una piena riconciliazione o di trasformazione nella forma consensuale».

dell'amministratore non comporterà alcun effetto dispositivo, bensì sarà il giudice ad avere l'ultima parola.

Per ultimo, quanto poi all'ipotesi di un soggetto debole, ma con una capacità di manifestare una propria volontà, seppur minima, la questione è *tamquam non esset*. Infatti, in tale ipotesi, la problematica di riconoscere una legittimazione al soggetto che lo affianca perde di valore, dato che non sussistono dubbi nell'affermare che, al più, potrà svolgere un'attività di mera "assistenza²⁴²", sempre e comunque perseguendo il "best interest" dello stesso.

In proposito, va sottolineato però che i dubbi interpretativi si sono da subito riferiti all'eventualità in cui l'interdetto debba assumere la veste di attore/ricorrente nel giudizio di separazione personale e divorzio. Il problema non si pone quando egli si trovi nella posizione di convenuto. In tal caso, infatti, anche l'impostazione tradizionale sopra illustrata, non ha mai negato che l'interdetto, debitamente rappresentato, possa stare in giudizio. Si rileva, infatti, che in tale eventualità deve essere salvaguardato il diritto costituzionale del soggetto terzo (il coniuge capace) di agire in giudizio per la separazione e per il divorzio e che le prospettive per l'interdetto possono essere garantite dalla nomina di un curatore speciale, come previsto espressamente dall'art. 4 della legge sul divorzio²⁴³.

242 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 194

243 Così TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri in *Giur. di Merito*, 2009, con nota di M. Nardelli, cit., p. 1098 e ss; G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 377.

Proprio partendo da quest'ultima disposizione normativa e procedendo a una sua interpretazione analogica, costituzionalmente orientata, i giudici di legittimità²⁴⁴, pronunciandosi ancora in un caso relativo al soggetto interdetto giudiziale, hanno avuto modo, per la prima volta, di mettere in discussione il suddetto orientamento tradizionale teso a negare in radice al legale rappresentante dell'interdetto la possibilità di sostituirsi al soggetto debole nell'esercizio dei diritti strettamente personali (l'esercizio dell'azione di separazione e di divorzio). In altre parole, la Corte, dopo aver ribadito l'assenza in capo al tutore di poteri sostitutivi dell'incapace in tema di atti relativi alla sfera personale, ha ritenuto che la regola stabilita dall'art. 4 della legge sul divorzio possa offrire il modello applicabile, per la sussistenza della medesima *ratio*, anche al caso in cui l'interessato, nel relativo giudizio assume la veste di attore²⁴⁵; pertanto, secondo tale pronuncia, in mancanza di una specifica normativa che preveda il relativo potere, «*il tutore dell'interdetto non può proporre in prima persona domanda di divorzio per l'interdetto*» in virtù del

244 CASS., sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582, cit., p. 2751; In dottrina, v. F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 176, nella parte in cui si osserva che «*l'unica previsione normativa regolante un intervento di sostituzione della persona inferma in relazione a rapporti di indole familiare concerne l'ipotesi in cui l'interdetto sia convenuto nel giudizio di divorzio (art. 4, 5° comma, legge div.), prevedendosi in tal caso la nomina di un curatore speciale per assicurare le esigenze di difesa dell'incapace. In tempi recenti la giurisprudenza, ribadendo l'esclusione dell'esercizio di un siffatto diritto dall'ambito della generale sostituzione rappresentativa di cui all'art. 357 c.c., ha invece affermato l'applicabilità analogica della disposizione di cui all'art. 4, legge div., ai fini della nomina, anche su istanza del tutore dell'interdetto, di un curatore speciale per la proposizione di una domanda di divorzio*».

245 Nella citata pronuncia si legge che «*la regola stabilita per l'ipotesi in cui l'interdetto infermo di mente sia convenuto in un giudizio di divorzio, offre il modello applicabile per la ricorrenza della stessa ratio anche nel caso in cui l'interessato al divorzio assuma la veste di attore*». Ancora ossia per una lettura costituzionalmente orientata v. TRIB. ROMA, 10-03-2009 cit. In dottrina, M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 2^a ed., Torino, 1995, p. 24 e 53; L. BARBIERA, *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna, 1997, p. 130. L'a. precisa tale diritto è annoverabile tra le libertà fondamentali e non può essere al soggetto precluso.

potere di rappresentanza sancito dall'art. 357 c.c., richiamato dall'art. 424 c.c., «*ma ha il potere di chiedere la nomina di un curatore speciale ai fini della proposizione della domanda di divorzio da parte di quest'ultimo*». L'apertura operata da parte della Corte di Cassazione è certamente stata salutata con favore da quella dottrina²⁴⁶ che, in aperta polemica con la tesi tradizionale dominante, riteneva del tutto ingiustificato negare in radice la titolarità in capo all'interdetto di diritti fondamentali della persona, in campo familiare, come quello di separarsi o divorziare.

D'altra parte, si è avuto anche modo di rilevare una criticità nella sentenza citata, osservandosi che l'esigenza di procedere alla nomina di un curatore speciale dell'incapace, legittimato ad agire per la proposizione dell'azione di divorzio o per il ricorso di separazione personale, appare fondata sull'assiomatica prospettazione di un potenziale conflitto di interessi tra tutore e incapace in ordine all'esercizio dei diritti essenziali, non è dato riscontrare sempre e comunque nella realtà²⁴⁷. Ne consegue, che, conformemente alla giurisprudenza richiamata, quanto detto sembra

246 R. BARBANERA, *L'interdizione al vaglio dei più recenti orientamenti giurisprudenziali* in *La nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 430; AMATO E., *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze le-gislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina.*, in *Riv. Critica D. Privato*, 1993, p. 101; G. FURGIUELE, *Il matrimonio dell'infermo di mente*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988, p. 583 e ss.

247 CASS., sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582, cit., p. 3145; TRIB. CAGLIARI, decreto 10-15 giugno 2010, con intervento di A. Vigani, in *www.amministrazionedisostegno.com* nella parte in cui osserva che «tuttavia detto conflitto non è necessariamente sempre sussistente: invero, l'esistenza del conflitto di interessi tra incapace e tutore (o amministratore di sostegno) sia rivestito dal coniuge non incapace, deve - per contro - presuntivamente escludersi quando le funzioni suddette siano esercitate o da un soggetto estraneo alla famiglia, o, come nel caso in esame, estraneo al rapporto di coniugio». In dottrina G. GRAZIOSO, *Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell'interdetto infermo di mente in relazione all'azione di divorzio*, cit., p. 1413. L'autore critica il divieto per il tutore di rappresentare processualmente il proprio assistito nella veste di attore.

poter valere solo nell'ipotesi in cui sorga un conflitto di interessi tra i coniugi. In altre parole, la nomina di un curatore speciale appare indispensabile nel limitato caso di un conflitto di interessi sorto tra il tutore (laddove sia anche il coniuge non incapace) ed il soggetto assistito ossia nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia il coniuge incapace; in tutte le altre situazioni il ruolo del curatore speciale ben potrà essere adempiuto direttamente dall'amministratore di sostegno²⁴⁸.

A tal riguardo, però, altrettanto non sembra doversi ritenere nel caso in cui detto ufficio sia stato conferito a un soggetto estraneo alla famiglia o, comunque, estraneo al rapporto di coniugio. Infatti, il legislatore, tende ad avvalersi della nomina di un curatore speciale, solo nei casi in cui emergono conflitti di interessi tra il soggetto che svolge l'attività di tutela ed il soggetto tutelato²⁴⁹. All'infuori di tali casi, laddove esista un tutore, non sussistono dubbi nel legittimare lo stesso ad agire in nome e per conto

248 Si veda ad esempio G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., 233 e 235. L'autore, richiamando la vicenda sottoposta al TRIB. TORINO, Sez. Pinerolo, 9 novembre 2004, cit., ha evidenziato come «*seguendo la volontà della beneficiaria, il giudice tutelare ha conseguentemente investito l'amministratore di sostegno della piena rappresentanza della medesima, ricomprendendovi pure il diritto personalissimo alla separazione personale, ed ha negato la necessità di nominare, a tale scopo, un curatore speciale*» e ancora «*il rappresentante legale legittimato ad esercitare i diritti personalissimi della beneficiaria è stato individuato nel soggetto che, in generale, cura gli interessi di quest'ultima, superando la rigida interpretazione della Cassazione nella sentenza 9582/2000*».

249 Si pensi all'art. 321 c.c. in materia di potestà genitoriale o all'art. 78 c.p.c. che, al primo comma, precisa che «*in mancanza della persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, nonché in situazioni d'urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza*» e al secondo comma subordina la nomina di un curatore speciale quando «*vi è conflitto di interessi col rappresentante*». In altre parole, risulta evidente che il legislatore ha ritenuto essenziale garantire, anche in situazioni temporanee e nell'ipotesi in cui ciò sia reso necessario per motivi d'urgenza, o dalla presenza di un conflitto di interessi con il rappresentante, una tutela agli incapaci, alle persone giuridiche o alle associazioni non riconosciute che si vengano a trovare, per una ragione qualsiasi, privi di rappresentanza o assistenza, prevedendo la nomina di un curatore speciale.

del soggetto tutelato. Ne consegue che, partendo dall'interpretazione evolutiva fornita dalla Suprema Corte, si potrebbe pervenire alla conclusione che quanto vale per il tutore valga anche per l'amministratore di sostegno. In altri termini, laddove sembra pacifico che il tutore, che non sia coniuge dell'incapace, con possibile situazione di conflitto di interessi, possa svolgere la medesima funzione alla quale la Corte di Cassazione ha chiamato il curatore speciale, proponendo egli stesso la domanda di separazione personale o di divorzio²⁵⁰, lo stesso non può non pacificamente valere a fronte di un amministratore di sostegno.

Egual ragionamento vale sul piano processuale, ossia per l'ipotesi attinente alla possibilità per il coniuge incapace di difendersi in giudizio. Infatti, anche in questo caso, la questione viene risolta proprio facendo rinvio alla legge sul divorzio (art.4) che prevede la nomina di un curatore speciale da parte del Presidente del Tribunale laddove il convenuto sia malato di mente o legalmente incapace. Si ritiene che, nonostante la normativa faccia riferimento alla circostanza in cui il soggetto debole debba rivestire la posizione di convenuto, un ugual discorso possa valere nel caso in cui lo stesso dovesse rivestire un ruolo "attivo". Infatti, alla luce di quanto finora analizzato e aderendo alla tesi favorevole a riconoscere in capo al legale rappresentante una legittimazione attiva nel proporre domanda di separazione e/o divorzio non sembrerebbero esserci

250 Tesi peraltro sostenuta dalla difesa della parte ricorrente (tutore) la quale, facendo leva sul potere del tutore di poter agire per la nullità del matrimonio (art. 119 c.c.) evidenziava che, a maggior ragione, non poteva non essere riconosciuto allo stesso il potere di esercitare l'azione di separazione, considerata di minor rilevanza, nonché quella di divorzio.

dubbi nel riconoscere in capo allo stesso anche un simile potere al fine di rappresentare il proprio assistito in giudizio, sempre che il soggetto debole, come osservato²⁵¹, «non abbia un rappresentante legale già istituito che provveda alla sua difesa nel procedimento».

Lo svolgimento di queste considerazioni in merito alla figura dell'interdetto appaiono assolutamente necessarie per meglio calarsi nella problematica dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Infatti, se si tiene conto che tale misura protettiva ha la funzione di sopperire alle esigenze del beneficiario che non sia in grado di provvedervi autonomamente, limitandone il meno possibile la sua capacità d'agire, si comprende agevolmente come le soluzioni evolutive, innovative, prospettate per il soggetto interdetto nel campo della separazione personale e del divorzio, ben possano estendersi al beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Quanto detto trova anche l'avvallo della giurisprudenza²⁵², che sottolinea come non pare ci possano

251 R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 489 nella parte in cui osserva che «tutt'altra e diversa ipotesi concerne invece la possibilità per il coniuge incapace di difendersi in giudizio, ipotesi quest'ultima su cui dispone il più volte citato art. 4, stabilendo che il Presidente del Tribunale nel decreto in calce al ricorso con il quale fissa la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé, nomina un curatore speciale qualora il convenuto sia malato di mente o legalmente incapace (e non abbia un rappresentante legale già istituito che provveda alla sua difesa nel procedimento)»; C. DI IASI, *Procedimento di separazione e divorzio*, cit., p. 1415, nella parte in cui, facendo riferimento al comma 5° dell'art. 4 l. div., osserva che «la norma prevede che, nel decreto di fissazione dell'udienza di comparizione, il presidente nomini un curatore speciale al convenuto che sia legalmente incapace o malato di mente. Ovviamente, il convenuto legalmente incapace avrà già un proprio rappresentante legale, onde la disposizione deve intendersi nel senso che la nomina interverrà soltanto nelle ipotesi in cui l'incapace sia momentaneamente sprovvisto di un rappresentante, ovvero sia configurabile un conflitto di interessi (come nel caso in cui rappresentante del soggetto incapace sia l'altro coniuge)».

252 TRIB. MODENA, 26 ottobre 2007, pres. Rovatti in www.personaedanno.it. Nella parte in cui si osserva che «liberarsi di una unione coniugale oramai insostenibile è atto che rientra con maggiore dignità nell'ambito della cura della persona ossia di salvaguardia della salute psico-fisica della stessa, e la legge certamente valorizza questi poteri in capo all'amministratore di sostegno». Recentemente, e concordemente anche TRIB. CAGLIARI, decreto 10-15 giugno 2010,

essere dubbi nel ritenere che anche l'amministratore di sostegno (che non sia il coniuge del soggetto beneficiario) possa svolgere la stessa funzione del curatore speciale che l'art. 4, 5° co. l. 898/1970 prevede sia nominato nel giudizio di divorzio al soggetto interdetto. Va da sé, però, che il discorso non si riferisce unicamente all'ipotesi di un beneficiario non autonomamente in grado di determinarsi e di agire in tale ambito. Infatti, vero che, conformemente all'ottica di protezione della L.6/2004, nell'ipotesi inversa nessun dubbio può sorgere sulla piena capacità dello stesso di addivenire personalmente alla separazione o al divorzio, vero anche, però, che potrebbe essere lo stesso beneficiario «*a richiedere di essere rappresentato nel giudizio di separazione dal proprio amministratore di sostegno, con attribuzioni allo stesso dei poteri di rappresentanza esclusiva*²⁵³» o di supporto anche in merito al controllo della convenienza delle condizioni di separazione o di divorzio²⁵⁴.

con intervento di A. Vigani, in *www.amministrazionedisostegno.com*, nella parte in cui si osserva che «*deve allora concludersi che non sussistono impedimenti alla esternazione della indicata volontà presunta della beneficiaria...da parte dell'amministratrice di sostegno...mediante proposizione del ricorso giudiziale o congiunto volto ad ottenere la pronuncia della separazione personale della prima dal proprio coniuge...*»; Si veda anche TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri, cit., p. 2114, nella parte in cui si osserva che «*se addirittura nel caso di interdizione si è giunti ad ammettere la possibilità, per il soggetto debole di agire in giudizio al fine di ottenere la separazione, ovvero il divorzio, non vi è dubbio che a maggior ragione nel caso della amministrazione di sostegno si debba pervenire ad analoga conclusione*»; In dottrina L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., 664 nella parte in cui osserva che «*se si considera l'art. 4, 5° comma, L. 898/1970...si potrebbe essere indotti a sostenere che, in casi particolari, il giudice tutelare possa preveder la legittimazione ad agire dell'amministratore di sostegno. In questa prospettiva sembra difficilmente giustificabile l'opinione secondo cui il giudice tutelare, qualora accerti una incapacità in ordine alla gestione di tali rapporti, dovrebbe espressamente vietare al beneficiario la proposizione della domanda di separazione o di divorzio ovvero la prestazione di consenso alla separazione consensuale*».

253 Così, G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 382.

254 TRIB. MODENA, 25 ottobre 2007, pres. Stanziani, in *famiglia e dir.*, 2008, p. 275, nt. F. Anelli; G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 381 nella

Si ritiene che la prospettiva da adottare nell'ipotesi in cui il soggetto non sia in grado di esprimere una volontà²⁵⁵, non può che essere quella della ricostruzione della medesima volontà. È, quindi, essenziale, innanzitutto ricercare tale volontà e guardare, poi, alla possibilità di fornire della stessa una dimostrazione processuale adeguata, così come si è argomentato per quanto riguarda il ruolo dell'amministratore nel compimento di atti personali nell'interesse del beneficiario (cure mediche) e aderendo a quella parte della dottrina che inquadrerebbe tali atti non tanto in quelli di natura familiare, quanto, piuttosto in quelli inerenti alla *cura personae*²⁵⁶.

Infatti, come in ambito medico, a fronte di decisioni sanitarie da adottare nell'interesse del beneficiario in ipotesi di urgenza o laddove lo stesso verta in uno stato di «*totale e permanente incoscienza*²⁵⁷», il compito dell'amministratore di sostegno è certamente quello di pervenire mediante

parte in cui, riportando quanto statuito nella citata pronuncia, osserva che «*appare pienamente giustificabile l'intervento di "sostegno" quando la persona, che intenda allentare o liberarsi dal vincolo di coniugio, proprio a causa della condizione di disabilità in cui versa, abbia necessità di un vicario (anche con riguardo alla cura personae) il quale offra specifiche garanzie di controllo sulla convenienza (anche economica) delle condizioni di separazione o di divorzio, onde evitare che l'esercizio di tale diritto esistenziale fondamentale, da parte del disabile, possa indurre una lesione ai suoi interessi...*».

255 Sul punto, G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 383 nella parte in cui osserva che può presentarsi sia l'ipotesi di un soggetto affetto da una malattia mentale tale da risultare privo di qualsiasi capacità di esternare una volontà, sia quella di un soggetto parimenti impossibilitato di esternare una volontà a causa, però, di un' infermità fisica e non mentale. A parere dello scrivente, si ritiene che in tali casi sia essenziale un'attività di ricostruzione della volontà del soggetto debole.

256 P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., p. 192.

257 In tali termini CASS., sez I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2007, I, p. 3040 e ss. Si veda anche G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, cit., p. 379 nella parte in cui, richiamando la citata sentenza, nonché riferendosi alla pronuncia dei giudici modenesi (Trib. Modena, 25 ottobre 2007 cit.) osserva che il tutore «*possa prestare il consenso informato in stato di incapacità*».

la ricostruzione della volontà pregressa del soggetto interessato, all'accertamento che quest'ultima coincida con l'attuale volontà, salvo il caso in cui siano state rilasciate direttive anticipate, così, in pari termini, si deve ragionare nell'ipotesi in cui l'interessato non sia in grado di manifestare la propria volontà di esercitare le azioni di separazione e/o divorzio²⁵⁸.

Il compito cui è chiamato l'amministratore è assai complesso, al più agevolato dal fatto che egli normalmente è individuato tra i parenti prossimi (art. 408 c.c.) che meglio conoscono il soggetto e la sua vita pregressa²⁵⁹. Pertanto, ne consegue che l'amministratore deve ricostruire la presente attuale volontà del soggetto e procedere all'accertamento della

258 In termini simili anche TRIBUNALE CAGLIARI, decreto 10-15 giugno 2010, cit., nella parte in cui si osserva che «l'iniziativa dell'amministratore di sostegno del coniuge ricorrente o convenuto nel giudizio di separazione o divorzio, in quanto volta all'esercizio di quei diritti personalissimi che, esprimendo fondamentali scelte lato sensu di vita, devono rimanere necessariamente e rigorosamente ancorate all'espressione della volontà del titolare del diritto, dovrà necessariamente passare attraverso una valutazione giudiziale che accerti positivamente la corrispondenza della iniziativa assunta dall'amministratore alla volontà manifestata dal soggetto in condizioni di piena capacità in seguito per qualsiasi causa venute meno». Ancora, appare necessario evidenziare anche un altro passaggio della citata pronuncia, ossia la parte in cui si precisa che «la finalità sopra indicata può essere raggiunta mediante un procedimento di ricostruzione del vissuto dell'incapace (ossia delle opinioni espresse e delle scelte compiute durante il periodo anteriore alla condizione psico-fisica incapacitante) che, fornendo un quadro degli "orientamenti esistenziali" manifestati dal soggetto in condizioni di piena capacità, consenta per tale via un accertamento della (presumibile permanente) volontà dello stesso sulla scorta di argomentazioni logico-presuntive (dalla prova storica di fatti noti si risale, cioè, al presunto contenuto della volontà che il soggetto avrebbe espresso se non fosse sopravvenuta la incapacità)». Ancora, non solleva dubbi riguardo alla possibilità di estendere il criterio usato dalla Suprema Corte anche ad altri ambiti personali, come quello familiare G. SCACCHETTI, *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., pp. 231 nella parte in cui evidenzia che «la problematica dell'autodeterminazione sulle scelte di ordine personale ha così portato la dottrina ad individuare un proficuo ambito di sviluppo ed applicazione dell'insegnamento della Suprema Corte, che ha all'uopo fornito "una chiave interpretativa suscettibile di costruire un parametro di riferimento che va ben al di là del singolo caso: detto ambito è, esattamente, quello familiare».

259 Sul punto anche TRIB. CAGLIARI, decreto 10-15 giugno 2010 cit., nella parte in cui osserva che «il compito di fare emergere tutti gli elementi a tal fine rilevanti è affidato al soggetto ce svolge le funzioni di tutore o amministratore di sostegno, generalmente individuato tra i parenti prossimi che, quindi, meglio conoscono o che hanno modo di conoscere la vita pregressa del soggetto quando era capace».

medesima utilizzando l'argomento logico presuntivo, alla luce del vissuto dell'incapace, delle opinioni espresse, nonché delle scelte di vita compiute durante il periodo precedente alla sopravvenuta incapacità.

Quanto detto, trova ulteriore conferma nel fatto che se ora si pone un problema di far cessare il vincolo coniugale, significa che in precedenza vi è stato matrimonio e che, quindi, in un passato, più o meno lontano, il beneficiario è stato capace di sposarsi, di pensare, di esprimere desideri e opinioni²⁶⁰. Nel caso in cui sia raggiunta, in base ai predetti elementi, l'indicata prova presuntiva, l'amministratore di sostegno (e si supera in tal modo il problema della inconciliabilità della rappresentanza con il compimento di tali atti laddove il beneficiario non sia in grado di manifestare un lucido consenso a riguardo²⁶¹) viene ad assumere, rispetto

260 G. FERRANDO, *Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 33 nella parte in cui osserva che quando le «*attitudini di relazionarsi con il prossimo sono gravemente compromesse*», l'amministrazione di sostegno può rimanere la misura di protezione disponibile. L'autore aggiunge che anche nelle situazioni più disperate l'amministratore «*rimane vincolato al rispetto della personalità dell'interessato, delle sue inclinazioni, della sua sensibilità*»...tenendo conto «*dell'universo dei valori ideali ai quali si è ispirata la vita dell'assistito tentando di rendere coerenti le proprie scelte con le abitudini ed il patrimonio morale di quest'ultimo*».

261 Si veda TRIB. PINEROLO, decr., 13 dicembre 2005, g.t. Merlatti, in *www.personaedanno.it*. e TRIB. PINEROLO, 9 novembre 2004, cit. Il Tribunale di merito ha precisato che all'amministratore di sostegno possono essere conferiti poteri di rappresentanza esclusiva riguardo anche alle scelte relative alla separazione personale del beneficiario. In altre parole, all'amministratore di sostegno può essere attribuito, su richiesta del beneficiario (che sia in grado di esprimere una volontà consapevole), il potere di rappresentarlo al fine di proporre il giudizio di separazione personale dal coniuge. Al contrario, laddove il soggetto debole non fosse in grado di manifestare alcuna volontà a riguardo, ovvero risulti essere assimilabile ad un soggetto interdetto o per il quale appare maggiormente idonea l'applicazione dell'interdizione, «*allora, difficilmente potrà ammettersi una sostituzione*». Sulla citata pronuncia del Tribunale di Pinerolo si veda anche G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 377. Sulla questione anche F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 176, nt. 44. Sul punto, anche G. FERRANDO, *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in G. Ferrando - L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (a cura di), cit., p. 164. L'autore evidenzia la questione

alla formale espressione della volontà dell'incapace, la veste di *nuncius sui generis*, in quanto non si limita a trasmettere una volontà che gli è stata manifestata direttamente ed immediatamente dall'interessato²⁶², bensì ricerca, accerta e ricostruisce tale volontà al fine di dimostrare univocamente l'intenzione del beneficiario di perseguire l'effetto sotteso al compimento dell'atto in questione²⁶³. A tal punto, si ritiene necessario un intervento del giudice al fine di effettuare un controllo di regolarità formale dell'effettiva emersione, alla stregua delle argomentazioni presuntive svolte dall'amministratore di sostegno, del contenuto positivo o negativo della volontà del beneficiario diretta al compimento dell'atto personale che l'amministratore intende trasmettere²⁶⁴. Solo allora, infatti,

relativa anche alla possibilità per il tutore di stipulare l'accordo di separazione in rappresentanza dell'interdetto. L'autore sembra non escludere una tale possibilità, seppur condizionata alla nomina di un curatore speciale ed un controllo giudiziale sulle pattuizioni redatte.

262 Si pensi al caso del matrimonio per procura *ex art. 111 c.c.* In tale caso, come sostenuto dalla Corte di Cassazione (CASS. 14 febbraio 1975, n. 569, in *Foro It.*, 1976, p. 794) il procuratore si limita a comunicare la volontà del soggetto assente senza alcun potere costitutivo o dispositivo. In tali termini, richiamando la citata pronuncia di legittimità, si veda anche G. PALMERI, *Il matrimonio celebrato per procura*, in G. Ferrando *Il nuovo diritto di famiglia* (diretto da), cit., p. 193. L'autore, pur osservando l'esistenza di orientamenti intermedi, evidenzia come sia prevalente la corrente che inquadra l'attività del procuratore in quella del *nuncius*. In particolare, si osserva che «secondo i giudici non può considerarsi implicitamente compreso nella procura il conferimento del potere di compiere atti che esigono specifiche attività cognitive o volitive del mandante». Si veda anche TRIB. ROMA, 10-03-2009 (ord.)- Est. Olivieri, cit., nella parte in cui si osserva che «l'amministratore di sostegno può essere autorizzato a proporre, in qualità di *nuncius dell'amministrato*, il ricorso volto ad ottenere la pronuncia di divorzio, qualora sussistano elementi per ritenere raggiunta la prova presuntiva della volontà attuale dell'interessato di concludere definitivamente la propria vicenda matrimoniale ai sensi della l. n. 898/1970».

263 Si osserva, infatti, che se da una parte è ammesso che, ai sensi dell'art. 4, 5° co. L. 898/70, il beneficiario «sia legittimato a proporre istanza di separazione o divorzio, dall'altro lato, però, si nega che in queste attività sia concepibile attività sostitutiva della sua volontà da parte di terzi, trattandosi di scelte del tutto personali». In tali termini G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), cit., p. 377.

264 TRIBUNALE CAGLIARI, decreto 10-15 giugno 2010, cit., nella parte in cui si osserva che «la verifica giudiziale circa la corrispondenza dell'iniziativa assunta dall'amministratore di sostegno alla volontà del beneficiario compete, prima

all'amministratore di sostegno può essere concesso di "comunicare" all'esterno la volontà del beneficiario.

5.4 Riflessioni.

In conclusione, se già prima dell'avvento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno si è giunti ad ammettere la possibilità per il soggetto interdetto di agire in giudizio al fine di ottenere la separazione o il divorzio a mezzo del suo tutore, non vi è dubbio che a maggior ragione si debba pervenire ad analoga conclusione nell'ipotesi di beneficiario di amministrazione di sostegno. Infatti, è pacifico che, se il compimento degli atti di separazione e divorzio risulta impedito dalle condizioni di minore capacità dell'interessato, all'amministratore di sostegno potrà essere attribuita la funzione di affiancare o (nel caso) di sostituire il beneficiario nella presentazione della domanda di separazione o divorzio²⁶⁵. In tal caso, ciò che conta, ancora una volta, è solo la volontà

della proposizione del ricorso o della costituzione in giudizio del beneficiario, al Giudice Tutelare». Sul punto si veda anche TRIB. ROMA, 10-03-2009 cit., p. 2102. La vicenda vede protagonista il beneficiario, affetto prima da disturbi bipolari e poi da una sintomatologia celebrale, che, però, già prima di godere della protezione dell'amministrazione di sostegno, era soggetto a condizioni depressive, pur conservando un'ampia autonomia di coscienza (ad esempio comprendendo i rischi o i vantaggi delle cure a cui era sottoposto); inoltre aveva espresso, come da prove documentali, la inequivocabile volontà di separarsi dalla moglie. Data tale premessa, appare importante sottolineare, per quel che è rilevante alla questione in esame, come il giudice tutelare, al fine di valutare la possibilità di legittimare il legale rappresentante ad agire come *nuncius* del soggetto debole rispetto alle azioni di separazione e di divorzio, ha accertato la (presunta) volontà attuale del soggetto anche in considerazione dei suoi desideri e delle sue opinioni espresse in passato, della mancanza di voler ricostruire il rapporto di coniugio, nonché della mancanza di contestazioni da parte di tutti i familiari.

²⁶⁵ P. CENDON – R. ROSSI, *La funzione dell'ADS*, in P. Cendon, *Amministrazione di sostegno, motivi ispiratori e applicazioni pratiche* (a cura di), cit., p. 278 nella parte in cui si osserva che «il g.t. può autorizzare l'amministratore di

del soggetto debole, unico che può dare vita ad un atto esistenziale, che deve, quindi, essere ricostruita e inequivocamente dimostrata tramite la sapiente opera dell'amministratore di sostegno, che, poi, in giudizio, assumerà la veste di *nuncius sui generis*.

Per ultimo, va detto che la soluzione prospettata, seppur non abbia ancora trovato l'autorevole avallo della Corte di Cassazione²⁶⁶, è presa in considerazione da alcune pronunce di merito che, proprio in virtù dei criteri della ricerca e della ricostruzione della volontà presente del beneficiario e della sua trasmissione all'esterno da parte dell'amministratore di sostegno, hanno autorizzato quest'ultimo ad agire come "*nuncius*" del soggetto amministrato, proponendo il ricorso giudiziale volto ad ottenere la pronuncia della separazione personale, ovvero dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio²⁶⁷, qualora sussistano elementi per far ritenere raggiunta la

sostegno ad esperire, in nome e nell'interesse del beneficiario le azioni di separazione e di scioglimento del matrimonio, sia giudiziali sia consensuali» e in commento a Trib. bologna, sez., dist., Imola, decr., 2 gennaio 2006, g.t. Borgo (ivi, p. 291) nella parte in cui, riportando parte della vicenda sottoposta all'attenzione del citato tribunale, osserva che «il raggio di protezione dell'amministrazione di sostegno si estende al compimento di atti inerenti ai rapporti familiari del beneficiario, comprese le scelte relative al procedimento di separazione personale».

266 Va precisato che vero che la Corte di Cassazione a mezzo della citata sentenza (sent. n. 9582/2000) ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata del art. 5, 4° co. L. div., vero anche, però, che ha escluso che il generale potere di rappresentanza del tutore (artt. 357 c.c. e 424, 1° co. c.c.) possa comprendere anche il compimento di atti personalissimi, (rectius, azione di separazione e divorzio) statuendo, infatti, la necessità della nomina di un curatore speciale.

