

# INDICE SOMMARIO

## CAPITOLO I

### *Le “incapacità” nei principali ordinamenti europei*

1. I soggetti incapaci nei sistemi giuridici di riferimento: la tradizione .....	4
1.1 La tutela degli incapaci nel codice civile italiano.....	5
1.2 Il sistema francese dell’incapacità .....	13
1.3 Teoria dei “necessaries” ed incapacità nel Common Law.....	19
1.4 La nozione di “incapacità” nel BGB e gli strumenti di tutela.....	24
2. Dagli strumenti tradizionali all’amministrazione di sostegno: l’innovazione.....	26
2.1 Le tappe fondamentali dell’evoluzione dei sistemi di protezione negli ordinamenti considerati.....	27
2.2 Analisi critica delle riforme più recenti: Italia e Francia a confronto .....	37
3. La promozione delle residue capacità: obiettivi mancati della riforma italiana e nuove prospettive .....	43
3.1 Atti personalissimi e contrattualità della vita quotidiana .....	44
3.2 Responsabilità aquiliana degli incapaci: prospettive di riforma .....	52

## CAPITOLO II

### *La persona incapace negli ordinamenti sovranazionali*

1. I diritti della persona nell'ordinamento comunitario.....	58
1.1 La persona ed i suoi diritti fondamentali nell'acquis communautaire .....	59
1.2 I diritti dei soggetti deboli nella prospettiva della Carta di Nizza .....	70
2. Gli strumenti di tutela dei disabili e dei malati di mente a livello sovranazionale.....	76
2.1 La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.....	77
2.2 Le iniziative per il rafforzamento della tutela delle disabilità nelle istituzioni comunitarie.....	82
2.3 L'approccio del giudice nazionale: un caso italiano .....	91

## CAPITOLO III

### *Il consenso informato dall'adulto incapace in area europea*

1. Atti terapeutici ed autodeterminazione dell'individuo privo in tutto o in parte di capacità.....	95
1.1 Il consenso informato dell'incapace: premessa.....	97
1.2 Betreuer ed amministratore di sostegno: la legittimazione alla manifestazione del dissenso alle cure in vece dell'incapace.....	105
1.3 Paziente in stato vegetativo permanente e decisioni di fine vita: il caso Englaro.	116
2. Direttive anticipate di trattamento: le scelte dei paesi europei .....	126
2.1 Testamento biologico: l'approccio degli ordinamenti europei .....	127

2.2 Il complesso percorso italiano: alcuni disegni di legge .....	134
-------------------------------------------------------------------	-----

## CAPITOLO IV

### *Trusts per disabili, 2645 ter c.c. e fiducie: quali possibilità?*

1. Trusts per persone disabili tra disciplina di origine ed adattamento interno .....	141
1.1 Il trust: una breve premessa .....	142
1.2 Trust a protezione dei soggetti deboli: quali prospettive.....	146
2. Patrimoni destinati: le nuove prospettive tra trusts interni e 2645 ter.....	158
2.1 L'atto di destinazione ex art. 2645 ter: caratteri e comparazione con il trust .....	159
2.2 Patrimoni di destinazione all'italiana e fiducie francese.....	166

# CAPITOLO I

## *Le “incapacità” nei principali ordinamenti europei*

### 1. I soggetti incapaci nei sistemi giuridici di riferimento: la tradizione

La delimitazione della nozione di “capacità di agire” si rivela *prius* logico e sistematico ineludibile per potersi addentrare, muniti degli strumenti metodologici necessari, nella complessa tematica della tutela dei soggetti incapaci nel sistema giuridico europeo.

Giova, *in primis*, evidenziare che non tutti gli