267 Si veda TRIB. MODENA, 08-11-2007 in *Dir. Fam.* 2008, 705. Recentemente e in senso conforme, TRIB. ROMA, 10-03-2009 cit., p. 2098 e ss. Con riferimento particolare a tale ultima pronuncia di merito si legge nella massima riportata che «qualora sia stata raggiunta la prova presuntiva della volontà attuale del beneficiario di concludere definitivamente la propria vicenda matrimoniale mediante proposizione del ricorso ex lege n. 898 del 1970, è possibile autorizzare l'amministratore di sostegno ad agire come "*nuncius*" dell'amministrato proponendo il ricorso giudiziale o congiunto volto ad ottenere la pronuncia dello scioglimento ovvero della cessazione degli effetti civili del matrimonio da quest'ultimo contratto».

prova presuntiva della volontà attuale dell'interessato di concludere (anche definitivamente) la propria vicenda matrimoniale²⁶⁸.

268 Sul punto la richiamata giurisprudenza di merito (TRIB. DI ROMA cit.) ha precisato che l'investitura di poteri che il giudice tutelare concede all'amministratore di sostegno ha sì natura di autorizzazione, ma non in senso sostanziale data la mancata valutazione di merito circa la «necessità o l'utilità evidente dell'atto», quanto, piuttosto, formale nel senso di "nulla osta". A parere dello scrivente, tale precisazione non sembra condivisibile. Ciò, in quanto nel momento in cui il giudice tutelare si appresta a valutare l'attualità della volontà ricostruita, considerando (come nel caso) tutta una serie di fattori ed elementi (la presenza di prole, l'opinione dei familiari, il comportamento di entrambi i coniugi), si ritiene vada a valutare altresì proprio la necessità e l'utilità dell'atto (e pertanto l'autorizzazione o il diniego sarà in re ipsa). Pertanto, si ritiene sia più corretto rivestire la natura di tale concessione delle vesti di un'autorizzazione in senso sostanziale.

Capitolo Sesto

ALTRI ATTI PERSONALISSIMI: IL TESTAMENTO E LA DONAZIONE

Sommario: 6. Il testamento: aspetti generali - 6.1 Testamento e amministrazione di sostegno: lo spazio di autonomia dell'amministratore di sostegno e del beneficiario - 6.1.1 Il testamento olografo - 6.1.2 Il Testamento pubblico - 6.1.3 Il testamento segreto - 6.1.4 I testamenti speciali - 6.2 L'accettazione e la rinuncia dell'eredità del beneficiario di amministrazione di sostegno - 6.3 La (in)capacità a succedere dell'amministratore di sostegno - 6.4 La donazione: aspetti generali - 6.5 La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno: tra volontà presunta e volontà "ricostruita" - 6.6 Riflessioni

6. Il testamento: aspetti generali.

In questo capitolo si analizzerà la figura del beneficiario di amministrazione di sostegno in relazione all'atto di ultima volontà, ossia il testamento, al fine di capire se può essergli riconosciuta una piena capacità a testare, e in caso di risposta negativa, quale spazio di autonomia può essere riconosciuto all'amministratore di sostegno in relazione a tale atto. A tal fine, appare preliminare porre l'accento su alcuni dei suoi aspetti essenziali,

Il testamento è uno dei negozi giuridici unilaterali più importanti perché attraverso di esso un soggetto può disporre in tutto o in parte del

proprio patrimonio per quando avrà cessato di vivere²⁶⁹. Fa parte degli atti personalissimi²⁷⁰, ovvero di quegli atti negoziali integrati da una dichiarazione di volontà orientata ad un effetto giuridicamente rilevante che, come stabilisce l'art. 587 c.c. può avere contenuti patrimoniali e non (purché generalmente tipici); esso trova una tutela costituzionale nel comma 4° dell'art. 42 Cost., in virtù del quale le norme della successione testamentaria sono dettate dalla legge.

Il testamento è espressione di autonomia negoziale. Infatti, rappresenta una sorta di autoregolamentazione di interessi²⁷¹ che trova fondamento nella *“tutela dell'autonomia privata quale potere del soggetto di disporre dei propri diritti”*, la cui normativa risulta *“improntata al fondamentale criterio di autodeterminazione del soggetto”²⁷²*.

269 M. C. BIANCA, *Le successioni*, in *Diritto civile*, tomo 2, cit. p.641; R. DE RUGGERO – F. MAOI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, Milano, 1950., p. 99; A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 12 e ss.; D. BARBERO, *Il sistema di diritto privato*, Torino, 1993, p. 1241. Tale tesi trova una falla concettuale dato che, generalmente, le fattispecie a formazione progressiva, a differenza del testamento, producono effetti giuridici anche in fasi preliminari. È un atto negoziale, non recettizio (dato che produce effetti senza che la sua esistenza sia comunicata all'interessato) ed è destinato a rimanere privo di valore nei confronti di terzi fino alla morte del testatore (da qui il motivo per cui è annoverato tra gli atti a causa di morte).

270 M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p.642 nella parte in cui osserva che *«il testamento è un negozio a causa di morte che si caratterizza come atto personalissimo, unilaterale, esclusivo, formale, revocabile e patrimoniale»*.

271 S. DELLE MONACHE, *Testamento-disposizioni generali- artt.587-590*, in *il codice civile, commentario*, fondato da P. Schlensinger, p. 41; A. CICU, cit., p. 12; F. SANTORO PASSARELLI, ult.op. cit. p. 222; R. NICCOLÒ, *La vocazione testamentaria diretta ed indiretta*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 197; L. FERRI, *Successioni in generale*, in Scialoja e Branca, *Commentario al codice civile*, a cura di Bologna-Roma, 1980, p. 521.

272 M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 655; Si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e donazioni* (diretto da), vol. I, 2010, p. 48, nella parte in cui sottolinea la concezione del testamento come *«atto di esplicazione dell'autonomia privata»*; V. CUFFARO, *Il testamento*, in P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 803 nella parte in cui conviene nel ritenere *«il testamento espressione dell'autonomia dei privati»*.

In quanto atto personalissimo, si nega l' estensibilità a tale negozio dell'istituto della rappresentanza²⁷³. In altre parole, si esclude "che la determinazione del contenuto essenziale del testamento possa essere rimessa alla volontà altrui²⁷⁴". Il che equivale a negare che il contenuto del testamento possa essere determinato da un soggetto in sostituzione dell'interessato e che possa produrre gli stessi effetti che si sarebbero avuti se l'atto fosse stato redatto da quest'ultimo. È pertanto esclusa la procura a fare testamento. Tale divieto trova *ratio* nelle solenni caratteristiche stesse dell'atto, quali l'unilateralità e l'unisoggettività, che evidenziano come la dichiarazione testamentaria sia una dichiarazione unica, costituente il prodotto dell'attività e lo specchio del volere di un soggetto al fine di regolare, *post mortem*, la propria situazione patrimoniale. Per tale motivo si nega sia il c.d. testamento "congiuntivo" sia quello "reciproco", nonché quello c.d. testamento "per relazione", ossia quel testamento che rinvia al contenuto di altri testamenti o di altri atti o documenti risultando privo del requisito della forma, in quanto parte del contenuto di tale tipo di testamento risulterebbe dipendere da una dichiarazione estranea a quella

273 S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., p. 75. Esclude ogni forma di «rappresentanza nella volontà o nella manifestazione di essa» G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1984, p. 119. Si veda anche M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 647 nella parte in cui osserva che «il testamento è un atto personalissimo in quanto deve essere compiuto direttamente dal suo autore. Il principio della personalità del testamento comporta che questo negozio non ammette che sia posto in essere a mezzo di rappresentante».

274 M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 647; S. DELLE MONACHE, *Testamento-disposizioni generali- artt.587-590*, cit., p. 73.

testamentaria, a meno che il riferimento non sia a “*elementi notori e oggettivamente certi*”²⁷⁵.

La necessità e l'importanza del carattere unisoggettivo della dichiarazione testamentaria porta a negare qualunque forma di sostituzione, anche se fondata su un'attività di nunziatura²⁷⁶. Ne consegue che risulta indubbia l'operatività del divieto di testare per le persone incapaci, tanto personalmente quanto per mezzo di un rappresentante (nel caso fosse stato nominato). La normativa, d'altra parte, è chiara. Infatti, l'art. 591 c.c. dispone che: *possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge*.

A una prima analisi potrebbe sembrare che basti qualsiasi stato d'incapacità per non poter testare. Tuttavia, il legislatore, nello stesso art. 591 c.c., precisa quali sono gli stati d'incapacità che producono l'impossibilità a disporre per testamento. Sembrerebbe che il legislatore abbia voluto dettare la regola della capacità di testare, ravvisandone l'eccezione nell'incapacità, laddove questa fosse stata dichiarata dalla legge²⁷⁷. In altre parole, sembrerebbe che il divieto *ex art. 591 c.c.* operi solo a fronte di una serie di incapacità tassativamente previste *ex lege*: il

275 M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 648.

276 Sul punto viene evidenziato che «*neppure la figura del nuncius può venire in considerazione in questa materia*». Così L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in P. Rescigno, *Tratt., dir., priv.* (diretto da), 6, II, 2000, p. 34.

277 M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni*, in *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 95 nella parte in cui osserva che l'art. 591 «*prosegue con un'elencazione da considerarsi tassativa*»; Sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 755 nella parte in cui osserva che «*la formulazione dell'art. 591 c.c., secondo la dottrina assolutamente concorde, consente di ritenere, alla stregua dell'argumentum a contrario, che la regola in materia sia quella della capacità di disporre per testamento e che eccezionali siano invece, e da limitare pertanto a quelli specificamente contemplati dalla norma, i casi di incapacità*»; In termini di “*argomentazione a contrario*”, anche L. BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, in P. Rescigno, cit., p. 50.

soggetto minore, il minore emancipato, l'interdetto per infermità di mente, nonché coloro che sono affetti da un'incapacità, anche transitoria, d'intendere o di volere nel momento in cui si è fatto testamento.

In merito all'incapacità naturale, si nota che l'art. 591, 3 co., c.c., ritiene sufficiente l'incapacità provocata da "qualsiasi causa" (senza la necessità del grave pregiudizio, richiesto, in via generale, per l'ammissibilità degli atti unilaterali, dall'art. 428 c.c.), anche transitoria, tale però da impedire un'esternazione di una volontà libera e consapevole e sempre che non sia stata pronunciata una sentenza d'interdizione (versandosi, altrimenti, nell'ipotesi di cui al n. 2). In altre parole, lo stato d'incapacità potrà essere provocato anche da un'intossicazione dovuta ad abuso di alcool o sostanze stupefacenti, ma anche da una vera e propria malattia mentale.

Riguardo alla norma citata, si ritiene che tale previsione non comprenda tra le cause d'incapacità l'inabilitazione, facendo, infatti, riferimento in maniera generica ai restanti casi di incapacità di intendere e di volere, nonché alle cause delle medesime²⁷⁸. Pertanto, stante la tassatività dei casi d'incapacità a disporre, dobbiamo ritenere che l'inabilitato, in quanto tale, possa validamente disporre per testamento e

278 A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in Bonilini, *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), 2009, p. 91, nella parte in cui osserva che «l'inabilitato, nonostante la sua condizione giuridica sia equiparabile a quella del minore emancipato è considerato capace a testare»; M. C. BIANCA, *Le successioni*, cit., p. 658; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 227, nella parte in cui osserva che «nulla...è invece previsto per i soggetti inabilitati: il testamento compiuto da quest'ultimi sarà impugnabile nell'ipotesi in cui si dimostri un effettivo stato di alterazione della persona al momento del compimento dell'atto»; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 748 nella parte in cui osserva che «infatti, si ritiene generalmente...che anche l'inabilitato, il quale non ha la piena capacità d'agire, possa testare». M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 398.

che lo possa fare senza alcuna autorizzazione del giudice del Tribunale né assistenza *ex art. 394, 3° co., c.c.*, trattandosi di atto personalissimo²⁷⁹.

6.1 *Testamento e amministrazione di sostegno: lo spazio di autonomia dell'amministratore di sostegno e del beneficiario.*

Sembra, indubbio che possa testare anche il beneficiario di amministrazione di sostegno²⁸⁰. Infatti, in aggiunta a quanto sopra esposto, va considerato altresì che se già il divieto *ex art. 591, 2° comma, n. 2, c.c.* ha sollevato riserve riguardo al soggetto interdetto, in quanto si è criticato il fatto che venisse negata, quasi automaticamente, la capacità di testare, ossia di compiere un atto "*espressione dei sentimenti che sono propri*

279 Per tutti, R. TRIOLA, *Il testamento*, Giuffrè, 2012, p. 63. Si osserva che la ratio dell'art. 394 c.c. è quella di evitare nocimenti al patrimonio dell'inabilitato. Orbene, trattandosi di una disposizione patrimoniale mortis causa, nessun pregiudizio potrebbe verificarsi durante la vita dell'interessato. Contra, MAGGIORI-SAMMARTANO, in *Vita Notarile*, 3, 2, 1997.

280 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno*, cit., 129; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 376; M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni*, in *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 95 nella parte in cui precisa «non pare, dunque, che tale norma sia applicabile, in via generale, al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, il quale di conseguenza potrà liberamente disporre per testamento»; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 227 nella parte in cui precisa che «dunque la sottoposizione ad amministrazione di sostegno non comporta, di per sé, privazione della capacità di testare, non essendo l'ipotesi in esame riconducibile a quella di cui all'art. 591, n. 2, c.c.»; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 758 nella parte in cui osserva che «si può affermare la capacità di disporre validamente per testamento del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, in piena conformità con l'art. 591 c.c., che individua tassativamente le ipotesi di incapacità di disporre per testamento»; L. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 165, nella parte in cui evidenzia che «che il c.d. amministrato possa testare non può essere ragionevolmente revocato in dubbio, dal momento che l'art. 411, 2° co., c.c. prevede espressamente tale facoltà». A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., p. 153.

di ogni uomo²⁸¹”, a maggior ragione tale divieto non può essere automaticamente applicato al beneficiario di amministrazione di sostegno. Inoltre, se si condivide l’orientamento dottrinale favorevole al riconoscimento della capacità di testare dell’inabilitato senza alcun tipo di autorizzazione o assistenza, in pari termini si deve ragionare riguardo al beneficiario di amministrazione di sostegno. Pertanto, laddove il giudice nulla abbia disposto nel decreto e in mancanza di espliciti divieti, il beneficiario di amministrazione di sostegno è considerato capace di testare.

Pertanto, al beneficiario di amministrazione di sostegno potrà essere esteso, in virtù dell’ultimo comma dell’art. 411 c.c.²⁸², il divieto *ex art. 591*

281 L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell’amministrazione di sostegno*, cit., p. 666; G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, in *Riv., not.*, 2006, 06, p. 1485, nella parte in cui osserva che «il beneficiario di amministrazione di sostegno deve essere generalmente considerato capace di testare».

282 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno*, cit., 129 nella parte in cui osserva che «naturalmente, il giudice tutelare, nel decreto di nomina o successivamente, può estendere al beneficiario, con provvedimento motivato, l’incapacità prevista per l’interdetto (art. 411, comma 4 c.c.)»; M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni, in L’amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell’interdizione e dell’inabilitazione*, cit., p. 95 nella parte in cui osserva che «ben potrà essere che il giudice tutelare, nel decreto di nomina o successivamente, estenda al beneficiario alcuni effetti propri dell’interdizione e, quindi, anche l’art. 591 c.c.»; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 227 nella parte in cui osserva che «non vi è perciò ragione di negare che il giudice tutelare possa, qualora ne ravvisi la necessità, espressamente inserire il testamento tra gli atti per i quali è negata la capacità al destinatario del provvedimento» e ancora laddove precisa che «al fine dell’efficacia di una siffatta delimitazione protettiva potrebbe altresì essere esclusa la facoltà del beneficiario dell’amministrazione di sostegno di fare testamento in forme diverse dall’atto pubblico, onde consentire un accertamento continuo della sua condizione mentale» (ivi. p. 228); C. PRIORE, *L’autonomia del beneficiario*, cit., p. 115 nella parte in cui osserva che «anche se con molte perplessità è da ritenere estensibile anche questa limitazione»; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 758 nella parte in cui precisa che il beneficiario di amministrazione di sostegno non è da considerarsi incapace come il soggetto interdetto o inabilitato. Pertanto il beneficiario potrà testare, salvo che il giudice tutelare non decida di ricomprenderlo tra quelli «individuati mediante l’estensione, a norma dell’art. 411, quarto comma, c.c., di “effetti, limitazioni o decadenze” previsti per l’interdizione o l’inabilitazione»; G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, cit., nella parte in cui osserva che «se

c.c. solo laddove il giudice accerti (d'ufficio o in termini di maggior protezione, sia per il soggetto stesso, sia per i traffici giuridici, su istanza di parte) che il soggetto non risulti essere affetto da uno stato di infermità nei termini *ex art. 414 c.c.* o a norma dell'*art. 591, n. 3, c.c.* ²⁸³. Resta

dall'applicazione diretta della legge non deriva alcuna incapacità in capo al beneficiario, è pur sempre possibile che, nel singolo caso concreto, tale incapacità derivi dal decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno. Il giudice tutelare, in particolare, ben potrà estendere al beneficiario l'applicazione del citato art. 591, n. 2, c.c., relativo agli interdetti, in forza dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c.»; G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, cit., p. 1638-1639, nella parte in cui osserva che «*ne discende che, di regola, il beneficiario di amministrazione di sostegno, conservando la capacità d'agire, potrà compiere, altresì, tutti gli atti che, in senso lato, attengono al diritto ereditario e delle donazioni, a meno che il giudice tutelare, appunto, avvalendosi del potere riconosciutogli dall'art. 411, ult. cpv., cod., civ., non abbia reputato di estendere, a codesto soggetto, dati effetti, o limitazioni, che, in senso lato, concernano il diritto delle successioni mortis causa*». Contro L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 664 nella parte in cui osserva che se tali limitazioni ed effetti fossero estesi al beneficiario «*rischierebbero di compromettere gravemente l'autonomia delle scelte in ordine ad una serie di interessi di fondamentale importanza nella vita privata di ciascun individuo*», nonché nella parte in cui precisa come già il divieto solleva riserve per l'interdetto (ivi, p. 666). L'autore si augura che l'estensione del divieto *ex art. 591 c.c.*, a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. non riscontri una grande operatività pratica dato che, peraltro, il testamento risulta essere un atto «*insuscettibile di arrecare alcun pregiudizio al suo autore o ai suoi familiari*». Infatti, quest'ultimi ben potranno, in caso di lesione dei loro interessi, agire a mezzo dell'azione di riduzione o avvalersi dell'azione di impugnazione *ex art. 591 c.c.* Va osservato, però, che si ritiene maggiormente condivisibile la tesi di quella parte di dottrina che a seconda delle condizioni del beneficiario ammette l'uso dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. sempre su base di un'ottica di protezione verso lo stesso. Si veda G. BONILINI, ult., op., cit., p. 1639, nella parte in cui osserva che «*si dovrà verificare, caso per caso, se il giudice tutelare abbia esteso, motivatamente, al beneficiario di amministrazione di sostegno, date norme prescritte in tema di interdetto giudiziale o di inabilitato, nella qual ipotesi soltanto, appunto, il rapporto, etc., sarà retto dalle medesime*». L'autore, però, precisa anche che «*a mio avviso, deve escludersi che il giudice tutelare possa decretare. D'ufficio, l'estensione di una norma comportante una pesante limitazione alla capacità d'agire del beneficiario di amministrazione di sostegno, qual è, ad esempio, quella affidata all'art. 591, n. 2 del capoverso, cod. civ.*»

283 S. DELLE MONACHE, ult. Op., cit., p. 74, nt. 25. Ciò in quanto il giudice può anche d'ufficio adottare i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio, nonché, può modificare o integrare le decisioni assunte con il decreto *ex art. 405 c.c.* Più contrario che favorevole si veda G. BONILINI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., p. 436. Inoltre si veda G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, cit., p. 1647, nella parte in cui osserva che il giudice dovrà essere preciso «*riguardo alle norme, previste in ordine all'interdetto o all'inabilitato, che intenda estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno, e ciò sia a tutela di codesto soggetto, sia della sicurezza dei traffici giuridici*» e ancora laddove precisa che «*il criterio per decidere sull'estensione non sia, in assoluto, l'interesse del beneficiario, ma, in definitiva, un suo adeguato equilibrio con altri interessi, quali quelli individuali di altri soggetti e, soprattutto, quelli di carattere generale, che le disposizioni invocate tutelano (si pensi, ad esempio, all'interesse alla tutela dell'affidamento dei terzi)*». COCCIA M.- MARELLA R., *Gli atti patrimoniali nell'interesse del*

comunque salva la possibilità, per chiunque vi abbia interesse, di provare (con ogni mezzo consentito dall'ordinamento²⁸⁴) che il beneficiario fosse al momento della redazione dell'atto, privo della capacità di intendere e di volere (art. 591, 1° co., n. 3, c.c.). Si ritiene condivisibile l'orientamento dottrinale, avallato anche dalla giurisprudenza²⁸⁵, teso a parlare dell'incapacità prevista dal terzo comma dell'art. 591 c.c. come di

beneficiario, in Ferrando-Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (cura di), cit., p. 167 nella parte in cui osserva che «...l'esigenza di non sacrificare oltre il necessario l'autonomia dell'interessato suggerisce di escludere poteri ufficiosi del giudice nel disporre le limitazioni previste dall'ultimo comma dell'art. 411, specie quando si tratti di limitazioni importanti come quelle relative all'esercizio di libertà fondamentali (di sposarsi, di donare, di testare), sembrando preferibile ammettere che possano essere disposte solo su ricorso di persone interessate». Si veda anche G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 245. Si ritiene che l'ottica di protezione che deve sempre guidare il giudice laddove decida di estendere tali limitazioni possa sussistere anche quando il medesimo agisce d'ufficio coadiuvandosi magari dell'aiuto di medici al fine di valutare la capacità del soggetto e in G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, cit., p. 1640 nella parte in cui osserva che «stupisce la possibilità che sia lo stesso beneficiario di amministrazione di sostegno a chiedere al giudice tutelare di imporgli alcune "restrizioni" contemplate riguardo all'interdetto o all'inabilitato....ne discende che detta legittimazione deve ritenersi competente anche ad altri soggetti, vale a dire a coloro, i quali sono ammessi a proporre il ricorso per l'attivazione dell'amministrazione di sostegno, ex art. 406 cod., civ.»

284 C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 768 nella parte in cui osserva che deve riconoscersi natura probatoria anche all'attestazione notarile, contenuta nel testamento (pubblico) del pieno possesso da parte del testatore delle necessarie facoltà mentali. L'autore evidenzia, altresì, che nonostante la presenza di orientamenti minoritari tesi a negare la valenza probatoria di tale attestazione, è da accogliere l'orientamento opposto avallato anche dalla giurisprudenza (CASS., 23 gennaio 1991, n. 652, in Foro it., 1991, I, p. 758) che ritiene, invece, che l'intervento del pubblico ufficiale comporti anche una valutazione della sussistenza in capo al testatore di «uno stato riconducibile a quello di cui all'art. 591 n. 3 c.c.». (ivi, p. 769).

285 Per tutte CASS., 30 gennaio 2003, n. 1444, in Rep., Foro it., voce "successione ereditaria", n. 80 nella parte in cui osserva che «l'incapacità naturale del disponente, che ai sensi dell'art. 591 c.c. determina l'invalidità del testamento, non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma richiede che, a causa dell'infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia di interdizione». CASS., 11 aprile 2007, n. 8728, in Fam., e dir., 2007, p. 676. In tale pronuncia la Corte precisa che l'incapacità naturale deve ritenersi un'anomalia psichica o intellettuale che, causata da un'infermità transitoria o permanente, privi il soggetto in modo assoluto, nel momento della redazione del testamento, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi. In tali termini, con rinvio anche alle dette sentenze, si veda C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 765.

incapacità²⁸⁶ “ tale che, ove fosse stata permanente, avrebbe potuto dare luogo ad una pronuncia di interdizione²⁸⁷” e non, invece, una mera situazione di insufficienza della volontà manifestata²⁸⁸.

In considerazione di quanto finora argomentato, il principio generale sotteso al divieto di testare per il soggetto incapace risulta riscontrabile nello scopo sotteso alla disciplina successoria: assicurare la partecipazione attiva del testatore e la certezza che la dichiarazione provenga da lui²⁸⁹. È

286 G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005, p. 188.

287 C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 764 ed in particolare la bibliografia richiamata in nota 71. L'a. considera la tesi dottrinale tesa ad inquadrare l'incapacità ex art. 591, n.3, c.c. «in una sorta di vizio della volontà» come «una conclusione inaccettabile dal punto di vista della coerenza del sistema»; In tal direzione già PANDOLFELLI G. -SCARPELLO G. -STELLA RICHTER M. -DALLARI G., *Codice civile, libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 173-174 nella parte in cui, in relazione alla capacità di disporre per testamento, si osserva che «qualunque sia la causa che ha prodotto la soppressione della volontà, anche se momentanea, deve essere però così grave che, qualora fosse permanente, dovrebbe proprio condurre all'interdizione. Si intende che parlando di non sanità di mente non si vuole indicare soltanto le vere e proprie malattie mentali, bensì anche tutti quegli stati, sia pure psichici, che, momentaneamente, diminuiscono in modo rilevante la capacità di intendere e di volere»; Si veda anche CASS., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Foro It., Rep.*, 1982, voce “successione ereditaria”, n. 52 nella parte in cui osserva che il soggetto che deve «versare in condizioni analoghe a quelle che, in concorso con l'estremo dell'abitudine, legittimano la pronuncia dell'interdizione»; CASS., 23 gennaio 1991, n. 652, cit. che richiamando CASS., 22 marzo 1985, n. 2074, in *Foro It., Rep.*, 1985, n. 76, osserva che «non è sufficiente che il normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà sia in qualunque modo alterato o turbato, come frequentemente avviene in caso di grave malattia, ma è necessario che lo stato psicofisico del soggetto sia in quel momento tale da sopprimere l'attitudine a determinarsi coscientemente e liberamente»; Di parere diverso, A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., p. 118, nella parte in cui osserva che l'autentica novità della codificazione del 1942 vuole «imporre al giudice il compito di deliberare non più sulla natura e sulla gravità dell'infermità mentale, ma sui rapporti tra essa e il processo volitivo dell'atto, sicché, fermo restando che una patologia idonea a consentire l'interdizione determina l'incapacità di intendere e volere del testatore, l'annullamento del testamento sarà possibile anche per cause da essa diverse, nella misura in cui si accerti la loro idoneità ad escludere totalmente la capacità di discernimento del de cuius».

288 A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 189 e ss.

289 G. BRANCA, art. 601 c.c., in CIAN - TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM 2004, 2008; D. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 166, nella parte in cui sottolinea che «la materia successoria è governata non solo dal principio della libera autodeterminazione del de cuius, che, così come non ammette alcun tipo di costrizione, fino al punto che viene ripudiata per il testamento la regola della irrevocabilità degli atti negoziali, e altresì dall'esigenza di impedire che l'eredità non venga devoluta al di fuori di quella categoria di successibili che sono ricompresi all'interno della cerchia familiare e prende il nome di eredi legittimi, al cui interno si colloca, in ulteriore posizione di preminenza, quella dei legittimari».

proprio con riferimento a tale volontà che il divieto di rappresentanza rispetto all'atto del testamento diventa comune per tutte le forme testamentarie, così come si cercherà di argomentare di seguito.

6.1.1 *Il testamento olografo.*

Venendo a considerare il testamento olografo, si nota subito come il legislatore abbia voluto evidenziare la natura personale di tale forma di testamento. Infatti, l'art. 602 c.c. dispone che: *“il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore”*.

Ne deriva che il requisito della olografia rappresenta lo strumento più diretto per accertare che quel testamento proviene proprio dal soggetto che l'ha redatto²⁹⁰, nonché, considerando anche il requisito dell'integralità (*“deve essere scritto per intero”*), un ostacolo per l'intervento di terzi nella redazione della scrittura. Ciò in quanto, se tali requisiti non operassero in maniera congiunta, l'assenza dell'uno escluderebbe la presenza dell'altro, trattandosi di termini antitetici²⁹¹. Ciò equivale a dire che risulta *“sufficiente la presenza anche di una sola parola scritta dal terzo durante la confezione del testamento, per escludere la olografia”*²⁹². Pertanto, se il testatore non è in grado di scrivere per intero,

290 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 866; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, p. 132 nella parte in cui, in considerazione al testamento olografo, osserva che *«la provenienza “personale” è legata alla olografia della disposizione»*.

291 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 874.

292 Ibidem, p. 874; Si veda anche MUSOLINO, in commento a CASS., 5 agosto 2002, n. 11733, in *Riv. Not.*, 2003, I, p. 245 e ss. nella parte in cui osserva che *«sembra, però, preferibile l'orientamento secondo cui la circostanza che il de*

datare²⁹³ e sottoscrivere, tale forma di testamento sarà a lui preclusa, derivando dalla lettera della norma la chiara e necessaria riconducibilità dell'atto al testatore stesso, negandosi così alcun tipo di margine di rappresentanza per esso, trovando in tale ipotesi applicazione il divieto *ex art. 591 c.c.* su rinvio dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. Il legislatore a riguardo sembra categorico: il testamento olografo è una "scrittura privata" e può essere redatto solo da una persona²⁹⁴. Allineata a tale linea di pensiero risulta essere anche la giurisprudenza²⁹⁵, che nonostante si ponga tollerante sul piano della forma²⁹⁶, si mostra categorica nel precisare

*cuius, al fine di redigere il testamento olografo, abbia fatto ricorso all'aiuto materiale di altra persona che ne abbia sostenuto e guidato materialmente la mano è sufficiente ad escludere il requisito della autografia, a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda testamentaria alla reale volontà del testatore»; CASS., civ., sez. II, 17 marzo 1993, n. 3163, in *Giur., it.*, 1994, I, 1, p. 1956, nella parte in cui osserva che la circostanza che il testatore sia stato sostenuto e guidato nel compimento del testamento esclude il requisito della olografia. Nella motivazione in diritto si legge «nessuna rilevanza ha la circostanza che il contenuto della scheda testamentaria coincidesse con la effettiva volontà del testatore, in quanto la controversia riguarda l'invalidità del testamento per difetto del requisito formale essenziale costituito dalla autografia»; E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 874, nella parte in cui osserva che «in linea di principio pertanto ogni intervento di terzi sulla scrittura esclude l'olografia, indipendentemente dalla entità o dal tipo di intervento».*

293 Riguardo all'indicazione della data è stato fatto notare che la scrittura a stampa delle prime due cifre del numero indicante l'anno non vale ad escludere il requisito dell'olografia della data, se le altre due cifre risultano scritte di pugno dal testatore. Così E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 870.

294 Si veda CASS. Civ. sez. II, 29.4.1991, n. 4749, in *Mass. Giur. It.*, 1991, nella cui massima si osserva che «la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza della dichiarazione da chi l'ha sottoscritta, se colui contro la quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta, ancorché la dichiarazione sia costituita da parti caratterizzate da grafie diverse, sì da apparire predisposta da più persone, ben potendo la scrittura privata essere redatta da soggetto distinto dal sottoscrittore od anche da più soggetti, essendo richiesta l'autografia solo per scritture di natura particolare, come il testamento olografo».

295 Si vedano CASS. Civ. sez. II, 28.1.1987, n. 790, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 826; CASS. Civ. 5.7.1979, n. 3849, in *Mass. Giur. It.* 1979; CASS. Civ., 27.6.1974, n. 1928, in *Gius. Civ.*, 1974, I, 1195; CASS. Civ., 6.4.1962, n. 724, in *Foro It.*, 1962.

296 CASS. Civ. 10.3.1965, n. 394, in *Mass. Giur. I.*, 1965; CASS. CIV. 10.4.1963, n. 920, in *Mass. Giur. It.* 1963.

che il testamento deve risultare attribuibile solo a un unico testatore²⁹⁷. Ecco, perché, sembra difficile che un beneficiario di amministrazione di sostegno, che non sia in grado di rispettare il requisito dell' olografia. La Corte di Cassazione è stata inequivocabile²⁹⁸, precisando che non può ritenersi testamento olografo quel testamento redatto non personalmente, bensì a mezzo dell'intervento di un terzo, in quanto impossibilitato a redigerlo in prima persona. In altre parole, i giudici di legittimità hanno escluso che in questi casi si possa parlare di mera "assistenza" nella redazione dell'atto, osservando che si viene a creare una situazione di vera e propria sostituzione. Va osservato, come sono gli stessi giudici di legittimità²⁹⁹, ad affermare che qualora il terzo si limitasse ad accompagnare la mano del testatore per eliminare scarti e tremolii, il testamento sarebbe valido, purché l'intervento non abbia inciso sulla

297 CASS. civ., 20.7.1979, n.4329, in *Mass. Giur. It.*, 1979; CASS. CIV., 4.7.1953, n. 2100, cit. Ancora, CASS. civ., sez. II, 24.3.2004, n. 5907, in *Guida al diritto* 2004, 19; CASS. civ., sez. II, 17.3.1993, n.3163, in *Mass. Giur. It.* 1993. In particolare i giudici di legittimità hanno precisato che «qualora il de cuius per redigere il testamento olografo abbia fatto ricorso all'aiuto materiale di altra persona che ne abbia sostenuto e guidato la mano nel compimento di tale operazione, tale circostanza è sufficiente ad escludere il requisito della autografia, a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda testamentaria alla reale volontà del testatore».

298; Cass., 17 marzo, 1993, n. 3163, cit.; Recentemente si veda anche MUSOLINO, in commento a CASS. 5 agosto 2002, cit., p. 245, nonché CASS. civ., sez. II, 7.7.2004, n. 12458, in *Guida al diritto*, 2004, nella parte in cui si precisa che «ove il testatore, a causa del suo stato di salute o per carenza di istruzione, rediga il testamento olografo con l'aiuto di altra persona che gli guida la mano, e che, pertanto, indubbiamente collabora alla materiale compilazione del documento, quanto meno sorreggendo la penna e contribuendo alla formulazione delle lettere, la circostanza comporta la mancanza dell'autografia, elemento indispensabile per la validità del testamento olografo, nel quale si richiede che data, testo dell'atto e sottoscrizione provengano esclusivamente dal testatore a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda testamentaria alla reale volontà del testatore».

299 Cass.civ., sez II, 7.1.1992, n. 32, in *Giur. It.* 1992, I, 1,1470. La questione sottoposta alla Corte riguardava l'intervento di un terzo che si era limitato nel sorreggere la mano del testatore per vergare la data con maggior chiarezza al fine di eliminare scarti e tremolii. In particolare la Corte ha osservato che il testamento olografo è da ritenersi valido nell'ipotesi in cui l'intervento del terzo si sia limitato ad una «materiale collaborazione alla redazione dell'atto, tale da non eliminare il carattere di stretta personalità dello scritto e di abitualità della grafia».

formazione della volontà del testatore³⁰⁰. Proprio alla luce di tale pronuncia sembra aprirsi un varco sull'ammissibilità di un'attività assistenziale del legale rappresentante del soggetto debole, incluso l'amministratore di sostegno. Si osserva come la giurisprudenza di merito, anche se con un'isolata sentenza, ha assunto un orientamento opposto, legittimando l'amministratore di sostegno a redigere il testamento olografo del beneficiario impossibilitato a esternare verbalmente la sua ultima volontà³⁰¹. Infatti, se si ammettesse la redazione del testamento olografo per interposta persona, si andrebbero a scardinare i pilastri su cui tale forma di testamento si regge: verrebbe meno il requisito dell'olografia, nonché qualunque riferimento al carattere unipersonale e unisoggettivo, così come la volontà del testatore stesso che, come visto, deve esternare una propria volontà che non potrà neppure essere "ricostruita".

300 Si veda recentemente CASS., civ., sez., II, 27 aprile 2009, n. 9905, in *Guida al diritto* 2009, p. 54, nella parte in cui si precisa che «la validità di un testamento olografo non è inficiata dall'eventuale accertamento che in esso vi siano correzioni ad opera di una mano diversa da quella del "de cuius", purché tali correzioni siano inserite in una parte diversa da quella occupata dalla disposizione testamentaria e allorché l'intervento del terzo non interferisca in qualche modo con la volontà di disporre di chi firma la scheda»; CASS., sez., II, 3 novembre 2008, n. 26406, in *Vita not.* 2009, 1, p. 352 nella parte in cui osserva che «il testamento olografo alterato da terzi può conservare il suo valore quando l'alterazione non sia tale da impedire l'individuazione della originaria, genuina volontà che il testatore ha inteso manifestare nella relativa scheda»; TRIBUNALE ASCOLI PICENO 12 marzo 2010 in *www.dejure.it* nella parte in cui si osserva che «qualora il terzo che ha sorretto la mano del testatore nella stesura non abbia aggiunto alcuna parola nel corpo della scheda testamentaria, essendosi limitato a guidare e sostenere la scrittura del "de cuius" con riferimento alle lettere iniziali di alcune parole, deve escludersi che ciò abbia impedito di ricostruire l'autentica volontà del testatore medesimo». Si veda anche E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 876, nella parte in cui osserva che «l'area di liceità dell'intervento di terzi nel rispetto della forma olografa rimane in ogni caso ristretta ad una "attività di assistenza". Si tratta di comportamenti che agevolano "dall'esterno" la scrittura, quali ad esempio l'indicazione delle righe per evitare la sovrapposizione di scritto ad altro scritto, il tener ferma la carta perché il testatore sia agevolato nella stesura e addirittura tener ferma la mano del testatore con un peso o altrimenti perché sia eliminato o attenuato il tremito».

301 TRIB. VARESE, 12.3.2012, in *Fam., pers. e succ.*, 6, 2012, p. 436 e ss.

6.1.2 *Il testamento pubblico.*

Diversamente, il testamento pubblico (art. 603 c.c.), è quell'atto di ultima volontà ricevuto dal notaio in presenza di due testimoni. Infatti, il testatore dichiara al notaio la sua volontà e questi la riporta per iscritto. Ne consegue, che anche in tale tipologia di testamento la volontà del soggetto testatore risulta essere un elemento costitutivo per la medesima. Infatti, come prevede la norma *de qua*, il testatore "... dichiara al notaio la sua volontà..." (art. 603 c.c.). La norma segue prevedendo una serie di ulteriori presupposti, precisando altresì che il notaio³⁰², prima della lettura del contenuto del testamento dovrà, nell'ipotesi in cui il soggetto testatore non fosse in grado di sottoscrivere l'atto, indicare tale impossibilità³⁰³. In altre parole, così disponendo, il legislatore sembra non manifestare alcun tipo di remora riguardo alla facoltà di testare di soggetti che, a causa di alcune menomazioni fisiche, non siano in grado di compiere alcuni atti formali del testamento, dettando una serie di regole di supporto. Allo stesso tempo, però, sembra essere altrettanto fermo nel non ammettere un

302 Si fa rinvio a quanto previsto dalla legge notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89) e dal regolamento notarile (r.d. 10 settembre 1914, n. 1326). Infatti, con riferimento alle varie tipologie di testamento, si dovrà tenere presente sia la normativa codicistica, sia quella dettata dalle norme della legge notarile. In caso di conflitto normativo, si ritiene che la norma speciale (quella de codice) debba prevalere su quella generale (della legge notarile). In tali termini si veda E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 906.

303 Impossibilità che comprende sia il caso di chi non sappia sottoscrivere, ma anche di chi non possa farlo in quanto impossibilitato, se non necessariamente da una vera e propria malattia, «anche da qualsiasi impedimento fisico, anche a carattere temporaneo, e quindi anche di una difficoltà di grafia derivante dall'estrema debolezza in cui il testatore si trovi o dalla sua età avanzata». Così, E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 920. L'a. precisa che «è rimesso al giudice l'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'impedimento a sottoscrivere» (ivi, p. 924).

soggetto a testare laddove non sia in grado di manifestare e dichiarare la sua volontà. Infatti, si esclude che il testatore “*possa limitarsi a semplici risposte monosillabiche a domande rivoltegli dal notaio, dovendo invece, a viva voce esprimere la sua volontà*³⁰⁴”. Del resto, a differenza del testamento olografo, quello pubblico è “*necessariamente orale*³⁰⁵”. Nel caso in cui si trattasse di un soggetto non capace di autodeterminarsi, sembra difficile, anche per tale tipologia di testamento, ricorrere al criterio della ricostruzione della volontà. Ciò, in considerazione anche della duplice attività cui è chiamato il notaio a fronte di un testamento pubblico: non solo di ricezione della volontà del soggetto, ma anche di interpretazione della volontà dello stesso³⁰⁶. A tale conclusione si giunge non solo leggendo l’art. 603, 2 co., c.c., ma anche l’art. 47, 2° co., l. notarile per il quale “*il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell’atto*”.

Orbene, se si ammettesse la redazione del testamento pubblico per interposta persona, il notaio si troverebbe, non solo a violare le regole del suo operato, bensì, e per assurdo, di fronte all’arduo compito di ricevere una volontà ricostruita e di doverla interpretare alla luce di quanto

304 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 908.

305 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 907- 908, nella parte in cui osserva che nel testamento olografo «*le parti si esprimono parlando: orale è la forma del negozio, grafica quella della dichiarazione narrativa del notaio*». E pertanto, sono vietati altri mezzi di manifestazione della volontà testamentaria, essendo questa, «*per sua natura un mezzo essenzialmente linguistico di espressione*».

306 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, cit., p. 908-909. G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all’amministrazione*, cit., p. 368 nella parte in cui ritiene che il notaio deve «*quanto meno porsi il problema della verifica della capacità naturale, di fronte a un testatore beneficiario di amministrazione di sostegno*».

avrebbe disposto il soggetto della cui volontà viene data manifestazione a mezzo del suo amministratore.

6.1.3 *Il testamento segreto.*

Il terzo tipo di testamento è quello segreto (art. 604 c.c.), la cui natura può ritenersi “ibrida” dato che si colloca in una posizione intermedia rispetto alle altre forme ordinarie del testamento olografo e di quello pubblico³⁰⁷. Può essere scritto dal testatore o da un terzo e consegnato a un notaio nel rispetto di una particolare serie di formalità. Se scritto dal testatore, l'atto deve essere da lui firmato alla fine delle disposizioni; se, invece, è redatto in tutto o in parte da altri, o con mezzi meccanici, l'atto deve portare la sottoscrizione del testatore su tutti i fogli.

In riferimento alla trattazione in esame, non sembrano esserci dubbi nel ritenere legittimato a redigere tale tipo di testamento anche il beneficiario di amministrazione di sostegno, sempre laddove sia in grado di autodeterminarsi e sempre che non sia colpito da determinate impossibilità fisiche. Infatti, ad esempio, per quanto riguarda la persona non vedente, l'ultimo comma dell'art.604 c.c. nega allo stesso la possibilità di redigere questo tipo di atto, affermando che “*chi non sa o non può leggere non può fare testamento segreto*”. Questa preclusione è confermata dall'art. 2

307 E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, vol.I, Padova, 1994, p. 926; A. GENOVESE, *Il testamento segreto*, cit., pp. 1367-1368.

della legge n. 18 del 3/2/1975, "Provvedimenti in favore dei ciechi"³⁰⁸, che richiama espressamente l'art. 604, ul. co. c.c.

Va osservato che, anche riguardo a tale tipo di testamento, il legislatore sembra dettare dei criteri impeditivi alla sua redazione tramite rappresentante. Il legislatore, infatti, ammette la validità del testamento fatto sotto dettatura del soggetto interessato e successivamente da questi sottoscritto e consegnato ad un notaio secondo le forme previste dalla norma³⁰⁹. Nel caso di impossibilità a sottoscrivere il soggetto interessato ne dovrà fare espressa menzione. In altre parole, il legislatore, pur ammettendo l'intervento di terzi, appare irremovibile sul fatto che la disposizione di ultima volontà deve risultare direttamente riconducibile al testatore.

In conclusione, il testatore e beneficiario di amministrazione di sostegno che non sia pienamente in grado di esternare una lucida e consapevole volontà in tale direzione o che presenti certe patologie fisiche (cecità) non potrà redigere testamento segreto nè personalmente, nè a mezzo dell'assistenza del proprio amministratore, nei termini descritti. Ne consegue che tale legittimazione non potrà essere riconosciuta neppure ricorrendo al criterio della ricostruzione della volontà. Ciò in quanto

308 La firma apposta su qualsiasi atto, senza alcuna assistenza, dalla persona affetta da cecità, è vincolante ai fini delle obbligazioni e delle responsabilità connesse, resta ferma il divieto di cui all' articolo 604, ultimo comma, c.c.

309 Sul punto è stato osservato che il carattere personalissimo non verrebbe compromesso nemmeno laddove a dettare fosse un terzo. Ciò in quanto non sembrerebbero esserci dubbi nel ritenere che «*le indicazioni provenienti dal terzo e riprodotte nella scheda vengono a formare, dopo che su di essa sia stata apposta la firma dell'ereditando, il contenuto di una manifestazione di volontà a quest'ultimo imputabile*». Si veda S. DELLE MONACHE, *Testamento-disposizioni generali- artt.587-590*, cit., p. 76.

risulterebbe una soluzione troppo artificiosa e incompatibile con le regole tese a salvaguardare il ruolo primario della volontà del testatore.

6.1.4 *I testamenti speciali.*

Esaurita la parte riferita ai trattamenti “ordinari”, appare utile, per completezza argomentativa, analizzare anche le figure dei testamenti speciali *ex art. 609 e ss. c.c.* In realtà, le conclusioni appaiono del tutto simili a quelle raggiunte analizzando le figure ordinarie di testamento. Il legislatore rimanere irremovibile sulla necessaria riconducibilità delle dichiarazioni testamentarie alla volontà del testatore stesso. È vero che la norma precisa che il testamento sarà pur sempre valido se ricevuto da una serie di soggetti (notaio, sindaco) laddove il testatore si trovasse, ad esempio, in luogo dominato da una malattia contagiosa o per cause di pubblica calamità o di infortunio, senza indicare né il modo attraverso cui tale ricezione deve avvenire né la tipologia di infortunio di cui deve essere affetto il testatore; nonostante ciò, tuttavia, sembra potersi comunque negare, anche per tali forme di testamento, la possibilità di assoggettare la volontà del testatore a strumenti rappresentativi.

6.2 *L'accettazione e la rinuncia dell'eredità del beneficiario di amministrazione di sostegno.*

Quanto al momento dell'accettazione dell'eredità, la legge sembra non negare al beneficiario di amministrazione di sostegno (o all'amministratore se rivestito di tale potere *ex art.* 405 c.c.) tale capacità. Sul punto, però, la dottrina non appare unanime. Una parte osserva³¹⁰ che, a fronte del silenzio della l. 6/2004, il beneficiario di amministrazione di sostegno è sottoposto, di norma, alle regole comuni, sicché potrà liberamente decidere di accettare l'eredità puramente e semplicemente, o con il beneficio di inventario; un'altra parte³¹¹ osserva che in caso di silenzio del decreto *ex art.* 405 c.c. e dato che la L. 6/2004 nulla dispone a riguardo, il soggetto beneficiario non potrebbe accettare l'eredità, almeno non in maniera autonoma, bensì previa autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 374 c.c.

Entrambi gli orientamenti, però, concordano nel ritenere che l'accettazione dovrà avvenire, come per il soggetto inabilitato e interdetto, con beneficio di inventario solo laddove questo sia stato disposto dal giudice a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. con rinvio agli artt.

310 M. MORETTI, *Capacità di testare e ricevere per testamento*, in *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 95, nella parte in cui osserva che «nulla dispone la legge 6/2004 con la conseguenza che si dovrebbe propendere per il riconoscimento di una piena libertà di accettazione pura, salvo il decreto istitutivo non disponga diversamente».

311 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno*, cit., 130; Si veda anche F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 228 nella parte in cui osserva che «quanto all'accettazione dell'eredità, anche per questo aspetto si segnala la necessità che il decreto di nomina preveda apposite disposizioni al riguardo, atteso che il sottoposto ad amministrazione di sostegno non rientra nel novero di coloro per i quali la legge dispone che l'accettazione debba avvenire esclusivamente con il beneficio dell'inventario (artt. 471, 472, 489 c.c.)».

471 e 472 c.c.³¹² Si ritiene maggiormente condivisibile la considerazione secondo cui laddove il giudice tutelare nulla avesse disposto in merito, il beneficiario abbia la possibilità di accettare puramente e semplicemente l'eredità e ciò per preservare la sua capacità di autodeterminazione, nonostante si ritenga preferibile il beneficio di inventario³¹³. Ciò, in quanto, la finalità protettiva che è alla base di tale tipologia di accettazione³¹⁴ (ossia comportare una responsabilità limitata per i debiti ereditari, a maggior ragione in ipotesi di soggetti incapaci o limitatamente capaci) è la stessa che contraddistingue anche la misura dell'amministrazione di sostegno.

312 Sul punto si veda P. LOREFICE, *L'accettazione con beneficio di inventario*, in P. Rescigno, *Successioni e donazioni*, vol. I, 1994, p. 287; Parente, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, p. 716, nella parte in cui osserva che laddove il giudice nulla dispone a riguardo beneficiario potrà «accettare le chiamate ereditarie a lui rivolte, senza necessità di preventiva autorizzazione giudiziale e con la libera opzione tra la modalità di accettazione pura e semplice e quella con il beneficio di inventario». È stato, altresì, evidenziato che «ove sia stabilito nel decreto, che le eredità devolute al beneficiario di amministrazione di sostegno, debbono essere accettate, in nome di lui, dall'amministratore di sostegno, autorizzato ex art. 374, n. 3, cod. civ., questi sarà tenuto, ex art. 471 cod. civ., a manifestare l'accettazione con beneficio di inventario». Così, G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, cit., p. 1649. In giurisprudenza si veda TRIB. ROMA, 10 febbraio 2005, in *www.filodiritto.com*, richiamata anche da G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 368. In tale situazione il giudice ha chiaramente precisato che il dovere di proteggere «il patrimonio dell'erede incapace, trattandosi di interesse tutelato dalle norme imperative che vietano di accettare puramente e semplicemente le eredità devolute a minori, interdetti, emancipati ed inabilitati (artt. 471 e 472 c.c.) e subordinano l'accettazione con beneficio di inventario ad autorizzazione giudiziale (artt. 321, 374, 394 c.c.); in applicazione dell'art. 411, 4° co., c.c. va dunque disposto che venga estesa all'interessata l'applicazione delle norme sopra indicate».

313 M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni*, in *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 95; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 228 nella parte in cui osserva che «peraltro la previsione di apposite prescrizioni in tal senso appare senz'altro raccomandabile, qualora risulti un'attenuata capacità di autodeterminazione del soggetto, soprattutto ad evitare gli effetti di accettazioni "tacite" o conseguenti al decorso del termine per la redazione dell'inventario...»; G. BONILINI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., p. 445.

314 P. LOREFICE, *L'accettazione con beneficio di inventario*, cit., p. 270.

Per ultimo, per quanto riguarda l'atto di rinuncia all'eredità, non sembrano esserci dubbi ad attribuire all'amministratore di sostegno un simile potere. Infatti, l'art. 374 c.c. dispone che il giudice tutelare può autorizzare il tutore a rinunciare l'eredità, manifestando tale volontà per conto del proprio assistito. Ciò non solo perché è la stessa giurisprudenza a confermare la legittimazione dell'amministratore di sostegno riguardo all'atto di rinuncia all'eredità del proprio assistito³¹⁵, bensì anche perché è la stessa normativa sull'amministrazione di sostegno a prevedere tale possibilità. Infatti, l'art. 411, 1° co., c.c. precisa che tra le disposizioni che possono applicarsi all'amministratore di sostegno vi è anche l'art. 374 c.c. Pertanto, se l'art. 374 c.c. dispone che il giudice tutelare può autorizzare il tutore a rinunciare all'eredità, manifestando tale volontà per conto del proprio assistito, nessun dubbio può essere sollevato riguardo al riconoscimento di un simile potere in capo all'amministratore di sostegno.

6.3 *La (in)capacità a succedere dell'amministratore di sostegno.*

La presenza del terzo e, pertanto, anche dell'amministratore di sostegno, viene in rilievo anche in relazione alla c.d. capacità di ricevere per testamento. Si tratta di singoli casi previsti dalla legge in considerazione dell'assoluta inopportunità che alcuni soggetti siano destinatari di liberalità testamentarie. Si pensi al tutore o al protutore rispetto al testamento del soggetto affidato alle loro cure (art. 596 cod.civ.),

315 TRIB. MODENA, 11 ottobre 2007, in www.giurisprudenzamodenese.it

al notaio (che a maggior ragione non potrà rivestire la qualifica di amministratore di sostegno), ai testimoni e all'interprete (art. 597 cod.civ.), a colui che ha scritto o ricevuto il testamento segreto (art. 598 cod.civ.) e alle persone eventualmente interposte per superare i detti divieti (art. 599 cod.civ.).

La *ratio* di tali divieti non è di carattere sanzionatorio, bensì volta a proteggere la volontà testamentaria. Infatti, si vuole evitare che possano ricevere per testamento, anche per interposta persona, soggetti che per il loro ruolo si trovano in condizione di influenzare o manipolare la volontà del testatore a proprio profitto, evitando che il particolare rapporto che lega l'interessato con il proprio legale rappresentante possa influire sulla libertà del disponente³¹⁶. Tale divieto opera anche nel caso in cui la

316 M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni*, in *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 94; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, in P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 789, nella parte in cui osserva che tali divieti sono dettati «per ragioni evidenti di tutela della libera determinazione della volontà testamentaria»; G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, in *Riv., not.*, 2006, 06, p. 1485 e ss nella parte in cui osserva che la capacità d'agire del rappresentante legale «può essere definita come "speciale" in quanto attiene esclusivamente al rapporto soggettivo con l'interdetto, concerne singole categorie negoziali nelle quali deve essere imprescindibilmente coinvolto il soggetto incapace. L'ordinamento non si preoccupa di proteggere tale soggetto: gli vieta di compiere determinati atti che coinvolgano anche l'incapace rappresentato» e nella parte in cui precisa che «la norma sembra essere stata dettata nel timore che il tutore si avvalga della sua influenza per ottenere dal suo amministrato benefici testamentari». In particolare, va evidenziato come l'autore citato sembrerebbe, in un primo momento, sostenere che da tale divieto consegue un'incapacità "speciale" in capo al legale rappresentante e non, invece, come ritengono altri orientamenti, un'incapacità giuridica relativa o un difetto di legittimazione, per poi, invece, ritenere che appaia maggiormente coerente parlare di "divieti". A riguardo, si ritiene maggiormente condivisibile quella tesi dottrinale (B. BIONDI, *Le donazioni*, in Vassalli, *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da), XII, Torino, 1961, p. 187) che considerano più consona parlare di "divieti", in quanto «la incapacità si fonda su particolari situazioni psichiche della persona», mentre «soltanto ragioni di opportunità o politico-sociali, suggeriscono al legislatore tali divieti». C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 187 nella parte in cui osserva che «le persone riguardo alle quali opera il divieto sono individuate in relazione alla loro partecipazione al procedimento di confezione di talune forme testamentarie; i divieti sono sorretti dalla medesima ratio di

disposizione testamentaria fosse attribuita per interposta persona (art. 599 c.c.). In tal caso si dovrà far valere l'interposizione (salvo il caso in cui venga in essere la sua presunzione ai sensi del 2° comma della medesima norma) e quindi ottenere che la disposizione fosse effettivamente destinata a favore del soggetto nei cui riguardi esisteva il divieto di legge³¹⁷. Riguardo, invece, la figura amministratore di sostegno, l'art. 411, 2 e 3 co., c.c. dispone che si applicano al beneficiario di amministrazione di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per i soggetti interdetti legali e giudiziali quando, essendo stata revocata l'interdizione e, contemporaneamente, cessata la tutela, l'ex interdetto ha riacquisito la capacità di testare, ma sussiste ancora una pendenza contabile con il tutore. Le disposizioni sono quelle ex art. 596 c.c. (nullità delle disposizioni testamentarie in favore del tutore, fatte dopo la sua nomina e prima dell'approvazione del conto) che non sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore, 599 c.c. (persone interposte) e 779 c.c. (nullità della donazione a favore del tutore anche se fatta per interposta persona, così come si rileva dall'art. 599 c.c.), sia essa a titolo particolare o a titolo universale³¹⁸. Da notare, però, che l'amministratore di sostegno gode di una maggior "benevolenza"³¹⁹. Infatti, può essere destinatario di

tutela della libera determinazione volitiva del testatore». A tutela della libera formazione della volontà testamentaria, si veda G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 366.

317 C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 191

318 G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, cit..

319 In tali termini, M. MORETTI, *Disposizioni a causa di morte e donazioni*, in *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., p. 94; Si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 791-792 nella parte in cui osserva l'ampliamento da parte del legislatore «del novero degli amministratori di sostegno che possono ricevere per testamento». Sul punto, in relazione alla finalità protettiva

disposizioni testamentarie e convenzioni laddove sia parente entro il 4° grado del beneficiario, ovvero sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente e tale convivenza sia già in corso e non sia iniziata in un momento successivo al fine di aggirare il suddetto divieto³²⁰. In tali ipotesi, è stato sostenuto che il timore che la volontà del beneficiario possa essere “manomessa” dal soggetto che ne ha la cura “viene superato dal vincolo affettivo particolare che lega i soggetti coinvolti³²¹”. Sul punto, si ritiene sia maggiormente condivisibile l’orientamento dottrinale opposto, teso a sostenere che “proprio il vincolo affettivo che lega i soggetti dovrebbe risultare un’aggravante che aumenta il pericolo di influenza sul soggetto debole³²²”.

6.4 La donazione: aspetti generali.

Nel presente paragrafo si analizzerà la posizione del beneficiario di amministrazione di sostegno in relazione all’atto di donazione³²³ per

dell’accettazione con beneficio di inventario, già nei confronti dei soggetti interdetti, si veda PANDOLFELLI G. – SCARPELLO G. –STELLA RICHTER M. –DALLARI G., *Codice civile, libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 49.

320 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno*, cit., 128. Sul punto è stato fatto notare che ciò vale solo «se l’incarico gli è stato conferito proprio in virtù della sua convivenza: non sfuggirà quindi al divieto qualora la scelta sia stata operata per altra ragione e la convivenza sia iniziata in un momento successivo, sempre che non si tratti di soggetto per altri motivi compreso nell’elenco».

321 G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, cit.

322 L. BIGLIAZZI GERI, *La vocazione testamentaria*, cit., p. 70, nella parte in cui evidenzia che «proprio il vincolo affettivo che lega i soggetti dovrebbe risultare un’aggravante che aumenta il pericolo di influenza sul soggetto debole».

323 Non si affronterà la figura della donazione mortis causa, ossia quel particolare tipo di donazione i cui effetti decorrono con la morte del donante, in quanto, si ritiene, come osservato in dottrina che tale tipo di donazione finisce per «apparire solo come un’alternativa al testamento e, anzi, ad un certo punto, si confonde con esso». Così, L.

capire quale spazio di autonomia possa essere riconosciuto all'amministratore di sostegno in relazione a tale atto. A tal fine, appare preliminare analizzare generalmente l'istituto *de quo*, per porre l'attenzione su alcuni dei suoi aspetti essenziali. La suddetta analisi appare del tutto attuale e necessaria dato che *“la prassi giurisprudenziale registra un abbondante numero di sentenze pronunciate su domanda degli eredi di un donante...al fine di sentire pronunciare l'annullamento dell'atto di liberalità per incapacità³²⁴”* del disponente. Pertanto, appare essenziale cercare di fare chiarezza sulla capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno, da solo o assistito dal suo amministratore, per fornire una *“... garanzia...che la donazione...non venga poi impugnata, con indubbi benefici in termini di stabilità dell'attribuzione³²⁵”*.

La donazione è il contratto³²⁶ col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione (art. 769 c.c.). In particolare, la donazione è un negozio solenne: infatti, deve essere realizzata per atto

FEOLA, *La donazione mortis causa*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), VI, cit., p. 215.

324 L. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 161.

325 In tali termini, L. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 161 e p. 164 nella parte in cui sostiene che *«se dunque si restituisse all'amministrazione di sostegno quell'ampio ruolo di "ausilio", sotto il controllo giudiziario, degli atti negoziali che la persona affetta da menomazione fisica o psichica sembra assegnargli, non pare che ci potrebbero essere ostacoli alla proposizione di un ricorso per nomina di un amministratore di sostegno da parte del soggetto che sia determinato a donare, al fine di assicurare al donatario che l'atto posto in essere non possa essere successivamente impugnato per vizio di mente»*.

326 Per un quadro generale riguardo al riconoscimento della natura contrattuale della donazione, si veda A. NATALE, *Il donante*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, VI, (diretto da), Giuffrè, 2009, p. 257 e ss.

pubblico³²⁷. Tale atto è caratterizzato dalla presenza di determinati elementi che vanno individuati nello spirito di liberalità del donante e nell'arricchimento del donatario. In altre parole, la donazione comporta l'incremento del patrimonio del donatario in conseguenza del correlativo depauperamento del (consapevole) donante³²⁸ (c.d. *animus donandi*).

Per quanto riguarda la capacità di donare, è necessario che il donante abbia la "*piena capacità di disporre dei propri beni*". In tali termini, infatti, dispone l'art. 774 c.c., per il quale non possono validamente donare i minori e gli inabilitati (con l'eccezione prevista dallo stesso art. 774 c.c. relativa alle c.d. donazioni effettuate nel contratto di matrimonio), nonché i soggetti interdetti; mentre se la donazione è fatta da persone incapaci d'intendere o di volere³²⁹ (art. 775 c.c.) al momento del compimento dell'atto, questa può essere annullata entro cinque anni dal giorno in cui la donazione è stata fatta. Riguardo al soggetto inabilitato, va evidenziato, però, che l'art. 776 c.c. precisa che la donazione fatta dall'inabilitato può essere annullata dopo che sia iniziato il giudizio di inabilitazione³³⁰.

327 Unica eccezione alla solennità della forma è prevista per le donazioni di modico valore o manuali, ove a tale requisito si sostituisce la trasmissione materiale del possesso attraverso la consegna.

328 A. PALAZZO, *Le donazioni*, in Schlesinger, *Cod., civ., comm.*, (diretto da), Milano, 1991, p. 5 e ss; G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), VI, cit., p. 19.

329 Sul punto, precisando che «*resta comunque, il problema dell'incapacità naturale, con conseguente necessità per il notaio, quanto meno di porsi il problema della verifica della capacità di donare, di fronte a un donatore al quale sia stato nominato un amministratore di sostegno, anche se la donazione non esclusa nel decreto di nomina*», si veda G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 364.

330 Sul punto, la Corte di legittimità è intervenuta chiarendo che «non possono equipararsi l'inabilitato e colui nei cui confronti sia stato soltanto promosso il giudizio di inabilitazione anteriormente al compimento dell'atto impugnato». Ciò in quanto, per "inabilitato" deve intendersi solo colui che è stato dichiarato tale con sentenza, come risulta dalla ratio sottesa alla norma (e all'intero istituto della donazione), ossia tutelare gli interessi del

Ne consegue che, il ristretto ambito concesso al soggetto inabilitato per poter validamente donare, nonché l'uso della poco chiara espressione "non possono validamente donare coloro che non hanno la piena capacità di disporre"³³¹, ha portato la dottrina a interrogarsi se anche il beneficiario di amministrazione di sostegno debba considerarsi "non pienamente capace di disporre" ai sensi dell'art. 774 c.c. o se, al contrario, possa ammettersi la sua capacità di donare.

Ovviamente, la questione sorge quando il giudice tutelare si è espresso nel decreto in maniera generica, ad esempio, precisando solamente "il beneficiario non può alienare..." o non esprimendo nessuna determinazione circa la capacità di donare del beneficiario. Nel primo caso, ossia quando il giudice tutelare utilizza espressioni troppo generiche, si ritiene che per effetto dell'ultimo comma *ex art. 411 c.c.* possa essere estesa al beneficiario la stessa normativa prevista per i soggetti interdetti o inabilitati, come ad esempio quella contenuta negli art. 776 c.c. e 777 c.c. Pertanto, il giudice tutelare può stabilire che il beneficiario di

donante (e dei suoi eredi e aventi causa), di cui sia stata accertata e dichiarata giudizialmente con la pronuncia di inabilitazione la parziale incapacità di provvedere alla cura dei propri interessi. Si veda CASS., civ., 5 novembre 1990, n. 10605, in *www.dejure.it* e in *Mass. Giust. Civ.*, 1990, fasc. 11.

331 Sul significato di "capacità di disporre" si veda A. NATALE, *Il donante*, cit., 258, 259, 260. L'a. osserva come riguardo al significato di tale espressione la dottrina si sia interrogata se considerare o meno la capacità di disporre un *quid pluris* rispetto alla capacità d'agire, tradizionalmente intesa. L'a. sembra aderire all'orientamento che opina che a mezzo di tale espressione il legislatore abbia voluto solo specificare il concetto di capacità d'agire. In altre parole, la capacità di disporre sembrerebbe «una specificazione della capacità d'agire, richiesta per quegli atti di particolare peso e importanza economica; per contro, sarà incapace di disporre colui che-secondo una valutazione del legislatore-venga considerato non idoneo a compiere negozi di tale gravità, che determinano la diminuzione del proprio patrimonio, che porterebbero l'incapace alla rovina economica perché effettuati senza la maturità o il discernimento occorrente» (ivi, p. 260).

amministrazione di sostegno possa donare o no, oppure possa farlo solo per determinati beni e/o a determinate condizioni.

Il problema aumenta quando nulla è detto nel decreto. Una parte della dottrina ritiene³³² che, in linea di principio, tale facoltà non è preclusa al beneficiario di amministrazione di sostegno³³³. Secondo tale orientamento, fatto salvo che si debba trattare di un soggetto di maggiore di età³³⁴, non si può considerare il beneficiario di amministrazione di sostegno incapace di donare, almeno non in termini automatici come avviene, invece in relazione all'interdetto e all'inabilitato³³⁵. Non mancano, però, voci contrarie³³⁶ e tese a sostenere l'opposta conclusione

332 G. BONILINI, *L'invalidità degli atti posti in essere in violazione di disposizioni di legge o del giudice*, in G. Bonilini – A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, cit. p. 258 ed in G. BONILINI, *Amministrazione di sostegno e successione mortis causa*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), I, cit., p. 1649-1650.

333 L. FEOLA, *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, cit., p. 166, nella parte in cui ritiene che «di primo acchito e prescindendo da altre considerazioni, non sembra vi siano ostacoli», nonché nella parte in cui opina che «è lo stesso ordinamento che impedisce di ritenere che il testamento, diversamente che per la donazione, sia concepibile l'intervento di un soggetto con funzione di coadiutore o rappresentante del disponente, con funzione di integrarne gli eventuali vizi di capacità» (ivi, p. 166). L'a. ritiene che la ratio possibilità di legittimare un intervento del terzo nell'atto di donazione sia di natura anche storica, ossia nel processo di "contrattualizzazione" che ha caratterizzato l'istituto della donazione. Infatti, precisa che «nella vigenza del codice civile del 1865, infatti, si escludeva che la donazione fosse un contratto, ritenendosi corretta l'assimilazione al testamento» (ivi, p. 167).

334 U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in P. Rescigno, *Trattato di dir. Priv.* (dir. da), 6, Successioni, Tomo II, 2, Ed. torino, 1997, p. 510 nella parte in cui osserva che «con la sua formula inutilmente elaborata l'art. 774 c.c. vuole dunque dire che solo i maggiori di età possono compiere donazioni»; A. NATALE, *Il donante*, cit., p. 261 nella parte in cui precisa che «si è evidenziato, anzitutto, come la formula sia inutilmente elaborata, volendo il legislatore intendere che-salvo limitate eccezioni-solo i maggiori di età possano compiere validamente donazioni».

335 B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 198; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in P. Rescigno, *Tratt., dir. privato*, (diretto da), 6, Torino, 1982, p. 433.

336 P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2004, p. 665 ss. Viene evidenziato come le uniche eccezioni al divieto ex art. 774 c.c. sono quelle concesse in favore del minore e del soggetto inabilitato (artt 165c.c. E 166 c.c.) per quanto riguarda le donazioni fatte nel contratto di matrimonio e debitamente assistiti. Anche al minore emancipato, non autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, non è concessa la capacità di donare ai ex art. 397, 3 comma c.c e 774, 2 comma c.c; E. CALÒ, *Lo statuto del*

proprio con riferimento al disposto dell'art. 774 c.c. e al divieto di donare, ivi contenuto, per coloro che non hanno la "piena capacità" di disporre dei propri beni. In altri termini, essendo il beneficiario di amministrazione di sostegno un soggetto "diversamente capace", lo stesso, per tale motivo, dovrebbe essere annoverato tra i soggetti incapaci di donare di cui all'art. 774 c.c., ammettendo un'eccezione laddove fosse esplicitamente abilitato a donare oppure laddove si riscontrasse una capacità concorrente con quella dell'amministratore³³⁷ o in ipotesi di donazione disposta a favore dell'amministratore che sia coniuge, convivente stabile, parente entro il 4 grado data la natura di *lex specialis*³³⁸ del 3° comma dell'art. 411 c.c. o

*beneficiario, in amministrazione di sostegno, cit., 129 nella parte in cui osserva che «con l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, questa norma è diventata quanto mai utile ed opportuna, in quanto costituisce una valida base normativa per considerare che il beneficiario sia da ammettere fra gli incapaci a donare» e nella parte in cui precisa che la formulazione dell'art. 774 c.c. «è talmente icastica da non dare luogo a diverse letture» (ivi, p. 129). L'a. evidenzia, altresì, come il termine "convenzioni" contenuto nell'art. 774, 2° comma c.c., richiami più una fattispecie di natura contrattuale onerosa che non liberale. Ancora, condividono l'incapacità a donare del beneficiario anche A. TORRENTE, *La donazione*, in A. Cicu - F. Messineo, *Trattato*, Giuffrè, 1956, p. 306, nella parte in cui sostiene che il divieto ex art. 774 c.c. deve essere letto sempre all'interno di un'ottica assistenziale per il soggetto debole, considerando che si tratta comunque di un atto che crea un immediato depauperamento del suo patrimonio; G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno, cit., p. 217.**

Più cauto S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale, cit., p. 55, nella parte in cui osserva che solo l'analisi del caso potrà portare il giudice tutelare a vietare o meno al soggetto il compimento dell'atto di liberalità.*

337 In termini non equivocabili sul punto, E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno, cit., p. 130 nella parte in cui osserva che «beninteso, nel caso di rappresentanza concorrente, non si rientra fra i soggetti privi della piena capacità d'agire e quindi si ha capacità di donare»; G. Salito, *Amministrazione di sostegno: appunti per un notaio, cit., nella parte in cui osserva che «il beneficiario, sottoposto ad amministrazione di sostegno, di conseguenza, qualora non abbia la piena capacità di disporre dei propri beni, non potrà porre in essere atti di liberalità».**

338 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno, cit., p. 130 F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia, cit.; G. SALITO, *Amministrazione di sostegno: appunti per un notaio* (a cura di G. Salito - P. Matera), in *www.personaedanno.it*, nella parte in cui ritiene che il 3° comma dell'art. 411 c.c. «sembra piuttosto operare come *lex specialis*».**

anche in ipotesi di donazione fatta nel suo contratto di matrimonio³³⁹ (ex art. 166 c.c.). In proposito, si ritiene che il disposto ex art. 774 c.c. non sembra possa legittimare un'interpretazione restrittiva della norma, come riferibile ai soli soggetti interdetti, inabilitati o minori³⁴⁰. A riguardo si ritiene di aderire al parere di chi³⁴¹ osserva che «*non sembra condivisibile l'impostazione che qualifica il 3 comma della disposizione in esame quale lex specialis, tale da incidere anche sull'incapacità del beneficiario*», precisando anche che «*il comma in esame è strettamente legato sul rapporto soggettivo che intercorre tra le persone coinvolte nell'amministrazione di sostegno... e non altera la capacità del beneficiario*», non facendo, peraltro, rinvio all'art. 774 c.c.

Ciò significa che una parte della dottrina³⁴², in virtù del divieto ex art. 774 c.c., ammette una donazione solo nelle suddette ipotesi, considerando il beneficiario un soggetto con limitata capacità di disporre; altra dottrina, maggiormente condivisibile, invece, ai sensi degli artt. 409 c.c. e 411, 2° comma c.c. (che prevede un divieto di donare solo per il soggetto interdetto e inabilitato), ritiene che, salva l'ipotesi in cui sia il giudice a stabilire l'applicazione del divieto ex art. 774 c.c. a mezzo dell'ultimo

339 S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 55.

340 A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 322; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 130.

341 G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, cit., P. 1485 e ss.,

342 E. CALÒ, *Lo statuto del beneficiario, in amministrazione di sostegno*, cit., pp. 129-130; F. ANELLI, *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., p. 227 nella parte in cui osserva che «*sembra, pertanto, che essendo il beneficiario di amministrazione di sostegno privato, almeno parzialmente, della capacità, ad esso possa essere applicata tale disposizione anche in assenza di una specifica (e pur auspicabile) precisazione in tal senso contenuta nel decreto istitutivo dell'amministrazione di sostegno*».

comma dell'art. 411 c.c.³⁴³, non abbia senso considerare il beneficiario incapace a donare.

Secondo un'altra tesi intermedia, però, si ritiene il beneficiario di amministrazione di sostegno capace di donare solo in caso di capacità concorrente.

Ancora, nel caso in cui il giudice utilizzasse espressioni generiche, quali ad esempio "non può compiere atti di disposizione del proprio patrimonio", si ritiene condivisibile l'orientamento di chi osserva che in tal caso si deve considerare vietato anche l'atto di donazione, essendo un atto dal quale si realizza un depauperamento del patrimonio del donante senza corrispettivo³⁴⁴, a meno che il giudice non abbia esteso il divieto solo ad alcuni cespiti dell'interessato.

Per quanto riguarda lo spazio di autonomia riconosciuto all'amministratore di sostegno, data la natura personalissima dell'atto di donazione (confermato anche dall'art. 778 c.c. che vieta il c.d. mandato a donare), si tende a negare il riconoscimento al rappresentante del soggetto debole sia della capacità di donare a favore della persona da essi rappresentata (art. 777 c.c.), sia una partecipazione dell'amministratore di

343 G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 364, nella parte in cui evidenzia che l'art. 779 c.c. «fa ritenere che la capacità di donare è integra in capo al beneficiario, a meno che il divieto di fare donazioni di cui agli artt. 774 e 777 c.c. non venga inserito nel decreto di nomina ai sensi dell'art. 411, 4° co., c.c.». Si interroga sul punto G. BONILINI, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* (diretto da), VI, Giuffrè, 2009, p. 315, nella parte in cui ritiene ammissibile che il giudice possa fare ricorso all'ultimo comma dell'art. 411 c.c. al fine di estendere al beneficiario di amministrazione di sostegno il divieto ex art. 774 c.c. anche se precisa che «il dettato di tale norma abbraccia indiscutibilmente, sebbene non li menzioni espressamente, anche l'interdetto e l'inabilitato»; e in G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 273 e ss.

344 M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, cit., p. 398

sostegno in termini di sostituzione del beneficiario. Ne deriva che le donazioni poste in essere dall'amministratore di sostegno sono soggette al regime dell'annullabilità. Ne consegue che a seconda delle condizioni del soggetto, il giudice potrà agire nei termini qui di seguito: potrà ricorrere all'estensione del divieto *ex art. 774 c.c.* a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., limitando la capacità di donare del beneficiario, oppure, potrà, laddove lo ritenesse opportuno e sempre a mezzo dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., estendere gli "effetti" previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato e, pertanto, non limitare la capacità di donare del beneficiario, chiedendo l'opportuna "assistenza" dell'amministratore, così come prevede l'art. 166 c.c. per l'inabilitato.

In realtà, la questione dell'uso di strumenti rappresentativi nell'atto di donazione era già stata affrontata nei lavori preparatori al codice civile del 1942, durante i quali la questione se il padre o il tutore potessero fare donazione in nome e per conto della persona incapace da loro rappresentata era stata risolta negativamente, pur non mancando voci contrarie. Infatti, era stato sostenuto che *"la donazione non può considerarsi un atto economicamente utile per il donante salvo il caso delle c.d. donazioni remuneratorie³⁴⁵ o dei regali di uso; la rappresentanza degli incapaci è disciplinata dalla legge nel loro interesse; ora chi fa una donazione non può dirsi certo di fare gli interessi del donante; infine non si concilia tale facoltà da parte del*

345 Si ricorda, brevemente che la donazione remuneratoria ha un trattamento differenziato rispetto la donazione ordinaria poiché è irrevocabile (art. 805), non obbliga a prestare gli alimenti per il donante (art. 437), ma comporta a carico del donante la garanzia per evizione, nei limiti di cui all'art. 797 n. 3 (fino alla concorrenza dell'ammontare delle prestazioni ricevute dal donante).

rappresentante legale dell'incapace con il principio che l'animus donandi debba essere proprio del disponente. Dubbi sono stati sollevati per la sola eccezione data dalle liberalità in occasione di nozze a favore dei discendenti della persona incapace. Ma non sono state accolte in quanto è stato considerato che non era opportuno estendere ancora di più le eccezioni ad una norma posta a tutela degli incapaci"³⁴⁶.

Quanto al piano dell'accettazione della donazione non sembrano esserci dubbi sulla legittimazione in tal senso dell'amministratore di sostegno, il quale può essere autorizzato ad accettare donazioni per conto del beneficiario; ciò, sempre all'interno di un'ottica di protezione del beneficiario e in virtù anche dell'art. 374 c.c., che a mezzo del rinvio dell'art. 411, 1° co., c.c. dispone che su autorizzazione del giudice tutelare il tutore può essere autorizzato ad accettare la donazione del proprio assistito. Pertanto, non sembrano esserci dubbi a estendere una simile autorizzazione anche all'amministratore di sostegno.

Rimane, però, per l'amministratore di sostegno l'incapacità di ricevere per donazione prevista per i tutori o i protutori del donante³⁴⁷ nei termini previsti *ex art.* 779 c.c. La *ratio* di tale divieto è la stessa che si trova alla base dell'analoga previsione in materia successoria (art. 596 c.c.):

346 G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile, libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 371, nella parte relativa alle "donazioni fatte da rappresentanti di persone incapaci".

347 G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile, libro delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 373 nella parte in cui, in relazione alla "donazione a favore del tutore o protutore", si osserva che la *ratio* di tale norma è da ravvisare anche all'interno di un'ottica di tutela del donante, dato che il donatario/tutore potrebbe influire sulla volontà del primo; G. PAGLIANI, *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, cit., p. 364, nella parte in cui evidenzia che la disciplina sulla nullità della donazione disposta a favore del tutore, «per identità di *ratio*, è sicuramente compatibile con la figura dell'amministratore di sostegno».

evitare che il ruolo particolare svolto dal soggetto che ha funzioni di protezione verso la persona debole possa influenzare o condizionare la spontanea manifestazione della volontà di quest'ultimo, sia esso testatore o donante.

6.5 *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno: tra volontà presunta e volontà "ricostruita".*

Orbene, se si segue l'orientamento teso a sostenere la capacità del beneficiario a donare, e ciò in linea con la finalità di tutela sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno, ossia proteggere, ma nella maniera meno invasiva, allora, non si dovrebbero avere dubbi anche nel legittimare il beneficiario a donare, a mezzo del suo amministratore, anche nelle ipotesi in cui non sia più in grado di esternare una cosciente e attuale volontà tesa al compimento dell'atto in questione, ma lo sia stato, però, in passato.

Va detto, però, che nonostante l'intera trattazione sia tesa ad aderire a un'ottica di protezione della capacità del beneficiario, risulta difficile ammettere una situazione simile a quella qui prospettata per ultimo, senza che tale decisione possa avere dei riscontri critici, come si evidenzierà nel corso del presente paragrafo.

Infatti, nonostante la giurisprudenza, seppur di merito³⁴⁸, abbia preso posizione favorevole alla legittimazione a donare del beneficiario, non più capace di esternare un'attuale volontà, a mezzo del proprio amministratore di sostegno, non mancano le incertezze circa un possibile ed eventuale consolidamento della giurisprudenza anche di legittimità in tale direzione³⁴⁹.

In primo luogo, infatti, come si è visto nel corso della trattazione (cap. 4, cap. 5), lo strumento dell'amministrazione di sostegno e dell'amministratore nella veste di un particolare *nuncius* ben possono rispondere all'esigenza di cura della persona del beneficiario. Orbene, legittimare l'amministratore di sostegno a donare in sostituzione della beneficiaria solo in base al criterio della ricostruzione della volontà potrebbe apparire una decisione azzardata. Dal commento alla citata pronuncia di merito si legge che *“il beneficiario di amministrazione di sostegno, mai diviene formalmente incapace...e può fare donazione, previa autorizzazione del giudice tutelare, qualora sia accertato con sicurezza l'intento*

348 TRIB. LA SPEZIA, Decreto 02-10-2010, cit. In tale vicenda il giudice tutelare riconosce la capacità di donare un immobile alla nipote dell'anziana signora, non più in grado di esternare un'attuale e puntuale volontà a riguardo, a mezzo del suo amministratore di sostegno (rectius, pro-amministratore). A tale soluzione il giudice perviene sia su base del fatto che in passato la signora aveva univocamente manifestato la sua volontà a donare in favore della nipote, sia (anche se questo motivo poco viene messo in rilievo dall'autore del commento) su base del fatto che tale decisione non avrebbe leso i diritti della donante, né quelli di terzi. Ciò in quanto, la donataria risultava essere l'unica figlia dell'unico discendente dell'anziana.

349 Ritene che *«è piuttosto difficile pensare ad un giudice che autorizzi una donazione»*, S. DI BARTOLOMEO, *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di «amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi»*, cit., p. 235. G. MARCOZ, *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, cit., nella parte in cui osserva che *«la necessaria sussistenza di spirito di liberalità ed il carattere strettamente personale dell'atto da concludere, impediscono, infatti, qualsiasi forma di sostituzione da parte di soggetti rappresentanti l'incapace»*. A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., p. 185.

*liberale del beneficiario e non si ravvisi alcun pregiudizio per la tutela degli interessi personali e patrimoniali dello stesso*³⁵⁰”.

A riguardo, si ritiene che laddove si faccia uso del criterio della ricostruzione della volontà, non si possa mai con "sicurezza" effettivamente sostenere che la volontà ricostruita dell'interessato corrisponda a quella attuale. Infatti, come più volte sostenuto nel corso della trattazione, in tale situazione l'amministratore di sostegno opera in termini più simili ad un *nuncius sui generis* che a un rappresentante (su base di una rappresentanza volontaria³⁵¹) o a un assistente, in quanto, in concreto, non si limita a riportare all'esterno una volontà che non è sua, bensì della beneficiaria, ma si ingerisce nell'*iter* di formazione della medesima, ricostruendola e accertando che corrisponda a quella "attuale" anche se non più manifestabile. Dal commento alla suindicata pronuncia di merito non si comprende completamente la *ratio* seguita dal giudice tutelare di La Spezia nel legittimare l'amministratore di sostegno a operare in un ambito personalissimo del beneficiario com'è quello della donazione. Infatti, si ritiene che in tale ambito (come anche in quello successorio), sia assai contestabile un'autorizzazione in tale direzione, dato che alto può essere il rischio che anche lo strumento dell'amministrazione di sostegno

350 G. DONADIO, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit.

351 «La limitazione che incontra la rappresentanza legale, d'altra parte, è più ampia di quella incontrata dalla rappresentanza volontaria, essendo in quest'ultima ipotesi ammessa nei limiti in cui serve ad attuare una volizione già maturatasi nel rappresentato, e si presenti con valore e funzioni meramente sussidiari». Così, A. NATALE, *Il donante*, cit., p. 275. Da tali parole se è vero che sembrerebbe ammettersi «la procura a donare di un soggetto, determinato dal donante, dei beni parimenti determinati dal donante» (ivi, p. 294), è anche vero, però, che sembrerebbe trattarsi pur sempre di un terzo che interviene nelle vesti di *nuncius* in un processo di autodeterminazione che rimane proprio dell'interessato e non soggetto all'arbitrio del terzo.

venga "piegato" a scopi non originariamente individuati come tipici della tutela del soggetto debole, bensì per perseguire scopi non in linea con la protezione dell'incapace.

Pertanto, è emblematico in tal senso il fatto che il decreto succitato ammetta il compimento della donazione, atto personalissimo, esclusivamente in virtù dell'esistenza di una pregressa univoca volontà della stessa interessata.

Si ritiene che, forse, il giudice tutelare abbia statuito anche in considerazione di un altro criterio, ossia quello dell'affidamento e della tutela dei terzi. In altre parole, il giudice, accertando l'inesistenza di altri parenti in linea retta oltre la nipote della beneficiaria, figlia dell'unico erede vivente, ha riconosciuto all'amministratore di sostegno un simile potere di ingerenza, appurando che ciò non potesse causare una lesione degli interessi della stessa beneficiaria o di terzi coinvolti con lei da qualche rapporto. Sul punto, però, nonostante il lodevole richiamo a tale principio e senza addentrarsi in azzardate dietrologie alle volontà dei soggetti coinvolti, si precisa che in generale il giudice tutelare avrebbe dovuto allargare la sua attività istruttoria nel senso di accertare l'inesistenza anche di eventuali comportamenti contrari alla legge.

Infatti, senza entrare nel merito della pronuncia del giudice di La Spezia, si ritiene che proprio il fatto che la nipote, futura donataria, fosse l'unica figlia del solo discendente in linea retta della donante, avrebbe potuto far sorgere altre questioni legali a cui il giudice tutelare avrebbe dovuto dare peso prima di legittimare l'amministratore di sostegno ad

agire in luogo della beneficiaria, ossia accertare che dietro la volontà ricostruita della donante non ci fosse un tentativo del figlio di dar luogo a un c.d. patto successorio (art. 458 c.c.). Infatti, dietro l'assenza di contestazioni da parte dell'unico erede della donante affinché sua figlia, ossia la nipote della donante, potesse ricevere in donazione l'immobile in questione, avrebbe potuto nascondersi una duplice illegale volontà. In primo luogo, quella di realizzare una c.d. donazione a causa di morte che sarebbe da considerarsi nulla, perché non è consentita la donazione in sostituzione della legittima; in secondo luogo, quella di realizzare con il figlio un patto successorio rinunciativo, a mezzo del quale quest'ultimo avrebbe rinunciato ai beni (nel caso un immobile) dell'eredità della nonna donante ancora in vita.

Ecco perché, si ritiene che il giudice debba attentamente effettuare una corretta ponderazione degli interessi in gioco, approfondendo magari gli aspetti istruttori e ciò non solo relativamente al grado di comprensione che il soggetto interessato ha verso l'atto da compiersi (metodologia che, come in questo caso, dovrebbe essere imprescindibile a fronte di atti che coinvolgono anche la sfera giuridica di terzi), bensì, anche, al fine di comprendere quanto l'autorizzazione al compimento dell'atto può andare a ledere gli interessi del beneficiario stesso e dei terzi coinvolti o della loro eventuale mala fede.

È proprio facendo leva su tale considerazione che può giustificarsi la decisione adottata dall'autorità giudiziaria di La Spezia. Infatti, il caso vedeva protagonista una donna anziana la quale voleva disporre

donazione all'unica nipote, figlia dell'unico erede in linea retta vivente. In altre parole, il giudice, "accertata" la volontà previamente manifestata della beneficiaria ormai incapace di esternare una cosciente volontà di donare e accertata l'inesistenza di pericoli circa la compromissione che il compimento di tale atto avrebbe potuto creare di altri diritti (quali ad esempio quelli ereditari), ha ritenuto opportuno autorizzare tale donazione.

6.6 *Riflessioni.*

In conclusione, tutte le forme di testamento richiedono una capacità del testatore di rendersi conto delle dichiarazioni testamentarie. A fronte di un soggetto incapace a manifestare una consapevole volontà, si ritiene che sia impossibile riconoscere allo stesso una capacità in tali termini neppure a mezzo di strumenti rappresentativi o applicando il criterio della ricostruzione della volontà.

Quanto alla donazione, si ritiene che nella materia in esame non si può procedere attraverso il dettato di una regola generale, valida per tutte le ipotesi, dovendosi procedere caso per caso. Fatto salvo che laddove il beneficiario conservi una propria cosciente volontà di autodeterminarsi non potrà vedersi precluso il diritto di donare.

Quanto riportato sembra valere solo nell'ipotesi in cui in capo al beneficiario permanga una capacità di manifestare un'attuale volontà diretta al compimento dell'atto. E, nel caso in cui tale soggetto non fosse

più in grado di manifestare attualmente una volontà, manifestata in passato e diretta al compimento dell'atto in questione? La risposta sembrerebbe negativa.

La sentenza del Tribunale di La Spezia, abbia aperto un varco, seppur piccolo e ancora isolato, circa l'ammissibilità per il beneficiario di compiere l'atto personalissimo tramite l'intervento dell'amministratore di sostegno, a mezzo del criterio della ricostruzione della volontà; quasi applicando una sorta di "direttive anticipate di atti di liberalità".

Pertanto, solo l'analisi del caso concreto e un'attenta attività di bilanciamento degli interessi coinvolti potrà portare il giudice a legittimare un intervento dell'amministratore di sostegno nei termini fin qui descritti.

Tanti sono i punti di domanda sull'ammissibilità di un simile criterio in tale personalissimo ambito e nessuna risposta predeterminata può essere data a priori. Inoltre, se tale posizione assunta dal Tribunale di La Spezia dovesse convertirsi in un vero e proprio orientamento giurisprudenziale, si ritiene che il giudice tutelare verrebbe rivestito di un compito assai delicato: analizzare e ponderare attentamente e analiticamente gli interessi in gioco del beneficiario e di terzi, consultandosi anche con "i tecnici" coinvolti (notaio, medico ecc.), con conseguente ed evidente allungamento dei tempi processuali (caratteristica propria dei tradizionali istituti di tutela, ma che dovrebbe, invece, essere estranea all'amministrazione di sostegno).

Seconda Parte

L'ORDINAMENTO SPAGNOLO

Capitolo Settimo

COMPARAZIONE CON L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SPAGNOLO

Sommario: 7. Introduzione - 7.1 Il sistema di protezione delle persone deboli dell'ordinamento spagnolo: aspetti generali -7.1.1 La tutela - 7.1.2 La curatela - 7.1.3 Le altre misure di protezione - 7.2 Gli atti della sfera personale: aspetti generali -7.2.1 Matrimonio Il consenso por representación - 7.2.2 Separazione e divorzio - 7.2.3 Atti medici: il consenso informato - 7.2.3.1 Il consenso por representación - 7.3 Testamento - 7.4 Donazione - 7.5 Riflessioni

7. Introduzione.

L'amministrazione di sostegno rappresenta un peculiare strumento di protezione previsto dall'ordinamento giuridico italiano per i soggetti affetti da un'infermità o da una menomazione fisica o psichica (art. 404 c.c.), flessibile e modellabile in relazione alle loro condizioni. Però, tale peculiarità non è propria esclusivamente dell'ordinamento giuridico italiano, bensì presente in altri ordinamenti europei³⁵², come quello

³⁵² Sul tema, si veda la decisione dei legislatori austriaco e tedesco di dotarsi di un unico istituto per la protezione degli incapaci, retto da un Betreuer, assistente fiduciario, dotato di margini assolutamente flessibili di azione e abolitivo degli istituti del tutore o del curatore di soggetti interdetti o inabilitati. Altri Paesi, come la Francia, la Spagna hanno invece optato per la scelta di mantenere le più risalenti e coercitive figure, anche se

spagnolo, che, da tempo, hanno abbandonato o modificato il proprio sistema di tutela basato su un'ottica di protezione patrimonialistica, per aderire ad una rete di protezione maggiormente flessibile e proporzionale alla condizione della persona interessata e, pertanto, maggiormente rispettosa della sua dignità e libertà.

Nei paragrafi a seguire, si prenderà in considerazione il sistema di protezione previsto dall'ordinamento giuridico spagnolo. Alcune incertezze potrebbero sorgere riguardo a tale scelta comparatistica, per il fatto che non è presente nel diritto spagnolo un istituto perfettamente assimilabile a quello dell'amministrazione di sostegno. Tuttavia, si è scelto l'ordinamento spagnolo come riferimento comparatistico per due principali ragioni. La prima, perché, se è vero che il codice civile spagnolo, al contrario di quello italiano, non contiene una misura di protezione denominata amministrazione di sostegno, è anche vero, però, che la legge spagnola, per quanto riguarda la tutela delle persone incapaci di autogovernarsi, non è rimasta estranea all'anzidetto processo di rinnovo che ha visto protagonisti i diversi sistemi europei³⁵³. Il legislatore spagnolo ha perseguito l'obiettivo di modificare le istituzioni tradizionali di protezione, colmando quel vuoto legislativo che escludeva dalla tutela un

con proprie peculiarità. Si veda la legge francese (legge 1968-5, del 3 gennaio 1968, modificata e completata recentemente dalla legge 2007-308, del 5 marzo 2007, in materia di riforma della protezione giuridica delle persone anziane, vigente dal 1° gennaio 2009), austriaca (legge 136-1983, del 2 febbraio, dal titolo "Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen"), tedesca (la "Betreuungsgesetz", del 12 settembre 1990, vigente del 1° gennaio 1992) ed inglese (Mental Capacity Act 2005).

353 V. nota 1

vasto numero di persone, malgrado presentassero condizioni degne di ricevere assistenza³⁵⁴.

La seconda attiene alla struttura semifederale della Spagna che pone l'accento sul c.d. diritto territoriale (*derecho territorial*).

La Spagna è divisa in comunità autonome³⁵⁵ e ciò significa che al c.d. *derecho estatal*, ossia il diritto generale contenuto nel Codice Civile, si affiancano i c.d. *derechos forales o derechos territoriales* di alcune comunità autonome (Aragona, Isole Baleari, Catalogna, Paesi Baschi, Galizia, Navarra e Valenzia³⁵⁶). Infatti, per queste Comunità Autonome il *derecho estatal* rappresenta un diritto suppletorio che opererà nei casi in cui il diritto territoriale ne faccia espressamente richiamo o in mancanza di una regolazione da parte dello stesso. In altre parole, per quanto riguarda le regole di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, la Costituzione Spagnola, dopo aver elencato nell'articolo 148 le competenze ordinarie che ogni Comunità Autonoma può assumere facoltativamente nel proprio Statuto³⁵⁷, indica le materie riservate allo Stato nell'articolo 149, comma 1.

354 Il sistema di tutela precedente alla riforma del 1983 lasciava senza un'adeguata tutela un largo numero di persone. Evidenzia questa corrente di pensiero, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, p. 294-295. Sul tema, recentemente, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de la familia y de la persona*, II, Bosch, 2011, pp. 45-46, 231 y ss.

355 L'art. 2 recita: «la Costituzione si basa sull'indissolubile unità della nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà tra esse».

356 Riguardo al *derecho foral*, si veda REBOLLO, *El futuro de las Autonomías territoriales. Comunidades Autónomas, bilance y perspectivas*, Asamblea Regional de Cantabria, 1991; Ceccherini, *Las relaciones de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas. Algunas consideraciones sobre la experiencia española* in *Revista del CLAD "Reforma y Democracia"*, n. 16, 2000, p. 10.

357 Le competenze delle Comunità Autonome sono di rilievo eminentemente locale e riguardano l'autorganizzazione delle istituzioni di autogoverno; l'ordinamento del territorio; lo sviluppo economico,

8, Cost³⁵⁸, specificando tra queste il diritto civile e tutte quelle materie sulle quali le Comunità Autonome non hanno legiferato, nonostante si trattasse di materie rilasciate alla loro autonomia. Il che equivale a dire che nelle materie di competenza esclusiva, il Codice Civile o la legislazione civile generale non operano come diritto suppletorio, ma come un diritto di applicazione generale e diretta; mentre, nelle materie di competenza delle Comunità Autonome, il *derecho estatal* opera come diritto suppletorio in virtù dell'art. 149.3 della Costituzione, il quale, infatti, prevede che «*el Derecho del Estado será en todo caso Derecho supletorio de las Comunidades Autonomas*»³⁵⁹.

Il legislatore italiano, nel 2004, ha perso un'importante occasione: riformare il sistema di protezione delle persone deboli, abrogando gli istituti tradizionali di protezione o, al pari di quello spagnolo, modificando gli stessi, "ammorbidendoli" e non, al contrario, introducendo un terzo strumento. Infatti, nonostante a mezzo

l'urbanistica, l'abitazione e le opere pubbliche, i trasporti locali; l'agricoltura, l'allevamento, i boschi e migliorie forestali, la tutela ambientale; gli impianti idraulici ed il sistema di irrigazione, la gestione di terme e fonti; pesca, caccia, mercati locali, l'artigianato, i musei, le biblioteche e i conservatori, il patrimonio artistico, l'aiuto alla cultura, alla ricerca, al turismo, allo sport, al tempo libero; all'assistenza sociale, alla sanità e all'igiene; alla polizia locale ecc.

358 Tra le materie elencate vi sono le condizioni fondamentali che garantiscono l'uguaglianza dei cittadini spagnoli di fronte ai diritti e ai doveri costituzionali sanciti; nazionalità, immigrazione ed emigrazione; rapporti internazionali; difesa e forze armate; amministrazione della giustizia; diritto del lavoro, commerciale, penale, processuale, penitenziario e civile, proprietà intellettuale e industriale; normativa doganale e tariffaria, commercio con l'estero; sistema monetario, bancario, creditizio e assicurativo; pesi, misure, finanza e debito pubblico; legislazione di base in materia di sanità, previdenza sociale, ambiente, amministrazioni pubbliche, ambiente, boschi, regime minerario ed energetico ed mezzi di comunicazione; porti di interesse generale, aeroporti e gli altri trasporti che attraversino il territorio di più Comunità; opere pubbliche di interesse generale; tutela del patrimonio artistico e culturale, pubblica sicurezza, ecc.

359 L. D. Picazo A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 2012, p. 82.

dell'amministrazione di sostegno sia stata introdotta una rete di protezione maggiormente aderente ai bisogni, anche personali, del soggetto debole, non è stata evitata la riforma di norme poco chiare o di dubbia interpretazione (tra tutte si pensi all'art. 411, u. co., c.c.). Altresì, nonostante il sistema di tutela dell'ordinamento spagnolo sia basato sulla presenza di due istituti di protezione, quello della tutela e quello della curatela, che, *ictu oculi*, potrebbero portare alla mente del lettore i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, si nota un abbandono dell'iniziale modello di protezione basato sulla tipicità delle cause di privazione della capacità, in favore dell'attuale caratterizzato dalla presenza di una clausola generale riferita alle *"infermità o alle deficienze persistenti di carattere fisico o psichico, che impediscono alle persone di governarsi autonomamente"* (art. 200 código civil). Ne consegue che il sistema di protezione spagnolo, nonostante abbia conservato le tradizionali misure di protezione della tutela e della curatela, ha creato una rete di protezione maggiormente flessibile e "graduabile" a seconda della condizione del soggetto, anche nei casi più acuti di infermità fisica e/o mentale, così come prevede la misura dell'amministrazione di sostegno.

7.1 Il sistema di protezione delle persone deboli dell'ordinamento spagnolo: aspetti generali.

La riforma che ha rappresentato il "giro di boa" in materia di tutela e che ha segnato il primo passo verso lo snellimento del rigido sistema di salvaguardia dei soggetti incapaci regolato dal codice civile spagnolo del 1889³⁶⁰ è stata introdotta a mezzo della legge n. 13 del 24 ottobre 1983³⁶¹.

Fino a tale data, la tutela era esercitata attraverso il c.d. "consejo de familia" (artt. 293 - 313 del precedente Código Civil)³⁶² e si riferiva solo ad alcune categorie di incapacità (pazzia, demenza, sordomutismo, interdizione civile)³⁶³, lasciando privo di protezione un largo numero di condizioni di debolezza. Ciò portava a un sistema di tutela nel quale la persona rimaneva privata della propria capacità d'agire.

A seguito di tale riforma, nonché della successiva introdotta dalla Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), n. 1, del 7 gennaio del 2000 e approvata in risposta alle necessità di avere un sistema processuale più rapido e snello³⁶⁴ (come si legge nell'"*exposición de motivos*"), l'ordinamento lascia il

360 A riguardo, si veda la sentenza del TRIBUNAL SUPREMO del 25 marzo 1961.

361 Si tratta della legge "de Reforma del Código Civil en materia de tutela", in BOE-A-1983-28123.

362 Quanto detto risultava anche dal Titolo X, rubricato "Del Consejo de familia".

363 Evidenzia questa corrente dottrinale, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 294-295. Recentemente, riguardo al tema dell'incapacità, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de la familia y de la persona*, II, cit., pp. 45-46, 231 y ss. Evidenzia questo punto anche PARRA LUCÁN, *Instituciones de guarda. La curatela y el defensor judicial*, in *Tratado de derecho de la Familia*, vol VI, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 410.

364 Va evidenziato che, a seguito della L. 1/2000 (artt. 759, 2 co. e 760, 2 co.) e in sintonia con il principio di economia processuale, con la sentenza che dichiara l'incapacità è possibile ottenere anche la nomina della persona, fisica o giuridica, incaricata a svolgere la funzione di tutela, senza, come avveniva in precedenza, dover presentare un'apposita istanza a tal fine.

posto al c.d. sistema di tutela “de autoridad”³⁶⁵, costituito e controllato dal giudice, nel quale la dichiarazione di incapacità è diretta alla protezione del soggetto incapace e dei suoi interessi, tanto di quelli patrimoniali, quanto di quelli personali³⁶⁶. Infatti, il giudice deve determinare nella sentenza dichiarativa dell’incapacità (c.d. *fallo judicial*) i limiti³⁶⁷ che

365 Riguardo all’inefficacia del sistema precedente, è stato osservato che “*se ha revelado, tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente. Su pieza básica -el Consejo de familia- apenas ha funcionado en la práctica, como es notorio, con el consiguiente grave perjuicio para las personas sometidas a tutela, que sufrieron en su mayoría los negativos efectos de la negligencia o inhibición de los parientes*” [Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura. Serie A, Núm. 4-1 (27 enero 1983)], p. 11. Si veda anche, SERRANO ALONSO, *Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela*, in *La Ley*, 1984-2, pp. 1117-1122; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, ult., op., cit., p. 234. In giurisprudenza, STS, 1, 31.10.1994 (Rj 1994, p. 8004), in *Cuadernos Civitas Jur. Civ.*, n. 37, 1995, p. 377, con commento di Ramos Chaparro. Viene evidenziato che a seguito della riforma del 1983 si passa a una tutela “aperta” e generica, basata sul principio c.d. “de pluralidad de guarda legal”, in nome del quale vengono introdotte una serie di novità, tra le quali l’introduzione della curatela. Sul punto, si veda ALVAREZ-LATA, *De la tutela y de la guarda de los menores o incapacitados,- artículo 215*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por), Thomson Aranzadi, 2006, p. 355.

366 La riforma del 1983 ha “sdoppiato” la finalità della tutela. Infatti, a partire da tale riforma, non si parla più solo di tutela dei beni del soggetto interessato, bensì anche di una tutela personale. In altre parole, la riforma del 1983 ha avuto come effetto quello della c.d. “despatrimonializzazione” degli istituti di protezione. Sul punto, si veda, ALVAREZ LATA N., *De la tutela y de la guarda de los menores o incapacitados,- artículo 215*, cit., p. 356

367 L’art. 760 LEC è chiaro: “*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*”. Sul punto, riguardo alla riforma dell’ordinamento spagnolo in materia di tutela delle persone deboli, si veda LISELLA, *Fondamento e limiti dell’incapacitación nel diritto spagnolo*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, II, p. 771 e ss; Cian, *L’amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004,II, p. 490; PICAZO- GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 2003, p. 243 e ss.; J. L., ALBACAR LOPEZ *Código civil: doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1993; PAZ-RODRIGUEZ, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1993. Nello specifico, l’ordinamento spagnolo prevede che laddove un soggetto a causa di un’infermità o a causa di deficienze persistenti di carattere fisico o psichico venga ostacolato nella sua capacità di governarsi autonomamente, questi possa essere dichiarato incapace a mezzo di una sentenza di incapacitación (c.d. *fallo judicial*) e che solo a seguito di tale sentenza, il cui procedimento è regolato dagli articoli da 756 a 763 della Legge 1/2000, possa esserne successivamente e giudizialmente valutato il grado di autonomia al fine di applicare la misura della tutela o della curatela o dichiarata cessata la condizione di incapacità. Si veda, anche M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, Barcelona, 1991, pp. 259-293; PARRA LUCÁN, *Instituciones de guarda. La curatela y el defensor judicial*, cit., p. 345.

derivano da tale dichiarazione³⁶⁸(art. 760.1 della legge 1/2000). Pertanto, dopo la pronuncia di tale sentenza si renderà effettivo l'esercizio della funzione tutelare³⁶⁹ applicata dal giudice³⁷⁰ (tutela, curatela o defensor judicial). Prima di tale momento, la regola sarà quella della capacità del soggetto interessato³⁷¹, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre misure cautelari.

Viene creato, pertanto, un sistema di protezione delle persone incapaci più proporzionale, flessibile, nonché graduabile in considerazione alla condizione del soggetto e distante dal sistema originario fondato sulla tipizzazione di cause³⁷².

368 Sulla posizione del sistema giuridico spagnolo in relazione alla tutela, PICAZO-GULLON, ult. op. cit, p. 257 y ss). L'autore pone in rilievo che *"Por tanto, cualquiera que hubiese sido la causa por la que se haya declarado la incapacitación, ese estado civil debe ser siempre guaduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado"*.

369 ALVAREZ LATA N., *De la incapacitación -*, artículo 199, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por), Thomson Aranzadi, 2006, p. 350.

370 Il giudice dovrà valutare la condizione del soggetto interessato per potersi pronunciare su quale tipo di incapacità di autogovernarsi è affetto lo stesso. Ciò in quanto, l'art. 200 cod. civil non determina il livello di incapacità di autogovernarsi che deve sussistere al fine che il giudice dichiari il soggetto incapace, applicando il regime di protezione più adeguato. Al contrario, l'articolo in questione parla in generale di incapacità di autogovernarsi. Quanto detto porta a ritenere che deve trattarsi di un "considerabile" grado di incapacità di autogovernarsi. Sul punto, ALVAREZ LATA N., *De la incapacitación - artículo 200 -*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por),cit., p. 354.

371 SEOANE, *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coordinado por), Fundación Paideia, 1999, p. 350.

372 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., pp. 259-293; PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid., 2003, p. 258. PARA ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, cit., p. 234 questa riforma ha permesso ha permitido *«de una parte, la ampliación de supuestos determinantes de la incapacitación, pues, en la actualidad, cualquier enfermedad, física o psíquica, que impida a una persona gobernarse por sí misma... de otra parte, una reducción de aquellos, al no englobar dicha formula, la incapacitación por prodigalidad y la interdicción civil»*. A partire dalla riforma del 1983 la dichiarazione di incapacità viene ad essere finalizzata unicamente alla tutela degli interessi del soggetto incapace, potendo seguire solo laddove effettivamente venga riscontrato un impedimento del soggetto allo svolgimento della sua vita. La tutela non rappresenta più l'unico strumento di salvaguardia possibile. Assieme al tutore appaiono anche altri organi di protezione come il curatore e il difensore giudiziale. Si passa da un regime di tutela familiare a quello di tutela per autorità, per il quale il controllo del modus operandi del tutore è

Ciò significa, al pari di quanto accade per l'amministrazione di sostegno, che il sistema di protezione previsto dal *Código Civil* trova applicazione a fronte di un soggetto impossibilitato a *autogobernarse*³⁷³ (art. 200 *Código civil*) perché affetto da un'infermità psichica, congenita o acquisita oppure da una menomazione fisica³⁷⁴.

sostituito da quello dell'autorità giudiziaria. Nello specifico, le cause di incapacità, che precedentemente riguardavano solo la condizione del pazzo, del sordomuto, dell'analfabeta, del prodigo e dell'interdetto civile, ora non vengono più tassativamente enumerate. Si pensi ad esempio al Decreto 3 luglio 1931 che prevedeva il possibile ricovero dei disabili psichici su consiglio di una prescrizione facoltativa mediata dall'approvazione scritta di un parente che ne fungeva da rappresentante legale, oppure, da un convivente del malato. La riforma del 1983 ha portato all'abrogazione di tale Decreto. Ora, per ricoverare una persona in un centro di salute mentale, viene richiesta l'autorizzazione giudiziaria - salvo in casi urgenti, nei quali, però, si dovrà ricorrere al giudice di competenza, nel giro di 24 ore, il quale confermerà il ricovero, così come dispone l'art. 763 della LEC 1/2000. Nonostante la riforma del 2000 abbia introdotto maggiori garanzie in tale ambito (la necessaria autorizzazione del giudice, salvo i casi d'urgenza), tale misura, seppur con finalità protettive, sembra ricordare l'ormai abolita realtà dei manicomi che caratterizzava il nostro ordinamento prima della L. 180 del 13 maggio 1980. Ciò ha permesso l'operatività di un sistema di protezione delle persone deboli maggiormente flessibile e "graduabile" a seconda del grado di idoneità riscontrato sul soggetto e in relazione anche agli atti attinenti alla sfera personale dell'interessato, come il matrimonio, il testamento ecc. A riguardo, si veda ORDÁS ALONSO, *Del ejercicio de la tutela, -art. 271-*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por), Thomson Aranzadi, 2006, p. 368, nella parte in cui precisa che «*el empleo del verbo internar parece indicar permanencia, por lo que cuando la asistencia sanitaria o educativa se realiza sin internamiento, de forma ambulatoria, no será precisa la autorización judicial*».

373 Sul punto va precisato che al fine di pronunciarsi riguardo alla presenza o meno di tale requisito, il giudice deve valutare se l'infermità o la deficienza fisica o mentale persistente incida o meno sulla capacità di autogovernarsi della persona. Solo quando questa sarà presente, allora si potrà procedere all'incapacità. In tali termini si veda la sentenza del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998 (RJ 19986134), laddove, al contrario, il giudice ha ritenuto non dichiarabile l'incapacità, in quanto nonostante la presenza di un'infermità persistente e irreversibile, la persona non era impedita nella sua capacità di autogovernarsi. La giurisprudenza (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11 de enero de 1994 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1994) ha osservato che "gobernarse por sí mismo" è un termine da intendere nel suo significato più ampio. In altre parole, è un'espressione che può comprendere tanto l'aspetto patrimoniale della persona, quanto quello personale. Infatti, valutare il grado di autogobierno della persona significa valutare "tanto la adopción de decisiones, como la realización de actos concernientes tanto a la esfera jurídica, como al plano estricto de la propia personalidad".

374 Il riferimento è a tutti quei casi relativi a individui portatori di alterazioni transitorie oppure, quei casi in cui le malattie o le deficienze non colpiscono le facoltà mentali di autogestione, ovvero, le loro capacità conoscitive e volitive.

Si notano due grandi peculiarità rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

La prima è che nell'ordinamento spagnolo la condizione per la dichiarazione di *incapacitación* e per la successiva applicazione della tutela, può essere anche un'infermità o deficienza di natura meramente fisica che impedisca al soggetto il proprio "autogobierno".

La seconda è che nulla è prestabilito, ma, al contrario, solo a seguito dell'anzidetta pronuncia d'incapacità il giudice potrà valutare, a seconda delle condizioni del soggetto interessato (art. 209 código civil)³⁷⁵, la misura di tutela più adatta a proteggerlo, optando per la c.d. reducción (tutela) della sua capacità d'agire o per la mera limitación (curatela). In entrambe le ipotesi, il código civil non lascia spazio a dubbi: la dichiarazione giudiziale di incapacità "*no puede nunca consistir en despojar a la persona de toda su capacidad de obrar*"³⁷⁶, in termini uguali a quanto è previsto per l'amministrazione di sostegno³⁷⁷.

375 L'importanza e la necessità che il giudice esamini personalmente il soggetto è stata ribadita in un'importante sentenza del Tribunal Supremo del 20 febbraio 1989. e più recentemente nella sentenza del STC 174/2002, del 9 ottobre 2002. Dal testo si legge che «*pero no sólo existe la citada falta de diligencia procesal por parte del órgano judicial, sino, lo que es más grave, un patente incumplimiento del mandato establecido en el entonces vigente art. 208 del Código civil, que le imponía, antes de pronunciarse sobre la incapacitación de una persona (sin perjuicio de las demás pruebas que pudieran practicarse), la realización de tres trámites ineludibles: la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen personal de éste y el dictamen de un facultativo sobre el mismo. Habiendo declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del art. 208 CC tiene carácter imperativo y su cumplimiento constituye un requisito de fondo de la Sentencia de incapacitación, por lo que la omisión de alguno de los trámites previstos en dicho precepto legal es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio*». Viene quindi espressamente evidenziato che il mancato esame personale del soggetto da parte del giudice è causa di nullità del procedimento, rilevabile anche d'ufficio.

376 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 260.

377 Sul punto, si ricorda la dottrina citata in nt. 121.

Inoltre, è importante evidenziare che il sistema di tutela spagnolo è stato oggetto di una terza riforma, quella introdotta dalla Ley 41/2003 del 18 novembre³⁷⁸, avente ad oggetto la protezione del patrimonio delle persone affette da incapacità³⁷⁹. Tra le modifiche apportate da tale legge e nonostante la finalità della stessa sia tesa principalmente a una tutela patrimoniale del soggetto debole, va evidenziata la modifica apportata all'art. 223, 2 co., cod. civil., attraverso la quale il legislatore spagnolo ha introdotto un sistema di "autotutela", prevedendo, a tutela del principio di autodeterminazione³⁸⁰ del soggetto, la possibilità per una persona di realizzare la designazione personale del proprio tutore.

378 La legge n. 41 del 18 novembre del 2003 viene adottata proprio durante l'anno dichiarato "anno europeo delle persone con disabilità", durante il quale è stata approvata anche la legge 39/2006, del 14 dicembre, in materia di promozione dell'autonomia personale e assistenza delle persone non indipendenti. Con questo strumento il legislatore contempla come far fronte ai fabbisogni di quelle persone che trovandosi in uno stato di speciale vulnerabilità, richiedono un sostegno per esercitare le attività essenziali della loro vita quotidiana, consentendo loro di raggiungere una maggiore autonomia personale e di godere pienamente dei propri diritti come cittadini (artt. 2, 13).

379 Va evidenziato, che tale normativa si applica sia ai soggetti che sono stati dichiarati tali attraverso una sentenza giudiziale, sia, però, a qualunque soggetto che, a causa di un difetto nella propria capacità di discernimento, non risulta in grado di gestire il proprio patrimonio. Nello specifico, si precisa che *«de esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas»*.

380 PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008. Quanto detto implica un passo ulteriore rispetto a quanto dettato dalla Convenzione delle Nazioni Unite, in materia di diritti delle persone con disabilità, Nuova York, 13 dicembre 2006 e retificata dalla Spagna il 23 novembre 2007. Concretamente, nell'articolo 12.4 si legge: *«Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas*

Nello specifico, si prevede la possibilità per un soggetto di manifestare (con atto pubblico notarile), in previsione della sua eventuale e futura incapacità (al pari di quanto avrebbe disposto successivamente l'art. 408 c.c.), la sua volontà circa la propria gestione personale e patrimoniale, nonché indicare il nominativo del tutore o i soggetti da escludere dall'esercizio di tale qualifica³⁸¹.

A riguardo, detta anche l'art. 1732 còd. Civ., che, in materia di mandato, dispone che un soggetto possa redigere un contratto di mandato per la propria futura ed eventuale incapacità, precisando che l'obbligazione si estingue in caso di incapacità del mandante a meno che, quest'ultimo, non abbia disposto la continuazione del rapporto.

Orbene, è stato sostenuto³⁸² che l'art. 1732 cod. civil potrebbe costituire un valido sostituto dell'art. 223 còd. civil, in quanto il fatto che il rapporto di mandato possa proseguire garantisce al soggetto una maggior tutela. Inoltre, tutti i poteri del mandatario (tutore) potranno essere

relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas». Sul punto, anche PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., p. 262.

381 Riguardo all'autotutela, si veda ORDÁS ALONSO, *De la tutela*, -art. 223, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por), Thomson Aranzadi, 2006, p. 368. Sul tema, con uno sguardo riguardo anche all diritto catalano, si veda Ferrer, *Protection against Incapacity and Private Autonomy in Spanish*, cit., p. 246-247 nella parte in cui evidenzia che «*any person enjoying legal capacity has the right to appoint or exclude one or several individuals as possible tutors or curators, and to give instructions concerning his personal care or the administration of his assets in case of his being incapacitated at a later date* (art. 223, II, cc; art. 95.1 Ldpa; 222-4 cccat)».

382 J., FERRER, *Protection against Incapacity and Private Autonomy in Spanish*, cit., p. 251.

determinati *ex ante* dal mandante e saranno tenuti in considerazione dal giudice, salvo gravi motivi (in termini uguali a quanto prevede l'art. 408 c.c.). Sul punto, però, la dottrina appare divisa.

Una parte della dottrina³⁸³ risulta contraria alla possibilità di redigere tali procure preventive per due principali ragioni. La prima, sostenendo che la loro regolamentazione deve fare riferimento alle regole del mandato e non alle norme relative ai sistemi di salvaguardia delle persone incapaci. La seconda, precisando che il mandato deve essere inteso come un contratto e che pertanto il contenuto della procura deve riferirsi necessariamente agli affari giuridici di carattere patrimoniale e non a quelli di natura personale.

Un'altra parte della dottrina, invece, accoglie favorevolmente la possibilità di redigere tali procure preventive, sostenendo che le medesime possono applicarsi anche a quelle situazioni transitorie di incapacità, le quali, nel lungo termine, portano il soggetto interessato a perdere la capacità di autogestirsi (come ad esempio, effettuare pagamenti, vendere una proprietà, presentare in tempo debito la dichiarazione dei redditi, ecc.), eludendo i lunghi e complicati tramiti richiesti dal processo di interdizione³⁸⁴.

383 In particolare, si veda PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos*, in Pérez De Vargas Muñoz, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, (dir. Da) La Ley, Madrid, 2010, pag. 98, nella parte dove si esclude che il mandatario possa ostentare la rappresentanza del mandante in ambito personale.

384 PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código civil por la Ley 41/2003*, in *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, a cura di Pérez de Vargas Muñoz, J., LA LEY, Madrid, 2006, pag. 424.

7.1.1. *La tutela.*

La tutela segue alla dichiarazione di incapacità (la quale, su istanza del tutore, si applica anche al soggetto minore di età se viene accertato che la causa di incapacità può persistere anche dopo il raggiungimento della maggiore età³⁸⁵, così come prevede l'art. 201 LEC). L'art. 222 Cód. Civil contiene un preciso elenco di coloro che possono essere soggetti a tutela: minori non emancipati e che non risultino essere soggetti a patria potestà³⁸⁶, coloro che sono dichiarati incapaci con sentenza giudiziale, i soggetti sottoposti alla c.d. patria potestà prorogata, quando questa termina (salvo che non venga disposta la curatela), nonché i minori che si trovano senza alcun tipo di tutela. Quanto al procedimento, l'art. 257 L.E.C. prevede che questo può essere instaurato su istanza dei parenti e del PM, d'ufficio o su impulso di chiunque sia a conoscenza della condizione della persona. Inoltre, il giudice prima di emanare una sentenza di incapacità, dovrà, previa udienza (art. 231 Cód. Civil) dei parenti prossimi del soggetto interessato o di quest'ultimo (se maggiore di 12 anni), verificare la presenza di un'infermità o deficienza permanente di carattere fisico o psichico che impedisce all'interessato di autogovernarsi,

385 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 210; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de la familia y de la persona*, II, cit., pp. 236 y 243. La possibilità che anche il minore d'età possa essere incapacitato rappresenta una delle novità introdotte dalla riforma del 1983. Sul punto, parlando di "incapacitación ad cautelam", la quale si proroga in maniera automatica (art 171). GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1992, p. 204

386 Nonostante, solitamente i minori non emancipati siano soggetti alla patria potestà dei propri genitori (art. 154 Cód. Civil), può verificarsi l'ipotesi della c.d filiazione non riconosciuta o della morte dei genitori. Sul punto, ORDÁS ALONSO, *De la tutela, -art. 222*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por), Thomson Aranzadi, 2006, p. 361.

ostacolando nella partecipazione alla sua vita sociale, culturale, lavorativa e politica. Tale infermità deve rivestire, però, i caratteri dell'attualità, dell'abitualità e della durevolezza³⁸⁷.

L'applicazione di tale misura comporta che il giudice, a seguito della dichiarazione di incapacità, può *recortar* (ridurre) la capacità d'agire del soggetto debole. Ciò, però, non avviene in maniera totale e standardizzata come per la tutela *ex art. 414 c.c.*, bensì in maniera proporzionale alla condizione in cui si trova il soggetto. Ciò significa che per l'ordinamento giuridico spagnolo, a differenza di quello italiano, i limiti dell'incapacità d'agire che implicano l'interdizione non sono gli stessi per tutti gli interdetti, ma, di volta in volta, vengono stabiliti dalla sentenza che dichiara l'incapacità³⁸⁸, sia per quanto riguarda l'aspetto patrimoniale, sia per quanto riguarda quello personale. Inoltre, anche laddove il giudice limitasse la capacità del soggetto interessato, riconoscendo un certo margine di autonomia al tutore, ciò non comporterebbe un illimitato potere d'azione di quest'ultimo, così come precisano gli artt. 271 e 273 *cód.*

387 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 269. L'autore specifica però che non debba trattarsi di una infermità o deficienza permanente. Sul punto, vedi anche sentenza 10 de febrero del 1986. Nello specifico, è stato evidenziato che "*lo que se pretende es excluir del ámbito del artículo 200 CC, como causas de incapacitación, las situaciones transitorias de trastorno mental, o de pérdida de la capacidad de autogobierno (borracheras, pérdidas de conciencia transitorias, situaciones postoperatorias...*". Ne deriva che l'infermità o la deficienza deve essere duratura, ossia, deve prolungarsi per un lasso di tempo tale da giustificare l'adozione della misura dell'incapacità, senza che, al contrario, se ne possa prevedere il tempo di durata. Quello che risulta importante evidenziare è che il carattere permanente deve riguardare l'infermità e non gli effetti o i sintomi. Infatti, come precisato in giurisprudenza tale permanenza deve essere costante, indipendentemente dal grado di minore o maggiore intensità. In tali termini si veda la sentenza del Tribunale Supremo 11 junio 2004 (RJ 2004, 4428).

388 Articolo 267 *codigo civil*: "*El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*". Ciò vale anche per le misure di controllo e vigilanza, le quali potranno essere definite anche in un provvedimento successivo (art. 233 *cód. Civil*).

civil. Infatti, il tutore è tenuto a richiedere l'autorizzazione del giudice prima del compimento di determinati atti, nonché, laddove ritenuta necessaria, l'audizione del Pubblico Ministero, e del soggetto medesimo. A riguardo, la riforma del 1983 è stata decisiva nell'apportare una maggiore tutela anche nella sfera esistenziale del soggetto incapace, riconoscendogli un'ampia autonomia, seppur con determinate regole, come, ad esempio, quella di poter acquisire il possesso dei beni (art. 443), accettare donazioni non condizionali (art. 626)³⁸⁹, contrarre matrimonio (art. 56 y art. 1.330), redigere testamento (art. 665)³⁹⁰, riconoscere i figli naturali (art. 121) ecc.

Alla decisione di applicare la tutela seguirà la nomina del tutore, il quale, sotto la vigilanza ed il controllo del giudice e del Ministerio Fiscal (art. 232 código civil), dovrà svolgere le funzioni di protezione ed educazione della persona dichiarata incapace, nonché di amministrazione del suo patrimonio e di rappresentanza in quegli atti che il soggetto non potrà compiere da solo. Ciò significa non solo che al tutore spetta l'esercizio delle facoltà private al posto ed in nome del soggetto tutelato³⁹¹,

389 Così viene dedotto della interpretazione a contrario sensu dall'articolo 626 del C.c., secondo cui "*Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes*".

390 In virtù dell'articolo 665 código civil "*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*". Ciononostante, la dottrina e la giurisprudenza prevedono che pur quando la sentenza prevede un'espressa proibizione al riguardo, l'interdetto potrà redigere testamento se dimostra la capacità di intendere e volere in quel preciso momento. Si veda, M., ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, Edisofer, Madrid, 2004, pag. 213.

391 J. FERRER, *Protection against Incapacity and Private Autonomy in Spanish*, cit., p. 246 nella parte in cui osserva che "*The tutor has the duty to take care of the ward and is conferred with the legal authority to act on his behalf in all transactions defines by the judicial decision or the law. The judgment issued in incapacitation proceedings has to modulate*

senza che ciò comporti una totale riduzione della sua capacità d'agire, ma anche che la misura della tutela non è basata su un insieme di regole rigide e prestabilite, bensì sulle caratteristiche di flessibilità e proporzionalità, tipiche dell'amministrazione di sostegno. Come prevede l'art. 277 cód. Civil, la tutela si estingue laddove il giudice dichiara terminata la causa di incapacità o laddove la tutela sia sostituita dalla misura della curatela (*«al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela»*).

Quanto detto vale anche per il diritto catalano. Infatti, l'articolo 222-38 CCCat. precisa che il tutore deve assicurare il benessere materiale e morale della persona incapace e deve, ove è possibile, rispettare i desideri che lo stesso manifesta in conformità con la sua capacità naturale.

Inoltre, il tutore deve cercare di favorire il recupero della capacità del soggetto o, laddove ciò non fosse possibile, prevenirne un peggioramento, limitando le conseguenze che derivano da tale incapacità³⁹².

Ne consegue che l'interesse del soggetto tutelato funge da criterio guida per l'operato del tutore. Quanto detto trova un'ulteriore conferma nell'articolo 221-1 CCCat. che precisa che il tutore deve agire nell'interesse

the scope of incapacitation and define its limits according to the ward's personal condition (art. 270 cc; art. 9 and 122.2 Ldpa; art. 222-47 cccat)".

392 Art. 222-38 "El tutor debe asegurar el bienestar moral y material de la persona incapacitada y debe respetar tanto como sea posible los deseos que esta exprese de acuerdo con su capacidad natural. El tutor debe hacer todo lo que sea necesario para favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad o, si eso no es posible, para prevenir su empeoramiento y para mitigar las consecuencias de la incapacidad".

del soggetto tutelato in considerazione della sua personalità, proteggendone tanto gli interessi patrimoniali quanto quelli personali³⁹³.

7.1.2 *La curatela.*

La curatela spagnola (art. 285 cód. civil) è la figura di protezione speculare all'inabilitazione italiana (art. 415 c.c.).

Viene applicata ai soggetti affetti da una menomazione non tale da giustificare l'applicazione della misura della tutela e viene dichiarata, al pari di quest'ultima, solo a seguito della dichiarazione di incapacità. Nello specifico, la curatela si applica ai soggetti emancipati i cui genitori sono morti o risultano impossibilitati a esercitare l'attività di assistenza, ai soggetti che hanno ottenuto il beneficio della maggiore età, ai soggetti dichiarati prodigi (art. 286), nonché ai soggetti considerati incapaci per espressa disposizione della sentenza giudiziale o per modifica della stessa (art. 287).

Il curatore, a differenza del tutore, non si sostituisce al soggetto debole, bensì lo assiste nel compimento di quegli atti che la sentenza indica. Infatti, si applica ai casi di incapacità parziale e non totale³⁹⁴. Inoltre, in base all'art. 289 del cod. civil, si prevede che *"la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que*

393 Art. 221-1 *"Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos"*.

394 PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., p. 351.

expresamente imponga la sentencia que la haya establecido". Pertanto, il curatore, al pari di quanto prevede il nostro ordinamento per la stessa figura giuridica, non soppianta la volontà della persona dichiarata incapace, ma la rafforza, la controlla e la orienta a complemento delle sue capacità e a tutela dei suoi interessi³⁹⁵. In tali termini detta chiaramente la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado³⁹⁶, nella quale, si precisa chiaramente che *«el curador no supe la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia»*.

Ciò significa che il soggetto interessato conserva la propria capacità d'agire, mentre il curatore si limita a integrare le sue (in)capacità, non sostituendosi allo stesso, bensì affiancandolo³⁹⁷. Nonostante la legge sembra riconoscere al curatore anche una funzione rappresentativa,

395 Proprio in relazione al concetto di "interesse" si nota la peculiarità della curatela delle persone incapaci rispetto quella delle persone dichiarate prodighe. In quest'ultimo caso, infatti, la misura di protezione ha come finalità il perseguimento dell'interesse di una terza persona, la quale potrebbe essere pregiudicata dal comportamento del soggetto prodigo. Sul punto, si veda PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., pp. 354-362.

396 La instrucción non ha valore vincolante, bensì fornisce al Ministerio Fiscal un importante strumento interpretativo con il quale fare chiarezza su determinate questioni o istituti di diritto. La figura del Ministerio Fiscal corrisponde a quella del P. M. Va evidenziato, per quel che è qui di interesse, che il Ministerio Fiscal attua, oltre che nei processi aventi ad oggetto la nullità del matrimonio, la separazione o il divorzio (quando una delle due parti è un minore o un incapace), anche nei procedimenti ad oggetto l'accertamento della capacità delle persone, dei quali, altresì, può esserne il promotore.

397 PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., pp. 343-398. L'a. pone in luce come, la curatela non limita la capacità d'agire del soggetto interessato. Al contrario, quest'ultimo rimarrà capace di prendere decisioni che lo riguardano, salvo le ipotesi in cui è necessario il consenso del curatore.

seppur di natura patrimoniale³⁹⁸. Infatti, la legge nazionale e locale (codice di diritto civile catalano), prevede che la curatela abbia come oggetto unicamente gli atti che la sentenza dichiarativa dell'incapacità indica³⁹⁹ (arts. 216, 286 e ss. cód. civil; art. 223-4 CCCat.), precisando che, laddove il soggetto interessato realizzi da solo tali atti, conseguirá l'annullabilità degli stessi (art. 1.300 e 1261 cód. civil; artt. 223-6 e 223-8 CCCat.) e che per gli atti non indicati si applicherà la regola prevista in materia di tutela, la quale sancisce la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti indicati negli artt. 271 e 272 cód. Civil.

7.1.3 *Le altre misure di protezione.*

Va evidenziato, altresì, che l'ordinamento spagnolo, nonché quello catalano, prevedono altre due figure di tutela, ossia il difensore giudiziale e la *guarda de hecho* (art. 215 cód. Civil).

Il difensore giudiziale (art. 299 cód. Civil; art. 224-1 CCCat) rappresenta una figura di protezione che viene nominata in caso di conflitto di interessi fra tutore/curatore e beneficiario, nonché in caso di inadempienza dei primi (artt. 249, 163, 1 co., Cód. Civil; art. 224-3 CCCat). La *guarda de hecho* (art. 303 cod. civil; art. 225-1 CCCat), invece, è quella

³⁹⁸Pone in risalto tale peculiarità PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., pp. 351. Il riferimento è al diritto forale e, per quel che qui interessa, al diritto forale della Cataluña, il quale, negli artt. 223-4 e 223-6, prevede che il giudice può conferire al curatore funzioni di ordinaria amministrazione con riferimento a determinati aspetti del patrimonio della persona interessata.

³⁹⁹A riguardo, parla di «*órgano estable pero de actuación intermitente*» PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., p. 346.

persona fisica o giuridica che opera come se fosse un tutore legale, senza, però, rivestirne effettivamente tale qualifica per mancanza di un mandato legale in questi termini, e che si prende cura o del soggetto minore d'età che si trova senza una rete di protezione, o di quei soggetti che per le condizioni psico fisiche dovrebbero essere destinatari di una sentenza dichiarativa di incapacità, ancora non emessa, nonché, di un soggetto, il quale, anche se dichiarato incapace, non risulta adeguatamente "protetto" dal proprio tutore⁴⁰⁰.

In tali ipotesi, il giudice potrà richiedere a chi si prende cura della persona debole di cui ha notizia, d'ufficio o su impulso del *guardador*, informazioni sulla condizione, al fine di disporre misure di protezione e vigilanza.

Inoltre, la regione della Cataluña prevede, oltre alle suddette tradizionali misure di protezione tipiche dell'ordinamento spagnolo (*la tutela, curatela, defensor judicial e guardia de hecho*), anche una propria misura, quella della c.d. *assistencia* che può essere maggiormente comparata all'amministrazione di sostegno, in quanto, si tratta di una misura di protezione che, in termini maggiori alle tradizionali misure di tutela, crea una rete di protezione più aderente alla personalità del soggetto e rispettosa della sua volontà⁴⁰¹.

400 Sul punto va evidenziato che una parte della dottrina ha sollevato critiche riguardo la disposizione dell'art. 215 cod. civil, per il fatto che non vi sia indicata anche la misura della *guarda de hecho*, nonostante il codice civil dedica a tale misura una precisa disciplina (art. 299).

401 In dottrina, si veda COROMINAS – MALET, *L'assistencia*, in *Esteve, Dret Civil Catlà*, II, Persona i Família (dir.), p. 165 e ss.

Infatti, gli articoli 226-1 e 226-2 CCCat. prevedono che la persona maggiore d'età possa sollecitare l'autorità giudiziaria affinché le nomini un assistente e stabilisca l'ambito patrimoniale e personale di intervento.

Con riferimento all'ambito personale del soggetto interessato, va evidenziato che l'assistente deve pienamente rispettare la volontà del soggetto, nonché dare il consenso, in sostituzione dello stesso, per gli atti indicati negli artt. 212-1 e 212-2 CCCat. Ossia per la realizzazione di atti di intervento medico laddove il soggetto non risulta in grado di manifestare da solo una consapevole volontà e non abbia lasciato un documento con le proprie dichiarazioni anticipate⁴⁰².

7.2 *Gli atti della sfera personale: aspetti generali.*

Dopo aver fornito una generale visione degli strumenti di tutela propri dell'ordinamento spagnolo, si entra ora nella parte centrale dell'attività comparatistica, al fine di analizzare il grado di autonomia del soggetto debole e del soggetto preposto alla sua protezione riguardo agli atti attinenti alla sua sfera personale, nel caso in cui il soggetto interessato

402 Art. 226-1 "La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia".

Art. 226-2 "En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas".

non sia dotato della capacità e del discernimento necessari per agire da solo.

L'importanza dell' autonomia che può essere riconosciuta alla persona preposta alla protezione del soggetto debole è propria dell'ordinamento spagnolo⁴⁰³, che, nell'articolo 215 cód. Civil e nell'art. 221-1 CCCat, precisa che le figure di tutela sopra descritte (tutela, curatela e defensor judicial) possono operare anche a protezione del solo piano personale del soggetto interessato. Riguardo al piano personale del soggetto, la dottrina è solita distinguere tra atti personalissimi, per i quali è vietato l'utilizzo di qualsiasi strumento di rappresentanza, in quanto possono essere compiuti solo dal diretto titolare e atti a contenuto personale, per i quali è ammesso l'utilizzo di tali strumenti⁴⁰⁴ (come gli atti che presuppongono un intervento medico). Di seguito, si analizzeranno alcuni degli atti attinenti la sfera personale del soggetto debole.

403 LÓPEZ FRÍAS, *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos de mentes*, RDP, 1999, p. 296.

404 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, cit., p. 251, en la parte donde, haciendo referencia a López Frías, precisa que existe una «diferencia entre derechos de contenido "personal", en los que se podría, en algunos casos, pensar en la sustitución; y derechos personalísimos, en los que no cabe, en ningún caso la sustitución». Evidenzia la problematicità anche ALVAREZ LATA N., *De la incapacitación - artículo 199 -*, cit., p. 351.

7.2.1 Matrimonio.

Quanto all'istituto del matrimonio, così come regolato dal código civil, non sembrano esserci rilevanti differenze con quanto disciplinato dal nostro codice.

L'ordinamento spagnolo considera il matrimonio (artt. 41-72) sotto una duplice accezione: formale e materiale. Secondo la prima, il matrimonio è considerato come l'atto «*fundado sul consenso dei contraenti*»⁴⁰⁵, per la cui validità è richiesta la manifestazione di un valido consenso. L'art. 45 del código civil dispone che «*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*», pena la nullità dello stesso (art. 73).

Quanto alla seconda, il matrimonio è visto come il "consorzio"⁴⁰⁶ che viene a formarsi tra i contraenti, ovvero il rapporto di diritti e di doveri (artt. 66-71 código civil) che si instaura tra gli stessi.

Quanto detto trova conferma nel contenuto dell'art. 56 del código civil, il quale prevede «*si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». Pertanto, in deroga alla regola generale in

405 PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, IV, 1991, p. 9. Recentemente, YZQUIERDO TOLSADA – CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de familia*, VI, cit., p. 517. L'importanza e la necessità che il soggetto interessato sia dotato di una capacità naturale, ossia di un grado di comprensione tale da comprendere la portata dell'atto da compiersi, cresce rispetto agli atti relativi alla sfera personale del soggetto debole. Sul punto, ALVAREZ LATA N., *De la incapacitación – artículo 199 – cit.*, p. 351.

406 Con l'espressione "consorzio", propria del canon 1055, il derecho canonico ben evidenzia l'insieme di diritti e di doveri a cui aderiscono i coniugi.

materia di contratti⁴⁰⁷ (art. 1.263-2- cod.civil), a fronte di un soggetto debole, non si applicherà mai un aprioristico divieto di contrarre matrimonio, bensì sarà obbligatorio l'accertamento medico circa la sua capacità d'agire e il suo grado di consapevolezza ad esprimere il consenso alla contrazione del matrimonio, senza che, in caso di responso positivo, sia necessaria una modifica della sentenza con la quale è stata dichiarata l'incapacità⁴⁰⁸.

Nel caso in cui, invece, il medico riconosca l'inattitudine del soggetto a poter contrarre matrimonio, il giudice non potrà che limitare la sua capacità d'agire in tal direzione.

La normativa spagnola (e altresì quella locale che fa rinvio a quella generale) risulta essere di gran lunga più morbida rispetto a quella prevista dal nostro ordinamento, non tanto nell'ipotesi di un soggetto affetto da una debolezza nei termini dell'art. 404 c.c., quanto, piuttosto, nell'ipotesi di menomazione nei termini *ex art.* 414 c.c. ossia di un soggetto interdetto⁴⁰⁹, il quale è destinatario di un aprioristico divieto di contrarre matrimonio (art. 85 c.c.).

407 L'articolo richiamato detta un divieto generale per i soggetti incapaci di prestare consenso. Infatti, detta *no pueden prestar consentimiento los incapacitados*.

408 Precisa la no necesidad de una modificación previa de la sentencia Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, cit., p. 250-251

409 Infatti, solo a fronte quest'ultimo soggetto si applicherà un aprioristico divieto di contrarre matrimonio (art. 85 c.c.), che non trova eccezione neppure rinviando all'art. 427 c.c. Infatti, se è vero che quest'ultima norma prevede che il giudice può legittimare il soggetto interdetto a compiere alcuni atti senza l'intervento del tutore, è vero anche, però, che tale previsione riguarda solo gli atti di ordinaria amministrazione, ad esclusione di quelli di straordinaria amministrazione.

Ciò che risulta comune ad entrambi gli ordinamenti è che, data la natura dell'atto del matrimonio, nessun strumento rappresentativo può essere ammesso laddove il soggetto interessato non sia in grado di esternare da solo un valido consenso alla contrazione del medesimo⁴¹⁰.

7.2.2 Separazione e divorzio.

Come il matrimonio, anche la separazione e il divorzio rappresentano un aspetto della libertà di ciascun individuo (arts. 42-106 Código civil)⁴¹¹.

L'ordinamento deve garantire l'esercizio di tali diritti, indipendentemente dalla condizione psico-fisica della persona che possa essere considerata un ostacolo.

Quanto detto costituisce un postulato della dignità umana, attraverso cui si sviluppa la personalità di ogni individuo (arts. 14, 24, 49 de la Constitución española y 2, 3, 29, 30 de la Italiana; arts. 3, 12 e 13 de la Convención de Nueva York del 13 de diciembre de 2006, ratificata dalla Spagna nel 2008 e dall'Italia nel 2009)⁴¹².

410 PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, cit., p. 23. L'unica eccezione che può trovarsi a riguardo è quella rappresentata dal c.d. matrimonio *por medio de apoderado* (art. 55 código civil), che, al pari del "matrimonio per procura" (art. 111 c.c.), ammette la trasmissione del consenso matrimoniale purchè si tratti di una trasmissione di una volontà già formata dal rappresentato, così da limitare l'attività del rappresentante a quella di un mero *nuncius*.

411 LACRUZ ET AL., *Elementos de derecho civil*, Famiglia, IV, Madrid, 2008, pp 84-91.

La separazione⁴¹³ è regolata dagli articoli 81 e ss Código civil e può, al pari del divorzio⁴¹⁴, essere di “mutuo accordo” o “contenziosa”. A seguito della legge 8.7.2005, n. 15, sono state apportate alcune modifiche al Código Civil e la Ley de Enjuiciamiento Civil in materia di separazione e di divorzio. Queste modifiche hanno permesso l’operatività di un procedimento di separazione più rapido laddove sussistano le cause previste dal 2 comma dell’art. 81 Cód. Civil, nonché l’eliminazione dei limiti temporali a partire dai quali poter presentare domanda di divorzio (art. 86)⁴¹⁵.

Cosa accade però quando il soggetto che intende separarsi o divorziare non è in grado di manifestare una consapevole volontà in tale direzione?

412 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre 2006, que fue ratificada por Italia como consecuencia de los artículos. 1 y 2 de la Ley de 3 de marzo de 2009, n. 18, reconoce expresamente *la importancia de que las personas con discapacidad revisten su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones* (art. 3 de la Convención).

413 Sull’istituto della separazione, PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, VI, cit., pp. 39-46; LACRUZ ET AL., cit., p. 84-91.

414 Riguardo al divorzio e ai suoi effetti, nonché agli aspetti comuni alla separazione, Puig Brutau, cit., pp. 47-65; La Cruz et al., cit., pp. 91-95. Come la separazione, anche il divorzio può essere richiesto senza che necessariamente sia trascorso dalla separazione un determinato arco temporale. Può essere di “mutuo accordo” o “contenzioso”. Nel primo caso, il procedimento è più rapido. Infatti, è sufficiente che assieme alla domanda di divorzio (che può essere presentata dai coniugi congiuntamente o da uno solo) sia presentato un accordo regolatore circa la custodia dei figli, il regime di visita, l’assegnazione della casa familiare ecc., sul cui rispetto sorveglierà il giudice assieme al Ministerio Fiscal.

Nel secondo caso, il procedimento ha tempi processuali più lunghi, nonostante, a seconda dei casi, è possibile richiedere al giudice l’applicazione di misure di protezione (*medidas provisionales*) destinate a regolare la situazione patrimoniale e personale dei coniugi.

415 Marín López, art. 86, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentario al Código Civil*, Aranzadi (ccord.), 2006, p. 207, nella parte in cui si legge «por una parte se suprimen las causas del divorcio...por otra, el divorcio no se concibe ya como una segunda fase, posterior a una previa separación. Ahora separación y divorcio se configuran como dos opciones independientes, entre las que las partes pueden elegir libremente».

Prima del 2000, anno in cui il Tribunal Constitucional, con la famosa sentenza de 18 de diciembre de 2000⁴¹⁶, si pronunciò a favore della legittimazione del tutore ad esercitare l'azione di separazione o di divorzio al posto del soggetto interessato, l'ordinamento spagnolo negava tale possibilità⁴¹⁷, fondando tale negazione sull'art. 81 Cód. Civil, sulla natura soggettiva dell'azione, nonché sull'identità di ciascuno dei coniugi. Attraverso tali argomentazioni, si escludeva da tale esercizio qualsiasi terzo soggetto, anche laddove si fosse trattato del rappresentante legale.

Recentemente, la sentenza de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, del 21 settembre 2011, con la sentenza n. 625, aderendo ai principi espressi dal Tribunal Constitucional⁴¹⁸, nella famosa sentenza citata, ha compiuto un passo decisivo in materia di protezione delle persone deboli, ribadendo la legittimità del tutore ad esercitare tali azioni. La sentenza si pronunciava sopra la domanda di divorzio interposta dai tutori di una donna, la quale, a due anni dal matrimonio, a seguito di un incidente stradale rimase tetraplegica e in uno stato di coma. I genitori furono nominati tutori ed

416 SENTENCIA de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000\311), en *westlaw.es*

417 Sul punto, si veda De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, vol. II, cit., p. 315, nella parte in cui precisa che el tutor «no sólo no podrá tacerle contraer matrimonio, sino no podrá pedir en su nombre...el divorcio...». Recentemente, sulla questione si veda la sentenza del TS 149/1999, nonché la dottrina ivi citata.

418 El Tribunal Constitucional si pronunció contro la sentenza del TRIBUNAL SUPREMO del 27 febbraio 1999 che aveva negato al tutore la possibilità di esercitare l'azione di separazione al posto del soggetto incapace, precisando che, in una situazione di incapacità, nessuno può esercitare l'azione al posto del diretto interessato: il soggetto interessato a causa della sua condizione e il tutore data la natura personalissima dell'azione. Si veda, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, cit., p. 254. Il caso era quello di una donna sposata, separata di fatto, che era stata dichiarata incapace e sottomessa alla tutela della madre a seguito di un incidente d'auto. Il tribunale di prima istanza negò che la madre potesse esercitare, in luogo della figlia, un'azione dal carattere tanto personale. Il Tribunale Costituzionale, però, ha ritenuto che con tale decisione fosse stato violato il diritto alla tutela effettiva, nonché il principio di uguaglianza e riconobbe la legittimazione processuale alla madre dell'interessata.

interposero domanda di divorzio che fu accolta. Il marito presentó ricorso avanti al Tribunal Supremo.

Il Tribunale riconobbe il diritto a divorziarsi dell'interessata. Nello specifico, il tutore su base delle prove (circunstancias anteriores) prodotte (il fatto che il marito fosse stato rimosso dalla carica di tutore e che non si fosse quasi mai recato a far visita alla moglie in coma o che quest'ultima, prima dell'incidente, fosse andata dal proprio avvocato ad informarsi riguardo ad un'eventuale separazione), dimostrò che l'interessata avrebbe manifestato proprio la volontà di divorziarsi, qualora fosse stata in grado di farlo⁴¹⁹.

Secondo il Tribunale, se è vero che nessuna norma del código civil riconosce in termini espressi la legittimazione attiva del soggetto incapace per l'esercizio dell'azione di separazione e di divorzio attraverso il proprio tutore, è anche vero, però, che nessuna norma lo impedisce⁴²⁰. Quanto detto risulta in sintonia con quanto prevedono gli artt. 267 e 271, n. 6, Cód. Cívil che ammettono che il tutore rappresenti il soggetto debole,

419El Tribunal ha precisado que «el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación...desemboca una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses...».

420 Sobre eso punto se opina que no puede ser llamado en causa el art. 162, 1 co., c.c. que, refiriéndose al menor no emancipado, dicta que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», ad excepción de «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». De hecho, la ley impide que los tutores no puedan representar sus pupillo en los actos relativos a derechos de la personalidad, como puede ser considerada la acción de separación y de divorcio, precisando, pero, «de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Por eso, parece, como en el caso sobre el cual el Tribunal ha dictado, que en el caso en el cual el sujeto inetersato no sea capaz de realizar por si mismo esos actos, ninguna prohibición puede ser impuesta a ellos.

presentando anche domanda giudiziale in nome dello stesso, previa autorizzazione del giudice (come richiesta nel caso in esame).

Quanto detto non perde fondamento giuridico neppure facendo riferimento alla natura personalissima dell'azione di separazione e di divorzio. Infatti, l'art. 267 Código civil non distingue tra atti personalissimi e atti non personalissimi, bensì legittima il tutore ad esercitare in luogo del soggetto interessato una serie di atti (tra i quali rientra anche l'azione di separazione e di divorzio), previa autorizzazione del giudice. Se così non fosse, si violerebbe il diritto del soggetto ad una tutela effettiva, nonché il principio di uguaglianza. La Costituzione non ha dubbi riguardo a quanto detto: l'art. 49 riconosce ai soggetti incapaci gli stessi diritti di tutti gli altri cittadini e l'art. 14 precisa che *"los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Per ultimo, l'art. 24 stabilisce il principio della tutela effettiva. Tutti questi principi trovano un ulteriore fondamento nell'art. 13 della Convenzione di Nueva York del 13 dicembre 2006 e ratificata dalla Spagna nel 2008, il quale prevede che *"lo estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demas [...]"*.

Orbene, ne deriva che la condizione d'incapacità non deve essere considerata una causa di discriminazione o un ostacolo per il soggetto interessato all'esercizio dell'azione di separazione o di divorzio: il suo

interesse, infatti, può essere perseguito attraverso il proprio tutore (art. 81 Código civil). Pertanto, il Tribunal Supremo ha considerato quanto segue.

In primo luogo, che il non riconoscere al tutore la legittimazione ad esercitare l'azione di separazione coniugale al posto del soggetto interessato, significa negare a quest'ultimo l'accesso ad una tutela effettiva e il matrimonio si convertirebbe "*de hecho en indisoluble en aquellos casos en los cuales la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo*".

In secondo luogo, che dall'art. 81 Código civil non può essere ricavato un assoluto divieto per il tutore di esercitare le azioni di separazione e di divorzio, dato che la norma non utilizza l'avverbio "solamente".

Inoltre, le critiche sollevate contro la legittimazione del tutore e fondate per la maggior parte sulla natura personalissima dell'azione di divorzio, sono state superate attraverso il criterio della volontà del soggetto incapace⁴²¹. Infatti, l'organo giurisdizionale, prendendo in considerazione i desideri, i comportamenti del soggetto quando era ancora

421 Tale criterio non trova nessuna determinata collocazione all'interno del código civil, bensì risulta essere frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, nonché sembra rispondere alle esigenze formulate dalla dottrina di trovare un criterio che guidasse l'interprete nei casi in cui il soggetto interessato non fosse in grado di compiere da solo un atto della sua sfera personale. In dottrina, già prima della riforma del 1983 si denunciava la necessità di un criterio guida per il tutore a fronte degli atti relativi alla sfera personale del soggetto interessato. Si veda, De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, vol. II, cit., p. 315, nella parte dove precisa che «*pero no se regula expresamente el ámbito de su poder en las relaciones jurídicas de carácter no patrimonial...*». Recentemente, López Frías, *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos de mentes*, cit., p. 298, nella parte in cui evidenzia che «*se ha propuesto una formula por la que se podría llegar a suplir la falta de prestación del consentimiento para actos personalísimos*».

capace di manifestare una consapevole volontà⁴²², ha ritenuto fosse venuto meno il dovere di reciproco aiuto e sostegno che nasce tra i coniugi con il matrimonio. Pertanto, se oggi il soggetto interessato fosse stato in grado di manifestare una volontà, avrebbe manifestato proprio la volontà di divorziare. Così, il giudice, al fine di realizzare il beneficio del soggetto, previsto dall'art. 216. 1 còdigo civil, ha autorizzato il tutore ad agire proprio in tale direzione.

Quanto analizzato e sostenuto dal TS porta ad un'importante considerazione: rispettare la volontà del soggetto se le prove prodotte dal tutore dimostrano che, se lo stesso, oggi, fosse stato capace di manifestare una volontà, avrebbe manifestato proprio la volontà esternata dal suo legale rappresentante. Sul punto, i dubbi circa l'effettiva riconducibilità alla volontà presunta al soggetto incapace, esternata per mezzo del suo legale rappresentante (v. anche paragr. 5.8), cadono laddove il legale rappresentante risulta, come nella maggior parte dei casi, un componente del suo nucleo familiare. Infatti, in tale caso, il grado di certezza della volontà presunta appare più alto. Ciò in quanto, trattandosi di una persona che maggiormente conosce il soggetto debole (o quanto meno che dovrebbe conoscerlo), nonché l'antecedente vissuto rispetto alla sua attuale situazione di incapacità, risulta, però, anche la più idonea a farsi portavoce della presunta volontà dell'interessato.

422Il Tribunale Supremo, precisa che *«a continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores»*.

7.2.3 Atti medici: il consenso informato.

Il dovere del medico di informare il paziente è considerato anche nel diritto spagnolo una delle principali obbligazioni che il sanitario deve adempiere al fine di curare il paziente.

Sul punto, il Tribunale Supremo ha precisato che l'obbligazione del medico di informare il paziente e di ricevere da questi un consenso/dissenso informato è un «*dovere professionale necessario*»⁴²³. Recentemente, il Tribunal Constitucional, considerato l'art. 15 CE («*la obligación de obtención del consentimiento informado es inherente al derecho a la integridad física*»), nonché i trattati e gli accordi ratificati dalla Spagna, ha precisato che «*el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho a la integridad física...del que ese consentimiento es manifestación*»⁴²⁴.

Inoltre, anche la legge detta in pari termini. Infatti, sia la legge generale della sanità (Ley 14/1986 de 25 de abril), sia la legge regolatrice dell'autonomia del paziente e dei diritti e delle obbligazioni in materia di informazione e documentazione (artt. 2.3, 4.1, 8.2, 8.3, 10.1 della Ley 41/2002 de 14 de noviembre⁴²⁵), prevedono il dovere del medico di informare il paziente. Il diritto del paziente di esternare un consenso/dissenso informato è preso in considerazione anche dal Draft

423 STS 31 de Marzo de 2004 (Rj 2323).

424 STC 28 de marzo de 2011, n. 37 (BOE n. 101 de 28 de abril de 2011). A riguardo, si veda l'art. 3 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, del 7 di dicembre 2000, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile del 1997, nonché l'art. 8.1 della Convenzione di Roma del 4 novembre del 1950.

425 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002

Common Frame of Reference⁴²⁶ (IV.C. Capitolo 8: 105 DCFR, rubricato “obligation to inform”, il quale precisa il dovere del medico di informare il paziente riguardo al trattamento a cui sottoporlo «*in order to give the patient a free choice regarding treatment*», nonché ai rischi che potrebbero verificarsi durante l'intervento ritenuto utile, indipendentemente dal grado di prevedibilità⁴²⁷. A riguardo, il Codice di Deontologia Medica detta che: «*la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones*» (art. 12 CGCOM, 2011).

Pertanto, il consenso del paziente funge da *conditio sine qua non* per l'operato del sanitario, non superabile neppure nelle situazioni d'urgenza e di stato di necessità terapeutica, ad eccezione di alcune ipotesi nelle quali entrano in gioco interessi relativi alla tutela della sanità pubblica⁴²⁸ e quando esiste il rischio grave per l'integrità fisica o psichica del soggetto e non è possibile ricevere la sua autorizzazione⁴²⁹ o in ipotesi di *instrucciones previas*⁴³⁰ (art. 11 L. 41/2002).

426Il Draft Common Frame of Reference (pubblicato nel 2008) può essere definito come il progetto accademico volto a raggiungere una terminologia giuridica europea armonizzata in materia contrattuale, la risposta alla necessità evitare applicazioni del diritto difforni nell'ambito dei diversi paesi membri, nonché un'incoerenza terminologica all'interno delle direttive data, spesso, dall'uso di diversi concetti impiegati per definire la stessa fattispecie da utilizzare nelle direttive e di termini giuridici astratti di cui non viene fornita alcuna definizione o che sono definiti in maniera troppo generale. È predisposto da una commissione di natura accademica coordinata da alcuni professori di diritto privato comparato. È composto da dieci libri e da un'appendice di definizioni; ciascun libro è composto da decine di regole e definizioni.

427 STS 29 de septiembre de 2009 (Rj 8547).

428 Riguardo a tale ipotesi, l'art. 9.2 della ley 41/2002 e Ley 3/1986 precisa che l'urgenza può legittimare il medico ad agire senza il previo consenso del soggetto interessato laddove dalla sua inerzia possa derivare un rischio per la salute pubblica (ad esempio, in ipotesi di malattie contagiose).

429 In tale ipotesi, la legge 41/2002 legittima il medico ad agire senza il consenso del soggetto, informando, però, preventivamente, del suo operato, i familiari del paziente o chi è legato allo stesso da relazioni di fatto (art. 9). La giurisprudenza, però, è divisa sul punto. Un primo orientamento sembra ammettere che in ipotesi di

L'importanza del consenso informato trova conferma anche nel c.d. derecho territorial. Il codice civile della Catalogna prevede che *«el paciente es el titular del derecho a la información y quien tiene el derecho a permitir y autorizar el acceso a la información que se refiere a su salud, salvo en los casos en que la legislación establece otra cosa»* (art. 212-1.2 CCCat).

Per ultimo, quanto alla forma di manifestazione del consenso/dissenso informato, la ley 41/2002 ammette come regola generale la forma orale (art. 8.2). Infatti, il consenso informato viene definito come *«la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud»* (art. 3). L'art. 8.2, però, esige la forma scritta in determinate ipotesi: interventi chirurgici, procedimenti diagnostici, terapeutici e invasivi, nonché, in generale, nei casi di procedimenti che prevedono il verificarsi di un rischio di notevole e prevedibile ripercussione negativa sopra la salute del paziente ed infine in numerose altre ipotesi, come ad esempio, in caso di rifiuto o di revoca al trattamento medico.

interventi di medicina curativa il medico sia esonerato dall'obbligo di prospettare al paziente un esaustivo grado di informazione, laddove l'intervento, considerata la condizione del paziente, non possa rivelarsi peggiorativo della condizione medesima. Si veda, STS 12 de enero de 2003; STS 29 de julio de 2008 (Rj 4638). Un secondo orientamento, che si ritiene maggiormente in linea con i precetti della normativa medica richiamata, considera, invece, inderogabile l'obbligo del medico di informare esaustivamente il paziente, anche in relazione ai rischi con un grado di verificabilità minimo. Si veda, STS de 20 de junio de 2009 (Rj 4323).

430 Si tratta della circostanza in cui si prevede l'esonero del medico dal dovere di informare il paziente laddove quest'ultimo abbia in precedenza espressamente manifestato la volontà di non essere informato.

7.2.3.1 *Il consenso por representación.*

L'analisi finora compiuta considera l'ipotesi di un soggetto capace di manifestare da sé un valido e consapevole consenso al trattamento medico.

Quanto a un paziente che non è in grado di manifestare un valido consenso/dissenso, la ley 41/2002 ammette il consenso per rappresentanza essenzialmente in due ipotesi (art. 9.3). La prima, riferita ai soggetti che non possono prestare validamente il proprio consenso o per ragioni di carattere transitorio o perché sono incapaci legalmente. La seconda, riferita ai minori d'età che non sono intellettualmente capaci di comprendere l'area dell'intervento medico. In tali ipotesi, il consenso al trattamento medico può essere espresso dal legale rappresentante o, in sua assenza, dai suoi familiari o dalle persone a lui relazionate di fatto.

Inoltre, all'interno di una rete di protezione maggiormente tesa alla protezione del soggetto debole ed in linea con il Codice di Deontologia Medica (art. 13.3), la legge 41/2002, prevede che la situazione d'urgenza nella quale si trova il soggetto incapace può legittimare il medico ad agire senza il previo consenso del soggetto, con l'unico limite, ove possibile, di informare delle sue intenzioni i familiari o le persone vicine all'interessato⁴³¹ (art. 9.2), a meno che quest'ultimo non abbia lasciato un

431 In pari termini detta il Draft, IV.C-8:108 che prevede che in ipotesi in cui il paziente non sia capace di manifestare il proprio consenso al trattamento, il medico può intervenire in maniera autonoma laddove la situazione risulti d'urgenza. Nello specifico "In so far as the patient is incapable of living consent, the treatment provider must not carry out treatment unless...the treatment must be provided in an emergency".

c.d. c.d. *testamenton vital* che, anche se non trova una precisa disciplina normativa all'interno del Código Civil, trova, però, un riconoscimento giuridico all'interno di una fonte *extra* codicistica. Infatti, la l. 41/2002 regola riconosce a una persona, capace di intendere e volere, il potere di manifestare la volontà di non essere mantenuta in vita artificialmente e di non dover essere sottoposto a trattamenti medici sproporzionati⁴³². Il medico deve rispettare la volontà del paziente precedentemente manifesta, a meno che non risulti essere contraria alla *lex artis*, all'ordine pubblico e al presupposto di fatto considerato dal paziente al momento del rilascio di tali direttive (art. 11.3).

Tale punto rappresenta prova ulteriore del fatto che entrambi gli ordinamenti basano il proprio sistema di protezione sul principio del

432 Nello specifico, l'art. 11 prevede che «por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Il legislatore spagnolo è stato influenzato in maniera significativa dalla posizione che alcune Comunità Autonome, come quella della Catalogna, avevano già da tempo assunto, come in particolare, la Catalogna (art. 212-3.1 CCCat e art. 8 Ley 21/2000, de 29 de diciembre - BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001 -), è stata una delle prime Comunità a dettare una precisa normativa in materia di autonomia privata e di diritti di informazione del paziente, tra i quali quello di poter redigere un testamento vital. A riguardo si veda «La inclusión de la regulación sobre la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas en la parte relativa a la autonomía del paciente constituye seguramente la novedad más destacada de la Ley. Incorporar dicha regulación supone reconocer de manera explícita la posibilidad de que las personas puedan hacer lo que comúnmente se conoce como testamentos vitales o testamentos biológicos, por primera vez en el Estado español, para poder determinar, antes de una intervención médica, sus voluntades por sí, en el momento de la intervención, no se encuentran en situación de expresarlas Un documento de estas características, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 1997, antes mencionado, debe entenderse como un elemento coadyuvante en la toma de decisiones, a fin de conocer con más exactitud la voluntad del paciente». Inoltre, «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones».

rispetto della volontà del paziente, legittimando il soggetto che ne è preposto alla cura ad agire in suo luogo. Ciò, quando tale volontà non risulti manifestabile dal soggetto stesso perché, ad oggi, incapace.

Riguardo tale punto e considerando l'analisi fin ora condotta, si ritiene che, nonostante non esista nell'ordinamento spagnolo nessuna sentenza che in materia di trattamenti medici abbia fatto riferimento al criterio della volontà del soggetto incapace e alla legittimità del tutore ad agire al suo posto, persuadendo il giudice del fatto che se oggi il soggetto fosse stato in grado di manifestare una consapevole volontà, avrebbe manifestato proprio tale volontà (per l'ordinamento italiano si veda la più volte citata Cass. 21748/2007), il suddetto principio non è del tutto estraneo al legislatore spagnolo. Infatti, legittimando il tutore ad esternare il consenso del soggetto interessato laddove questi sia incapace di esternarlo da solo, dispone, seppur indirettamente, che il tutore, prima di agire in luogo del soggetto incapace, deve operare in virtù di una volontà presunta del soggetto, convincendo il giudice che laddove fosse stato capace avrebbe esternato proprio quella volontà. Ciò, al di fuori delle situazioni d'urgenza, nelle quali la necessità di operare dentro ristretti limiti di tempo non rende evidentemente possibile l'uso di tale criterio e, pertanto, il tutore è legittimato *ex lege* ad agire in maniera rapida ed autonoma.

Su tale questione, il diritto catalano non elenca le specifiche condizioni di salute di fronte alle quali ammettere il c.d. *consenso por representación*, bensì viene precisato che detta rappresentanza è ammessa

in tutte le circostanze nelle quali il soggetto, a causa della menomazione psichica/fisica in cui si trova, non è capace di intendere la propria situazione né di esternare il consenso all'atto medico (art. 212-2.2 CCCat.).

7.3 Testamento.

L'Ordinamento spagnolo prevede la capacità a testare, di «*todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*» (art. 662). Il che equivale a dire che chiunque può testare ad eccezione dei soggetti indicati dalla legge, ossia i minori di 14 anni e i soggetti che abitualmente od occasionalmente non si incontrano in una condizione di lucidità mentale (artt. 663) tale da intendere l'atto da compiersi, sebbene non siano stati giudizialmente dichiarati incapaci⁴³³. In termini più specifici detta il codice civile della Cataluña (art. 421-3CCCat), prevedendo la capacità a testare di tutti coloro che non risultano incapaci di farlo e che, pertanto, al momento di testare siano naturalmente capaci di farlo.

Quanto detto, permette di sottolineare che, al contrario di quanto previsto nel codice civile italiano (art. 591), la capacità a testare nell'ordinamento spagnolo è negata ai soggetti giudizialmente dichiarati

433 La giurisprudenza si è pronunciata sul punto. Precisando che si deve trattare di un'incapacità tale da non permettere al soggetto di condurre la propria vita di relazione, nonché di avere una cognizione degli atti che vuole compiere, Nello specifico, pertanto, deve trattarsi di un soggetto che non ha una capacità di intendere e volere l'atto del testamento nel momento in cui chiede di testare. Sul punto, si veda STS 29 marzo 2004, RJ 2004, 23109.

incapaci solo in due ipotesi e, comunque, mai in maniera aprioristica⁴³⁴. La prima quando il giudice lo dispone nella sentenza d'incapacitación⁴³⁵. La seconda quando il giudice nulla precisa riguardo all'incapacità a testare. In questo caso, il soggetto rimarrà capace di testare previo responso favorevole di due periti medici sul suo grado di capacità. L'art. 665 è chiaro: «*siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*».

Anche la contestazione della capacità a testare deve essere supportata da una perizia medica⁴³⁶. Che servirà al giudice del procedimento per accertare tale capacità o dichiarare nullo⁴³⁷ il testamento redatto (art. 663). La *ratio* dell'esigenza della perizia medica trova fondamento nella natura personalissima del testamento. Sul punto, la

434 Se così non fosse, si realizzerebbe un'esclusione a priori dell'incapace dalla sfera dei soggetti capaci a testare, nonché un'ingiusta limitazione, estendendola anche ai momenti di lucidità, nei quali, invece, il soggetto può legittimamente testare. Si veda, ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos, sub art. 666*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 846 nella parte in cui si legge che «*el juicio de capacidad del testator ha de referirse únicamente al momento de testar. En otras palabras, ni las circunstancias anteriores o posteriores de incapacidad presumen la incapacidad en el momento del otorgamiento*».

435 In giurisprudenza, si veda STS 20 maggio 1994, n. 479 RI 1994/3723. Stesso discorso per quanto riguarda la capacità a succedere per testamento (art. 744; art. 412-1 CCCat.). Si veda, TRUJILLO DÍEZ-MARÍN LÓPEZ, *De la herencia, sub art. 744*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 920.

436 ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos, sub art. 662*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 843

437 ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos, sub art. 663*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 844

437 ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos, sub art. 663*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 844

dottrina spagnola non ha dubbi: «*el testamento es un acto personalísimo – o se realiza por el testador o no se puede realizar*⁴³⁸ ...».

Orbene, in termini simili rispetto a quanto previsto nel nostro ordinamento, considerata la natura personalissima dell'atto di ultima volontà, nonché le caratteristiche dell'unilateralità e dell'unipersonalità, non sussistono dubbi nell'escludere l'uso di strumenti di rappresentanza, sia volontaria che legale in tutte le forme di testamento⁴³⁹ e l'applicazione di criteri, come quello relativo alla volontà presunta del soggetto incapace, che, come visto, guida l'intervento del legale rappresentante in alcuni atti personali del soggetto interessato (ad esempio separazione, divorzio, atti di intervento medico). Criterio che in tale sede risulta di infattibile applicazione data l'impossibilità di ricostruire *l'animus testandi* del testatore.

438 ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos*, sub artt. 666-667-670, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 846-849. L'a. precisa che il carattere personalissimo del testamento trova un esplicito richiamo in questa norma, ove si precisa che solo il testatore può manifestare la volontà testamentaria, non essendo ammissibile né la rappresentanza volontaria né quella legale.

439 ÀLVAREZ LATA, *De los testamentos*, sub artt.670, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 849. L'a. precisa che il carattere personalissimo del testamento trova un esplicito richiamo in questa norma, ove si precisa che solo il testatore può manifestare la volontà testamentaria, non essendo ammissibile né la rappresentanza volontaria né quella legale. Nello specifico si legge che «*el artículo 670 prescribe que el testador ha de disponer por sí mismo: no es posible la representación voluntaria o legal...*». Quanto detto vale sia per il c.d. testamento común (ológrafo, abierto o cerrado) sia per il testamento especial per le condizioni del testatore (pazzo, cieco, sordo, sordomuto), per le circostanze nelle quali è redatto (in tempo di guerra, di epidemia ecc.) o per il luogo nel quale è stato redatto (marittimo o in un paese straniero).

7.4 La donazione.

Riguardo alla donazione (art. 618 e ss Còd. Civil), il codice civile spagnolo non prevede uno specifico divieto a donare per le persone dichiarate incapaci, bensí ne prevede uno, diretto a coloro che non hanno la capacità di concludere contratti e di disporre dei propri beni. Il che equivale a dire che non può donare chi non è in grado di manifestare un valido consenso nei termini stabiliti in materia di contratti (art. 1263 Cód. civil). Nessun dubbio sorge riguardo all'applicazione di tale divieto al minore non emancipato che, in quanto tale, non può donare, mentre per quanto riguarda il soggetto incapace, si ritiene che l'anzidetto divieto può applicarsi solo laddove il giudice faccia espressa menzione nella sentenza che dichiara l'incapacità⁴⁴⁰. Pertanto, il tutore può essere autorizzato dal giudice a donare al posto del soggetto incapace. Quanto detto trova conferma nell'art. 271, 9 Cód. Civil, nel quale si precisa che il tutore necessita autorizzazione giudiziale «*para disponer a titulo gratuito de bienes o derechos del tutelado*».

Orbene, la normativa spagnola si scontra con quella italiana (art. 774 c.c.) che nega ai soggetti incapaci (ad eccezione del minore emancipato e dell'inabilitato) la possibilità di donare, sia autonomamente sia per mezzo

440 ZURRILLA CARIÑANA, *De las personas que pueden hacer o recibir donaciones, sub artt. 624*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 804

del legale rappresentante, (nonostante in un'isolata pronuncia di merito sia stato riconosciuta tale legittimazione⁴⁴¹).

Quanto al tema della capacità di accettare per donazione, sia il *derecho estatal*, sia il *derecho territorial* (artt. 271. 4 e 626 cód. Civil; 531-21.1 CCCat.) non pretendono che il soggetto abbia la piena capacità d'agire nel momento in cui deve accettare la donazione, ritenendo sufficiente la capacità naturale. Ne consegue che la capacità di accettare donazioni è valutata in relazione al momento stesso in cui tale atto si realizza. Ciò comporta che anche un soggetto dichiarato incapace giudizialmente può accettare una donazione se al momento stesso di realizzare tale atto risulta dotato di un grado di discernimento tale da comprenderne la portata e gli effetti⁴⁴². Il che equivale a dire che l'autonomia del soggetto risulterà ampiamente tutelata nell'ipotesi di una donazione non onerosa, senza che questa possa essere limitata dall'intervento del proprio rappresentante legale o possa essere subordinata all'autorizzazione giudiziale o all'esistenza di una perizia medica (come avviene per il testamento), a meno che non si tratti di donazione condizionale od onerosa (art. 626 Cód. Civil; 531-21.2 CCCat).

441 TRIB LA SPEZIA, 02-10-2010, cit., p. 77.

442 ZURRILLA CARIÑANA, *De las personas que pueden hacer o recibir donaciones*, sub artt. 625-626, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 806-807.

7.5 Riflessioni.

L'analisi comparatistica effettuata con il di diritto spagnolo, tanto a livello generale, quanto a livello territoriale, porta a precisare quanto segue.

Nella tutela e nella curatela la regola e l'eccezione si invertono: nella prima il soggetto interessato sarà sostituito in tutto, salvo in quegli atti oggetto di espressa previsione di legge o indicati dal giudice nella sentenza di incapacitación (art. 267 cod. civil); nella seconda, così come prevedono gli artt. 287 e 289 cod. civil, il soggetto sarà limitato, in relazione al suo grado di discernimento⁴⁴³, solo laddove la sentenza che dichiara l'incapacitación o una sua modifica⁴⁴⁴ lo preveda espressamente.

443 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 272 nella parte in cui osserva che «Y ya dentro de esa posibilidad de elegir, según las circunstancias, entre tutela y curatela, determinar, además, la sentencia de incapacitación la mayor o menor entina de ésta en el caso que sea, de modo que si se acordò la tutela, sean más o sean menos, según lo pisa el estado de la persona, los actos sustraídos al incapacitado, y si se acordò la curatela sean más o menos, a tenor de su importancia y de las circunstancias, los actos en el que no se deja al incapacitado libertad para obrar por sí solo, sino que se exige también intervenció del curador». Inoltre, si sottolinea che con un altro "fallo judicial", laddove sia terminata la causa per la quale l'incapacitá fu chiesta, il giudice potrà dichiarare cessata l'incapacitá (ivi, p. 277-278).

444 Il concetto appare esaustivamente spiegato nella sentenza del STS 10 de febrero del 1986, cit. Si legge che *El concepto no exige, desde luego, que se trate de enfermedades o deficiencias incurables, como lo demuestra que en el artículo 761 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) se contemple una evolución de la enfermedad que permita una modificación de la sentencia de incapacitación y la recuperación de la capacidad. Ciò significa che la dichiarazione di incapacitación non appare una sanzione, ma, al contrario come una misura con la quale proteggere il soggetto debole da se stesso e dagli altri. Sul punto, la dottrina sembra unanime: la incapacitación no es una medida sancionadora, sino que su declaración se realiza en beneficio de la persona y como una medida para protegerla de sí misma y de los demás, como consecuencia de la falta de suficiente raciocinio o discernimiento que le impida autogobernarse. In tali termini, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de la familia y de la persona*, II, cit., p. 236 e 306 donde dice que «de acuerdo con el art. 761 LEC, sobrevenidas nuevas circunstancias, que permitan decidir que ha cesado aquella causa que provocó la incapacitación o que ha variado el estado de enfermedad o deficiencia física o psíquica, puede instarse un nuevo procedimiento para dejar sin efecto la incapacitación o modificar su alcance». Inoltre, lo stesso autore, richiama la importante, anche se non recente, sentenza de 7 de enero de 1989 (RJ, 1989, 97) a mezzo della quale si precisó*

In caso contrario, ossia nell'ipotesi in cui la sentenza dichiarativa dell'incapacità non abbia specificato gli atti per i quali è necessario l'intervento del curatore, troverà applicazione l'art. 290 cod. civil dettato in materia di tutela⁴⁴⁵, il quale precisa che il curatore potrà intervenire rispetto a quegli atti per i quali l'intervento del tutore è subordinato ad autorizzazione giudiziale.

Quanto detto evidenzia alcune comunanze con il nostro ordinamento.

La prima, che come l'art. 427 c.c. (in materia d'interdizione) mitiga la tradizionale rigidità della misura di tutela, riconoscendo una certa autonomia al soggetto interdetto, e l'art. 409 c.c. (in materia di amministrazione di sostegno) salva gli atti della vita quotidiana del soggetto interessato da un'eventuale limitazione della sua capacità, così, l'art. 267 cod. civil prevede che vi siano atti che la persona debole potrà compiere autonomamente, ossia quegli atti indicati per disposizione espressa di legge o nella sentenza che ha stabilito l'incapacità (art. 199 codice civil)⁴⁴⁶. Quanto detto implica una maggiore valutazione e un maggior rispetto della persona, anche nelle situazioni di incapacità più gravi, evitando di ridurre il termine malattia a sinonimo di completa incapacità. Ciò in quanto, il fine della tutela è il massimo beneficio e interesse della persona e, se possibile, il recupero delle sue capacità,

che il venir meno della causa di incapacità permette di riformare la sentenza precedente, nonchè i limiti e l'estensione di detta incapacità. Si veda anche N. ALVAREZ LATA, *De la incapacitación - artículo 199 -*, cit., p. 35.

⁴⁴⁵ PARRA LUCÁN, *Istituciones de guardia. La curatela y el defensor judicial*, cit., p. 344.

⁴⁴⁶ M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 269.

nonché il suo reinserimento sociale (art. 269 cód. civil). Infatti, come è stato evidenziato in giurisprudenza, il criterio che deve regolare il sistema di protezione deve essere quello del maggior interesse e beneficio del soggetto interessato⁴⁴⁷. Ciò significa che la persona che affianca il soggetto (art. 215 inclusa la *guarda de hecho*) deve perseguire l'interesse del soggetto tutelato, così come stabilisce l'art. 216 cód. civil⁴⁴⁸.

La seconda, in quanto se è vero che, così descritta, la tutela contenuta nell'art. 222 cod. civil, ravvisa alcuni elementi tipici dell'interdizione, è anche vero, però, che nella stessa si denota la presenza di una protezione non solo prettamente economica e strettamente patrimonialistica dell'individuo, ma anche personale (tipica dell'amministrazione di sostegno).

La terza, per il fatto che la dichiarazione di *incapacitación* non deve rappresentare, nei limiti del possibile, un ostacolo per il godimento dei diritti fondamentali del soggetto interessato e neppure deve incidere su tutta la sfera giuridica della persona⁴⁴⁹, così come prevede il nostro sistema di protezione riguardo l'amministrazione di sostegno.

Prima della dichiarazione di incapacità gli atti compiuti dal soggetto sottoposto a tutela o curatela sono considerati presuntivamente validi, a meno che, non sia presentata un'istanza di invalidità degli stessi. Laddove

447 Sul punto, si veda STS 16 septiembre 1999 (RJ 1999, 6938) e STS 14 julio 2004 (RJ, 2004, 5204). In dottrina, N. ALVAREZ LATA, *De la incapacidad - artículo 199*, cit., p.350.

448 N. ALVAREZ LATA, *De la tutela y de la guarda de los menores o incapacitados,- artículo 216*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por), cit., p. 357. En jurisprudencia, STS 22 julio 1993 (Rj 1993, 6277).

449 A. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005, p. 74

il giudice abbia ridotto la capacità del soggetto per determinati atti, questi non potranno essere dallo stesso compiuti, nemmeno durante gli intervalli di lucidità⁴⁵⁰.

La normativa spagnola, generale e locale, lascia un ampio grado di autonomia al soggetto incapace in relazione all'esercizio di atti relativi alla sua sfera personale, non limitando o escludendo a priori la sua capacità a realizzare detti atti, bensì fornendogli tutta una serie di controlli o supporti per preservare il più possibile la sua personale capacità di autodeterminarsi.

450 M., ALBALADEJO, *Derecho civil 1*, cit., p. 265-275, nella parte in cui nota che *despues del fallo, suprimida o limitada por èste, la capacidad de obrar en el sector que sea, el acto, si cabe en el sector de capacidad suprimida o limitada, es invalido aunque se relaize en un momento de lucidez.*

Conclusioni

L'argomento centrale della tesi riguarda i limiti all'operato dell'amministratore di sostegno in relazione agli atti di natura personale e personalissima del beneficiario.

Prima di concentrarsi sul tema specifico della trattazione, si è ritenuto necessario soffermarsi su questioni di carattere generale: in particolare sulla questione relativa ai principi sottesi all'istituto dell'amministrazione di sostegno, per evidenziare la logica profondamente innovatrice di tale misura; ossia soddisfare esigenze e bisogni della vita quotidiana dei soggetti deboli, limitandone il meno possibile la capacità d'agire (art. 1 L. 6/2004). Nello specifico, si è evidenziato il principio della flessibilità, dato che il contenuto del provvedimento *ex art. 405 c.c.* non è più definito dal legislatore (come per l'interdizione, ad eccezione di quanto dispone il novellato art. 427 c.c.) bensì costruito di volta in volta da parte del giudice sulla base delle esigenze concrete di ciascun disabile; altresì si è considerato il principio della proporzionalità nel senso che il provvedimento *ex art. 405 c.c.*, dovrà rispecchiare un equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione del beneficiario, assicurandogli tutti gli strumenti di assistenza di cui ha bisogno, senza sottrarre maggior capacità di quanta risulti necessaria e sufficiente in concreto per garantire la protezione dei suoi interessi oltre che sul piano patrimoniale, anche sul piano personale.

Dall'analisi svolta, pertanto, si può sostenere la capacità dell'amministrazione di sostegno, rispetto agli istituti tradizionali di tutela di apportare maggior protezione in favore del soggetto non autonomo, nonostante il comune divieto sul piano della rappresentanza dei c.d. atti personalissimi, al contrario di quelli personali.

Si è ritenuto utile operare un inquadramento della natura dei suddetti atti, evidenziando, che, mentre per gli atti personalissimi (matrimonio, testamento e donazione) il divieto di rappresentanza opera in termini rigidi, nonostante isolate pronunce giurisprudenziali, per i secondi (azione di separazione e divorzio, atti di intervento sanitario), sembra potersi prospettare il superamento del rigido divieto, anche se l'amministratore di sostegno non potrà mai arrivare a sostituirsi al beneficiario in termini rappresentativi, bensì assumerà una particolare qualifica di *nuncius sui generis*. Entrambi gli atti rappresentano uno strumento di manifestazione delle volontà intime della persona, ossia del suo modo di essere individuale, e la cui differenza, pertanto, non può essere ricondotta ad un piano meramente teorico, bensì deve fondarsi sul criterio dell'ammissibilità di strumenti rappresentativi per il compimento dell'atto considerato in quel momento.

Da qui seguono due importanti dimensioni dell'istituto dell'amministrazione di sostegno: la prima riferita alla sua dimensione statica, relativamente ai destinatari della misura; la seconda riferita all'istituto nella sua dimensione dinamica, cioè con riguardo agli effetti della misura che non sono definiti *ex ante* dal legislatore, bensì sono per

espressa volontà della legge, modulabili dal giudice tutelare in relazione al singolo caso. È proprio la possibilità di calibrare gli effetti dell'amministrazione di sostegno sulle concrete esigenze di tutela del soggetto, che costituisce l'insopprimibile peculiarità di tale misura di protezione e, nel contempo, anche la sfida che essa lancia al giudice tutelare che è rivestito di un compito delicato.

Da tale considerazione si è evidenziato l'importante ruolo che riveste il giudice tutelare, non solo nell'esaminare il soggetto beneficiario, bensì nel dettare il decreto *ex art 405 c.c.*: maggiore sarà la chiarezza contenutistica del medesimo, in ordine ai poteri di rappresentanza e assistenza dell'amministratore di sostegno, maggiormente limitate saranno le questioni problematiche in ordine all'ampiezza di tali funzioni e più chiara sarà l'area di autonomia riconosciuta al beneficiario.

L'amministrazione di sostegno ha operato invero una rivoluzione copernicana in tema di assistenza ai soggetti non autonomi, modificando la nozione stessa di incapace che assume una nuova autonomia, poiché arriva a comprendere anche la figura dell'infermo di mente senza esaurirsi in essa. Tuttavia, proprio per tale importante innovazione non si comprende la grave mancata introduzione (voluta?) nel codice civile del contenuto dell'art.1 della l. 6/2004.

La trattazione dimostra che nell'amministrazione di sostegno, il soggetto preposto alla protezione del soggetto debole riveste una particolare funzione "ibrida": un po' quella del tutore e un po' quella del curatore (art. 409 c.c.).

Il criterio guida da fornire all'amministratore di sostegno nell'espletamento della sua attività di assistenza è la volontà del beneficiario, cercando così di sopperire ai "silenzi" del decreto di nomina e di far fronte a un beneficiario non più capace di compiere autonomamente e consapevolmente l'atto.

Pertanto, col supporto di giurisprudenza e dottrina si è osservato che nelle ipotesi di incapacità del beneficiario, colpito da una menomazione psicofisica grave, nei termini *ex art 414 c.c.*, l'amministratore di sostegno può comunque assicurare il compimento dell'atto a mezzo del c.d. criterio della ricostruzione della volontà, agendo nelle vesti di un *nuncius sui generis* (poiché non si fa semplice portavoce, bensì si inerisce nell'*iter* di formazione della volontà. Ciò significa che l'amministratore dovrà agire "con il beneficiario", per ricostruire o accertare che qualora il soggetto fosse stato consapevole avrebbe agito proprio in quel modo, anche se non si è mancato di osservare la contraddizione di fondo di tale espressione.

A tal riguardo, si è precisato che se da un lato, l'enunciato criterio della volontà permette, in termini di "ricostruzione", di ampliare la sfera giuridica del beneficiario, consentendogli il compimento di atti che dovrebbero ritenersi preclusi (ad esempio, quelli relativi al consenso a un intervento sanitario o all'esercizio dell'azione di separazione o divorzio), nonché di valorizzarne l'autonomia e la volontà; dall'altro, non sempre può evitare il ricorso all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. Infatti, il criterio in esame, non potrà considerarsi un dogma da applicarsi *sic et simpliciter*, bensì dovrà valutarsene l'ammissibilità, su autorizzazione

del giudice, a seconda della condizione del soggetto, nonché a seconda della natura degli atti considerati e della loro urgenza.

Tali considerazioni generali sono state applicate ad alcuni atti attinenti alla sfera personale del beneficiario per esaminare, a fronte anche del silenzio del decreto *ex art. 405 c.c.*, la loro realizzabilità da parte dell'interessato, anche a mezzo del suo amministratore, sulla base del rilievo della valutazione della volontà.

L'analisi si è concentrata sulle cure mediche (cap. 4): laddove il beneficiario sia capace di esternare da sé il proprio consenso o dissenso al trattamento medico o laddove questi abbia lasciato direttive anticipate, non potrà legittimarsi nessun tipo di attività in termini di sostituzione, in linea con il criterio del c.d. *best interest* soggettivo teso a dare rilevanza alla volontà del beneficiario. In ipotesi d'urgenza, invece, in cui il soggetto sia incapace di esternare una sua volontà e non abbia lasciato alcuna direttiva anticipata dalla quale appurare con certezza la sua volontà circa il trattamento da compiersi, ecco che, su base del criterio del c.d. *best interest* oggettivo, la decisione finale in merito all'intervento da compiersi spetterà al medico.

Quanto al matrimonio (cap. 5) si è osservato che il giudice tutelare potrà estendere il divieto di sposarsi che il codice civile prevede per il soggetto interdetto (art. 85 c.c.) anche al beneficiario di amministrazione di sostegno, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 411 c.c., con la peculiarità, però, che tale "effetto incapacitante" è temporaneo e circoscritto al singolo atto. In tale caso, data la natura personalissima dell'atto del matrimonio,

l'amministratore di sostegno non potrà sostituirsi all'interessato o ricostruirne la volontà. Potrà, al più, se il beneficiario conserva un minimo di capacità di autodeterminarsi, supportare o accertare gli effettivi bisogni del soggetto, senza esorbitare in un (illegittimo) condizionamento della mente.

Quanto alla separazione e divorzio (cap. 5), si è ritenuto che l'apertura creata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 9582 riguardo alla possibilità per il soggetto incapace di separarsi o divorziare a mezzo del proprio legale rappresentante rappresenta un passo avanti nell'attività di protezione a favore dei soggetti deboli. Nello specifico, ciò non crea questioni problematiche nel caso in cui il soggetto sia capace di elaborare ed esternare una propria volontà in proposito. Infatti, in tale caso, l'azione di separazione o divorzio sarà esercitabile dallo stesso soggetto o dal proprio amministratore di sostegno sulla base di una precisa richiesta rivolta al giudice tutelare. La questione, invece, è meno chiara quando il soggetto è affetto da una menomazione psico/fisica tale da non renderlo in grado di formare ed esternare una propria volontà. Anche se in tale caso si ritiene condivisibile l'applicabilità del criterio elaborato dall'orientamento giurisprudenziale citato a favore dell'intervento del legale rappresentante, non possono trascurarsi alcuni dubbi di carattere pratico che si creano a riguardo, come ad esempio quello circa il grado di validità della ricostruzione della volontà di separarsi o divorziare di un soggetto che non è più in grado di manifestare una volontà a riguardo.

Per ultimo, sono stati analizzati altri due atti personalissimi, quello del testamento e quello della donazione (cap. 6). Tutte le forme di testamento richiedono una capacità del testatore. Pertanto, a fronte di un soggetto incapace di manifestare una consapevole volontà, si ritiene che non sia possibile legittimare il soggetto a testare, né personalmente, né a mezzo di strumenti rappresentativi o applicando il criterio della ricostruzione della volontà, legittimando l'amministratore di sostegno a compiere l'atto; ciò, nonostante un'isolata pronuncia di merito abbia legittimato un amministratore di sostegno a redigere il testamento olografo del beneficiario capace di comunicare solo attraverso un lettore ottico. Quanto alla donazione si è evidenziato che, laddove il beneficiario conservi una propria cosciente volontà di autodeterminarsi non potrà vedersi precluso il diritto di donare, a meno che, il giudice tutelare non ritenga necessario, a tutela degli interessi del soggetto e dei terzi che ne sono in stretto rapporto, vietare il compimento o di affiancargli l'amministratore, in termini di assistenza. Il che equivale a dire che il giudice tutelare dovrà caso per caso valutare la delicatezza della vicenda, nonché e forse in termini maggiori, la presenza degli interessi coinvolti.

A tal proposito, si è affrontato il quesito se nel caso in cui il soggetto non fosse più in grado di manifestare attualmente una volontà, potesse comunque donare per mezzo del proprio amministratore sulla base della volontà manifestata in passato e diretta al compimento dell'atto in questione. In prima battuta la risposta è sembrata negativa.

La giurisprudenza di merito, però, ha aperto un varco circa l'ammissibilità per il beneficiario di compiere tale atto personalissimo tramite il proprio amministratore di sostegno, a mezzo della ricostruzione della volontà; quasi applicando una sorta di accertamento delle direttive anticipate di atti di liberalità che il soggetto aveva oralmente esternato quando era capace.

In conclusione, le considerazioni fin ora sviluppate sono state comparate con il sistema di tutela dell'ordinamento giuridico spagnolo, rilevando una rete di protezione simile a quella su cui si basa l'amministrazione di sostegno, dove nulla è dato per scontato o aprioristicamente determinato, bensì rimesso alla valutazione della persona interessata, caso per caso, anche in situazioni di incapacità grave.

Il fine della tutela è il massimo beneficio e interesse della persona e, se possibile, il recupero delle sue capacità, nonché il suo reinserimento sociale (art. 269 Codice civile Spagnolo). La persona che affianca il soggetto debole, indipendentemente dalla qualifica rivestita (art. 215 Codice civile Spagnolo); inclusa la *guarda de hecho*, ossia il soggetto che *de facto* agisce come tutore senza, però, un mandato formale) deve agire in nome dell'interesse del soggetto tutelato, così come stabilisce l'art. 216 Codice civile Spagnolo, senza sostituirsi al soggetto, almeno non in maniera automatica.

La normativa spagnola, pertanto, lascia un'ampia area di autonomia al soggetto incapace in relazione all'esercizio di atti relativi alla sua sfera personale, non limitando o escludendo *a priori* la sua capacità a realizzare

detti atti, bensì fornendogli controlli e supporti per preservare il più possibile la sua personale capacità di autodeterminarsi, anche in ipotesi di menomazioni gravi.

Si è concluso che l'amministrazione di sostegno è senza dubbio la misura di protezione che il giudice tutelare deve privilegiare rispetto alle tradizionali misure di tutela in quanto in grado di assicurare al soggetto debole una protezione completa, anche sul piano personale. Infatti, si è visto che l'amministratore di sostegno può agire ora come tutore ora come curatore, dimostrandosi figura duttile rispetto alle necessità del beneficiario, la cui capacità deve essere il più possibile preservata.

Inoltre, si è visto, anche confermato in giurisprudenza, che la protezione del beneficiario non cessa neppure a fronte a una sua grave incapacità di comunicare. Infatti, a seconda dell'urgenza di intervento e della natura dell'atto in questione, può esserne preservato il compimento a mezzo del proprio amministratore, su base della ricostruzione della volontà precedentemente.

Bibliografia

ALBALADEJO M., *Curso de Derecho civil*, V, Edisofer, Madrid, 2004.

ALBALADEJO M., *Derecho civil*, 1, Barcelona, 1991.

ALBACAR LOPEZ J. L., *Còdigo civil: doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1993.

ALVAREZ LATA N, *De la tutela y de la guarda de los menores o incapacitados,- artículos 199, 200, 215, 216*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil* (cordinado por), Thomson, 2006.

AMATO E., *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze le-gislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina.*, in *Riv. Critica D. Privato*, 1993.

ANDRINI M. C., *L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministratore di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 2005.

ANELLI, F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia in Studi in onore di Schlesinger*, V, Milano, 2004.

AVAGLIANO M., *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, 4, 2005.

AZZOLINA M., *La separazione personale dei coniugi*, III, Torino, 1966.

BALESTRA, L. *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Familia* 2005.

BARCHI R., *Separazione personale dei coniugi, Diritto processuale civile*, in *Enc., giur.*, XXVIII, Roma, 1992.

BARBIERA L., *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna, 1997.

BARBANERA R., *L'interdizione al vaglio dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II.

BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2011.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950.

BIANCA C. M., *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in PATTI, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (a cura di), 2002.

BIANCA C. M., *Atti del convegno sulla riforma dell'interdizione–Quaderni di Familia*, Milano, 2002.

BIANCA C. M., *Premessa*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

BIANCO R., *Il procedimento di separazione e di divorzio*, in G. Ferrando, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, (diretta da), Utet, 2003.

BIGLIAZZI GERI L., *Il testamento*, in P. Rescigno, *Trattato di Diritto Privato* (diretto da), 6, II, 2000.

BIONDI B., *Le donazioni*, in F. Vassalli, *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da), XII, Torino, 1961.

BONILINI G., *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in F. D. Busnelli, *Il Codice Civile Commentato* (diretto da), artt. 404-413, Giuffrè, 2008.

BONILINI G., *Dell'amministrazione di sostegno*, artt. 404-413, in P. Schlesinger, *Il codice civile, commentario* (fondato da), Giuffrè, 2008.

BONILINI G., *Tutela delle persone priva di autonomia e amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini - A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007.

BONILINI G., *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* (diretto da), VI, Giuffrè, 2009.

BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2005.

BONILINI G. - CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, Padova 2007.

BORTOLUZZI A., *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005.

BRANCA G., *art. 601 c.c.*, in G. Cian - A. Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, 2004-2008.

BUGETTI M. N., *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. e dir.*, 2006.

BUGETTI M. N., *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Fam. e dir.*, 2010.

BULGARELLI A., *La "Procura di sostegno" ovvero l'Amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica*, commento a Trib. Parma 2 aprile 2004, n. 536, in *Giur. it.*, 2005.

BUSI V., *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, in *Fam. e dir.*, 2010, 2.

CALÒ E., *Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta*, commento a Trib. Venezia 24 settembre 2004, in *Notariato*, 2005.

CALÒ E., *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Notariato*, 2004, 3.

CALÒ E., *Amministrazione di sostegno*, Milano 2004.

CALÒ E., *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, 2005.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.

CARAPEZZA FIGLIA G., *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, I.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1958.

CARNELUTTI F., *Rappresentanza volontaria in processo di separazione personale?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, II.

CARNEVALI U., *Le donazioni*, in P. Rescigno, *Tratt., dir. privato*, (diretto da), 6, Torino, 1982, 1997.

CASABURI G., *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Il corriere del merito*, 2010, 3.

CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno*, Camerino, 2006.

CENDON P. – ROSSI R., *Ambito applicativo delle diverse misure di protezione*, in P. Cendon, *Amministrazione di sostegno, motivi ispiratori e applicazioni pratiche* (a cura di), tomo 1°, 2009.

CENDON P., *I malati terminali e i loro diritti*, Giuffrè, 2003.

CENDON P., *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv., crit., dir., priv.*, 2005.

CENDON P., *La follia si addice ai convegni* in G. Ferrando – G. Visintini, *Follia e diritto* (a cura di), Torino, 2003.

CENDON P., *Infermi di mente ed altri "disabili" in una proposta di riforma del Codice Civile*, in *Politica del diritto*, 1987.

CENDON P., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in S. Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* (cura di), Milano, 2002.

CENDON P., *"L'incapacitazione come male"*, in *Non abbandonare, non mortificare*, Pol. It., 2007.

CENDON P., *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Giur. it.*, 1988, IV.

CECCHERINI E., *Las relaciones de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas. Algunas consideraciones sobre la experiencia española* in *Revista del CLAD "Reforma y Democracia"*, n. 16, 2000.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile 3*, Napoli, 1934.

CIAN G. -TRABUCCHI A., *Commentario Breve al Codice Civile* (a cura di CIAN), Cedam.

CIAN A., *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004,II.

CILIBERTI, R. -ZACHEO, A. -BANDINI T., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: innovazione degli istituti di tutela della persona non autonoma* in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2008.

CIPRIANI F., *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970.

COCCIA M.- MARELLA R., *Gli atti patrimoniali nell'interesse del beneficiario*, in G. Ferrando- L. Lenti, *Soggetti deboli e misure di protezione* (cura di), Torino, Giappichelli, 2006.

CONDÒ G. F., *Attività negoziale dell'amministratore di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 4.

CONTE G., *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), VI, Guffrè, 2009.

COSENTINI L., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2004, 5.

CORDIANO A., *Il disegno di legge sul testamento biologico: L'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, in *La nuova giur., civ., comm.*, 9/2009.

COROMINAS MALET A., *L'assistencia*, in A. Lucas Esteve (dir.), *Dret Civil Catlà, II, Persona i Família* 2012.

DE CASTRO Y BRAVO F., *Derecho Civil de España*, tomo II, Madrid, 1952.

DE CUPIS A., *Il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente*, in *Riv. dir., civ.*, 1983, II.

DE RUGGERO, R. -MAOI F., *Istituzioni di diritto privato*, vol. I., Milano, 1950.

DELL'ORO, A., *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, in Scialoja e Branca *Commentario al codice civile* (a cura di, sub art 394 c.c.), Bologna-Roma, 1972.

DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004.

DELLE MONACHE S., *Testamento-disposizioni generali- artt.587-590*, in P. Schlensinger, *Il codice civile, commentario*, (fondato da), Milano, Giuffrè, 2005.

DI IASI C., *Procedimento di separazione e divorzio*, in P. Zatti *Trattato di diritto di Famiglia*, vol. I/2 (diretto da), 2002.

DI BARTOLOMEO M., *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di «amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi»*, in *Rassegna dir. civ.*, 1994, 1.

DOGLIOTTI M., *Separazione e divorzio*, 2[^] ed., Torino, 1995.

DONADIO G., *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, commento a Trib. La Spezia, decr. 2.10.2010, n. 15986, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2, febbraio 2011.

DOSSETTI M., *Violazione delle norme di legge o delle disposizioni del giudice da parte del beneficiario e dell'amministratore di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2005.

DOSSETTI M., - MORETTI M., - MORETTI C., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004.

D'AMICO M., voce *rappresentanza*, I, (diritto civile)", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXV.

FALZEA A, voce «*capacità*», teoria generale, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1960.

FALZEA A., *La separazione personale*, Milano, 1943.

FEOLA D., *Amministrazione di sostegno e intervento del terzo negli atti di liberalità e nei negozi personalissimi*, in P. Borsellino – D. FEOLA – L. FORNI, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Insurbia, 2007.

FEOLA L., *La donazione mortis causa*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (diretto da), Giuffrè, 2009.

FERRANDO, G. -LENTI L., *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, Giappichelli, 2006.

FERRANDO G., *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, Giuffrè, 2005.

FERRANDO G., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Famiglia e Diritto*, 2008.

FERRANDO G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II.

FERRANDO G., *Il beneficiario di amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano 2005.

FERRI L., *Successioni in generale*, in A. Scialoja e G. Branca, *Commentario al codice civile* (a cura di), Bologna-Roma, 1980.

Finocchiaro A. - Finocchiaro M., *Diritto di famiglia*, vol., 1°, Giuffrè, 1984.

FINOCCHIARO A., *Separazione personale*, in A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, *Libro I Delle persone e della famiglia*, III (artt. 150-230 bis) (a cura di), Giuffrè, 2005.

FUCCI S., *Amministrazione di sostegno, cura della persona e direttive anticipate*, in P. Borsellino - L. Feola - D. Forni, *Scelte sulle cure e incapacità: dall'amministrazione di sostegno alle direttive anticipate* (a cura di), Varese, 2007.

FURGIUELE G., *Il matrimonio dell'infermo di mente*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2006.

GALIZIA DANОВI A., *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008.

GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. della famiglia e delle persone*, I, 2008.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2009.

GENNARI G., *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Familia*, 2006.

GENOVESE A., *Il testamento segreto*, in G. Bonilini, *Trattato delle Successioni* (diretto da), II, Milano, 2009.

GETE-ALONSO, M., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1992.

GIACOBBE E., "Questo matrimonio non s'ha da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio), in *Dir. fam.*, 2009, 3.

GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1984.

GIANNI A., *Dizionario Italiano Ragionato* (curato da), .D'anna ed., 1988.

GIANNONE D. *Le attribuzioni del giudice tutelare a protezione dell'incapace* - Consiglio Superiore della magistratura- incontri di studi- Roma 3-5 ottobre 2002 - in www.iaaf-avvocati.it.

GRASSETTI C., *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da), Cedam.

GRAZIOSO G., *Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell'interdetto infermo di mente in relazione all'azione di divorzio*, in *Dir. Famiglia*, 2001, 4.

JANNUZZI, A. - LOREFICE P., *La volontaria giurisdizione*, 11[^] ed., Milano, 2004.

JEMOLO A. C., *Il matrimonio*, Utet, 1961.

LACRUZ J. ET AL., *Elementos de derecho civil, Familia*, IV, Madrid, 2008.

LENTI, L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in S. Rodotà - P.

Zatti, *Trattato di Biodiritto* (diretto da), Giuffrè, Milano, 2011.

LISELLA G., *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, (a cura di), Giuffrè, 2005.

LISELLA G., *Fondamento e limiti dell'incapacitacion nel diritto spagnolo*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, II.

LISELLA G., *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Camerino, Napoli, 1984.

LISELLA G., *Interdizione per infermità di mente e situazioni esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.

LOJACONO A., voce "Amministrazione" (dir. Civ.) in *Enc. Dir.*, Milano, 1970.

LOMBARDI G., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, Giappichelli, 2008.

LÓPEZ FRÍAS M: J., *EL ejercicio de los derechos personalisimos de los enfermos de mentes*, RDP, 1999.

LOREFICE P., *L'accettazione con beneficio di inventario*, in P. Rescigno, *Successioni e donazioni*, (a cura di), Padova, Cedam, 1994.

MACIONE, F., voce «Ufficio (dir. priv.)», in *enc. del dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992.

MANDRIOLI C., *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, 2011.

MARCAZZAN, G., *La tutela degli interessi patrimoniali dei minori e degli incapaci ed i provvedimenti autorizzativi di competenza del Giudice Tutelare*, in *www.csm.it*.

MARÍN LÓPEZ, A, *art. 86*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentario al Código Civil*, Aranzadi (cord.), 2006.

MARCOZ, G., *Rapporti contrattuali e successori tra amministratore di sostegno e beneficiario*, in *Riv., not.*, 2006.

MARMOCCHI E., *Forma dei testamenti*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno , vol. I, Padova, 1994.

MARELLA M. R., *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. Crit. Priv.*, 1991.

MASONI, R., *L'amministrazione di sostegno*, Maggioli, 2009.

MASONI R.-FAROLFI A., *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 5, 2010.

MASONI R., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. di mer.*, 2010.

MATERA P., IN SALITO G., - MATERA, P. *Amministrazione di sostegno tra Sein und sollen*, in *Giur. di merito*, 2005.

MATERA P., *Alcune considerazioni conclusive*, in G Salito - P. Matera, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio (a cura di)*, in *Notariato*, 6/2004.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1965.

MILONE L., *Il disegno di legge n.2189 sull'amministrazione di sostegno*, in Patti, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, (a cura di), Milano, 2002.

MILONE L., *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, Quaderni, 2001.

MILONE L., *Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni*, in PATTI (a cura di) *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

MIRABELLI G., voce "negozio giuridico (teoria)", in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978.

MORELLO U., *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004.

MORELLO U., *I fondamenti costituzionali dell'amministrazione di sostegno e La costituzionalità dell'istituto*, in P. Cendon e R. Masoni, *Amministrazione di Sostegno: questioni e soluzioni*, (a cura di), Maggioli, maggio 2009.

MORELLO L., *Costituzionalità dell'istituto*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Maggioli ed., 2009.

MORETTI M., *La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, n. 4/2004.

NANNINI U., *I requisiti di validità del consenso: linee per una costruzione*, in *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, 1989.

NAPOLI E. V., *L'interdizione e l'inabilitazione*, in S. Patti, (a cura di), in *Quaderni Familia*, 2004.

NATALE A., *Il donante*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, VI, (diretto da), Giuffrè, 2009.

NICCOLÒ R., *La vocazione testamentaria diretta ed indiretta*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980.

ORLANDI M., *La paternità delle scritture*, Milano, 1997.

PAGLIANI G., *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in R. Masoni, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), 2009.

PAGLIANI G., *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. di mer.*, 2009.

PALAZZO A., *Le donazioni*, in P. Schlesinger, *Codice civile commentato*, (diretto da), Milano, 1991.

PALERMO FABRIS E., *Obbligo di agire del sanitario e consenso del paziente*, in *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, 2000.

PALERMO FABRIS E. - RIONDATO S., *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito* (Sezioni Unite Penali, 21 gennaio 2009, n. 2437), in *Nuova Giur., civ., comm.*, 2010.

PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. Dir., Civ.*, n. 3, 2008.

PANDOLFELLI G. -SCARPELLO G. -STELLA RICHTER M. -DALLARI G., *Codice civile, libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, Giuffrè, 1939.

PANNAIN B., *Profili medico-legali e medico-sociali nell'ambito della tutela dell'anziano*, in *Rass., dir., civ.*, 1992

PARRA LUCÁN M. Á., *Instituciones de guarda. La curatela y el defensor judicial*, in *Tratado de derecho de la Familia*, vol VI, Aranzadi, Pamplona, 2011.

PAZ C.-RODRIGUEZ A., *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1993.

PAZÈ P., *L'amministrazione di sostegno*, in www.minoriefamiglia.it.

PALERMO FABRIS, E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000.

PARENTE F., *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005.

PATTI S., *L'amministrazione di sostegno (a cura di)*, Quaderni di Famiglia, 4, Giuffrè, 2005.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. *Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos*, in Pérez De Vargas Muñoz, *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, (dir. Da) La Ley, Madrid, 2010.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código civil por la Ley 41/2003*, in Pérez de Vargas Muñoz, *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad (a cura di)*, La Ley, Madrid, 2006.

PEDRAZZI, C., *Il consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961.

PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

PESCARA, R., *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obbiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Tratt. Rescigno*, III, Torino, 1997 (e 2003).

PETRELLI G., *sub art. 414*, in G. Alpa e V. Mariconda, *Codice Civile Commentato (a cura di)*, 2009.

PICAZO- GULLÓN L., *SISTEMA DE DERECHO CIVIL*, I, TECNOS, MADRID., 2003-2012.

PICCINNI M., *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in Rodotà S. - Zatti P., *Trattato di Biodiritto (diretto da)*, III, Giuffrè, Milano, 2011.

PICCINNI M., *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, 2007.

POZZOLI, G., *Amministrazione di sostegno: un decreto "particolare". Alcuni profili teorici e aspetti operativi*, in *Riv. del Notariato*, Giuffrè, 2006.

PRINCIGALLI, M., *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008.

PRIORE C., *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di) - Quaderni di Familia, 2005.

PUGLIATTI S., *Della tutela e dell'emancipazione, nel codice civile, libro I, persone e famiglia*, in *Commentario*, a cura di D'Amelio, Firenze, 1940.

PUG BRUTAU J., *Compendio de derecho civil*, IV, 1991.

REBOLLO M. L., *El futuro de las Autonomias territoriales. Comunidades Autonomas, bilance y perspectivas*, Asamblea Regional de Cantabria, 1991.

REDENTI E., *I contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931.

RODOTÀ S., *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

ROMA U., *L'amministrazione di sostegno, i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione* in *Nuove leggi civ. comm.*, V, 2004.

ROMA U., *Potenzialità e flessibilità applicative dell'amministrazione di sostegno: dagli schemi predefiniti dell'interdizione alla personalizzazione della misura di protezione affidata al giudice tutelare*, Convegno Rovigo 26 novembre 2010.

ROMA U., *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I.

ROMOLI T., *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 2005.

- ROPPO, V. - DELLACASA M., *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 2005.
- ROSSI, R., *Il matrimonio dei soggetti deboli*, in P. Cendon, *Famiglia e persone* (a cura di), Utet, 2000.
- STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975.
- VILLANI A., *sub art. 394*, in G. Cian – A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, IX ed., Cedam.
- RUPERTO C., voce *curatela* (dir civ), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962.
- RUSCELLO F., *Amministrazione di sostegno e tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004.
- RUSSO R., *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in *Famiglia e diritto* 3/2010, commento a Trib. Varese, decr. 6.10.2009, Giud. Buffone.
- SALITO G., *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato* 2/2004.
- SALITO G., *Le ipotesi di mancato coordinamento*, in *Notariato* 6/2004.
- SALITO G., *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio* in *Notariato*, n 6/2004.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1970.
- SANTORO PASSARELLI F., voce "*atto giuridico*", in *Enc. Dir.*, IV, 1959.

SCACCHETTI M. G., *La separazione e il divorzio del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Bioetica*, 2, 2011.

SCOGNAMIGLIO C., *La capacità di disporre per testamento*, in P. Rescigno, *Trattato breve delle successioni e donazioni (diretto da)*, vol. I, 2010.

SESTA M., *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. Sesta - V. Cuffaro, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

SIMEOLI D., voce "*Amministrazione di sostegno*", II, (profili sostanziali), in *Enc. Giur.*, Treccani, 2007.

SEOANE RODRÍ- GUEZ, J.A., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (coordinado por), Fundación Paideia, 1999.

SERRANO ALONSO E., *Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela*, en *La Ley*, 1984-2.

STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975.

VICEONTE N., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, rivista 1/2011.

VILLANI A., *sub art. 394*, in G. Cian – A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, IX ed., Cedam.

TOMMASEO, F., *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, Convegno Roma, 5 aprile 2007.

TOMMASEO F., voce *Amministrazione di sostegno*, I, (diritto processuale civile), in *Enc. Giur.*, 2005.

TOMMASEO F., *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno* (a cura di), Quaderni di Familia, 2005.

TOMMASEO F., voce "*Interdizione e inabilitazione (procedimento di)*", in *Enc. Dir.*, 2005.

TORRENTE A., *La donazione*, in A. Cicu – F. Messineo, *Trattato*, Giuffrè, 1956.

TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2010.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2009.

TRENTANOVI S., *I provvedimenti adottati dal giudice tutelare per la cura della persona con scarsa autonomia del suo patrimonio. il difficile compito del giudice tutelare e la necessaria cooperazione del ricorrente*, Convegno Rovigo, 26 novembre 2010.

TRIOLA R., *Il testamento*, Giuffrè, 2012.

TRUJILLO DÍEZ, I. J.- MARÍN LÓPEZ J. J., *De la herencia, sub art. 744*, in Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 1995.

VELLANI M., voce *“Interdizione e inabilitazione (procedimento di)”* in *Enciclopedia del diritto* 2007.

VENCHIARUTTI A., *Un confronto dopo l'entrata in vigore della L. 9.1.2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *www.altalex.com*.

VENCHIARUTTI A., *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in *Dir. fam., pers.*, 1988.

VENCHIARUTTI A., *Profili della salute mentale nel diritto privato*, in *Dir. Fam.*, 1998.

VENTURELLI A., *La capacità di disporre per testamento*, in BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni (diretto da)*, Giuffrè, 2009.

VIGANÒ F., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in S. Rodotà - P. Zatti, *Le responsabilità in medicina, Tratt. di Biodiritto (a cura di)*, Giuffrè, Milano, 2011.

VILLANI C., *sub art. 394*, in G. Cian - A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, IX^a ed., Cedam.

VOCATURO S., *Amministrazione di sostegno: dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. Not.*, 2004.

ZANETTI VITALI E., *sub. art. 150 c.c. ,La separazione personale dei coniugi*, in, *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L., *Derecho de la familia y de la persona*, II, Bosch, 2011.

ZATTI P, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in P. Rescigno, *Trattato di diritto civile* (diretto da), III, Torino, 1982.

ZATTI P, *Il processo del consenso informato*, in L. Klesta Dosi *Nuovi diritti dell'integrazione europea, la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore* (a cura di), Padova, 2000.

ZURRILLA CARIÑANA, A., *De las personas que pueden hacer o recibir donaciones, sub artt. 625-626*, en Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, 2006.

Giurisprudenza

CORTE COST. 8 dicembre 2008, n. 334 in *Foro it.*, 2009, I.

CORTE COST., 19 gennaio.2007, n. 4, in *Giust. cost.*, 2007, 3.

CORTE COST., 9 dicembre 2005 n. 440, in *www.cortecostituzionale.it*.

CORTE COST. 23 dicembre 2008, n. 438, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

CASS. SEZ. UN., 18 dicembre 2009, n. 2437 in *Foro It.*, 2009.

CASS., 19 maggio 2011, n. 11005, in *www.dejure.it*.

CASS., 9 Febbraio 2010, n. 2847, in *www.dejure.it*.

CASS. 12 marzo 2010, n. 6045, in *Nuova giur civ. comm.*, 2010, II.

CASS., 22 aprile 2009, n. 9628 in *www.dejure.giuffrè.it*.

CASS., 27 aprile 2009, n. 9905, in *Guida al diritto*, 2009.

CASS., 30 gennaio.2009, n. 2468 in *www.altalex.com*.

CASS., 15 settembre 2008, n. 23676 in *www.personaedanno.it*; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I.

CASS., 3 novembre 2008, n. 26406, in *Vita not.*, 2009,1.

CASS., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam., e dir.*, 2007.

CASS., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro It.*, 2007, I.

CASS., 12 giugno 2006, n. 13584 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I.

CASS., 29 novembre 2006 n. 25366, in *Guida al dir.*, 2006.

CASS., 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Rep., Foro it.*, voce "successione ereditaria", n. 80.

CASS., 24 marzo 2004, n. 5907, in *Guida al dir.*, 2004.

CASS., 7 luglio.2004, n. 12458, in *Guida al diritto*, 2004.

Cass., 17 gennaio 1996, n. 364, in *Studium Juris*, 1996.

CASS., 17 marzo 1993, n. 3163, in *Giur., it.*, 1994, I.

CASS., 7 gennaio 1992, in *Giur. It.* 1992, I.

CASS., 23 gennaio 1991, n. 652, in *Foro it.*, 1991, I.

CASS., 29 aprile 1991, n.4749, in *Mass. Giur. It.*, 1991.

CASS., 5 novembre 1990, n. 10605, in *www.dejure.it* e in *Mass. Giust. Civ.*, 1990, vol., 11.

CASS., 18 dicembre 1989, n. 5652 in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I.

CASS., 28 gennaio.1987, n. 790, in *Giust. Civ.*, 1987, I.

CASS., 22 marzo 1985, n. 2074, in *Foro It., Rep.*, 1985, n. 76.

CASS., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Rep. Foro, It.*, 1982.

CASS., 5 luglio, 1979, n. 3849, in *Mass. Giur. It.* 1979.

CASS., 20 luglio.1979, n.4329, in *Mass. Giur. It.* 1979.

CASS., 14 febbraio 1975, n. 569, in *Foro It.*, 1976.

CASS., 27 giugno 1974, n. 1928, in *Gius. Civ.*, 1974, 1.

CASS. 25 luglio 1967, n. 1945, in *www.altalex.com*.

CASS., 10 marzo.1965, n. 394, in *Mass. Giur. It.*, 1965.

CASS., 10 aprile 1963, n. 920, in *Mass. Giur. It.* 1963.

CASS., 6 aprile 1962, n. 724, in *Foro It.*

APP. MILANO, 31 dicembre 1999, in *Familia*, II, 2002.

APP. ROMA, 21 ottobre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, n. 30.

CASS. PEN., 11 luglio 2001, n. 1572, in *Riv. it. med. leg.* 2002.

CASS. PEN., Sez. 4[^], sent., n. 38852/2005, in *www.aziendalex.kataweb.it*.

TRIB. VARESE, 12 marzo 2012, in *Fam., pers. e succ.*, 6, 2012 e in *www.cassazione.net*.

TRIB. CAGLIARI, 16 giugno.2010, in *www.jurisdata.it*.

TRIB. CAGLIARI, 10-15 giugno 2010, in *www.amministrazionedisostegno.com*.

TRIB. LA SPEZIA, 2 ottobre.2010, n. 15986, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2, febbraio 2011.

TRIB. CAGLIARI, 22 ottobre 2009, in *Fam. e diritto*, 2010, 2.

TRIB. CAGLIARI, 14 dicembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 2.

TRIB. TRIESTE, 17 dicembre 2008, in *www.personaedanno.it*.

TRIB. TORINO, Sez. VII, 26 febbraio 2007, in *Fam e dir.*, 7, 2007.

TRIB. ROMA, 23 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, II e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II.

TRIB. MODENA, 11 ottobre 2007, in *www.giurisprudenzamodenese.it*.

TRIB. MODENA, 25 ottobre 2007, in *famiglia e dir.*, 2008, II.

TRIB. MODENA, 26 ottobre 2007, in *www.personaedanno.it*.

TRIB. MODENA, 08 novembre 2007 in *Dir. Fam.* 2008.

TRIB. BOLOGNA, 1 agosto 2005, n. 2016, in *Fam. e Dir.* 2006.

TRIB. ROMA, 10 febbraio 2005, in *www.filodiritto.com*.

TRIB. ANCONA 17 marzo 2005 in *Rep. Foro It.*, 2006.

TRIB. MODENA, 24 febbraio 2005, in *Giur. It.*, 2005.

TRIB. BOLOGNA, 8 marzo 2005, n. 649, in *www.dirittoediritti.it*.

TRIB. PINEROLO, 13 dicembre 2005, in *www.personaedanno.it*.

TRIB. PARMA, 2 aprile 2004, in *Guida al dir.*, 2004.

TRIB. TORINO, SEZ. DI PINEROLO, 9 novembre 2004, in *www.personaedanno.it*.

TRIB. REGGIO EMILIA 4 novembre 2005, in *www.altalex.com*.

TRIB. ROMA, 20 dicembre 2005, in *www.personaedanno.it*.

TRIB. FIRENZE 3 giugno 2004, in *Foro It.*, 2005, I.

TRIB. MONZA, 6 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005.

TRIB. NOCERA 8 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, I.

TRIB. MESSINA, 14 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, 2004.

Giurisprudenza straniera

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 9 ottobre 2002, n.174.

TRIBUNALE SUPREMO, 28 de marzo de 2011, n. 37 (BOE n. 101 de 28 de abril de 2011).

TRIBUNALE SUPREMO, 20 de junio de 2009 (Rj 4323).

TRIBUNALE SUPREMO, 29 de septiembre de 2009 (Rj 8547).

TRIBUNALE SUPREMO, 29 de julio de 2008 (Rj 4638).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA de 11 de enero de 1994 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1994.

TRIBUNALE SUPREMO, 29 marzo 2004 (RJ 2004, 23109).

TRIBUNALE SUPREMO, 31 de Marzo de 2004 (Rj 2323).

TRIBUNALE SUPREMO 11 junio 2004 (RJ 2004, 4428).

TRIBUNALE SUPREMO, 14 julio 2004 (RJ, 2004, 5204).

TRIBUNALE SUPREMO, 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000\311), en *westlaw.es*.

TRIBUNALE SUPREMO, 16 septiembre 1999 (RJ 1999, 6938).

TRIBUNALE SUPREMO, 28 de Julio de 1998 (RJ 19986134).

TRIBUNALE SUPREMO, 20 maggio 1994, n. 479 (RJ 1994/3723).

TRIBUNALE SUPREMO, 31 ottobre.1994 (Rj 1994).

TRIBUNALE SUPREMO, 22 julio 1993 (Rj 1993, 6277).

Altre fonti legislative

LEGGE 9 gennaio 2004, n. 6.

LEGGE 41 del 18 novembre del 2003.

LEGGE 180 del 13 maggio 1980.

LEGGE notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89).

LEGGE 898/1970.

PARERE del C.N.B. del 24 ottobre 2008, in *www.governo.it/bioetica/*.

PARERE del Comitato Nazionale di Bioetica del 18 dicembre del 2003.

PROGETTO di legge 12 luglio 2011, n. 2350.

CODICE deontologico dell'infermiere (2009).

COMITATO Nazionale di Bioetica del 18 dicembre del 2003.

REGOLAMENTO notarile (r.d. 10 settembre 1914, n. 1326).

CONVENZIONE Nuova York, 13 dicembre 2006.

CONVENZIONE di Oviedo del 4 aprile del 1997.

CONVENZIONE Europea dei diritti e delle libertà fondamentali della persona
(Convenzione di Roma 1950).

CARTA dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, del 7 dicembre 2000.

CARTA di Nizza (del 2000).

CARTA Sociale Europea (di Strasburgo del 1996).

DRAFT Common Frame of Reference (pubblicato nel 2008).

LEGGE Francese (legge 1968-5, del 3 gennaio 1968, modificata e completata recentemente dalla legge 2007-308, del 5 marzo 2007).

LEGGE Austriaca (legge 136-1983, del 2 febbraio, dal titolo "Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen").

LEGGE Tedesca (la "Betreuungsgesetz", del 12 settembre 1990, vigente del 1° gennaio 1992) ed inglese (Mental Capacity Act 2005).

LEY de 3 de marzo de 2009, n. 18.

BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

LEY 41/2002.

LEY de Enjuiciamiento Civil (LEC), n. 1, del 7 gennaio del 2000.

LEY 21/2000, de 29 de diciembre - BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001.

LEY 3/1986.

LEY 13 del 24.10.1983, "de Reforma del Código Civil en materia de tutela", in *BOE-A-1983-28123*.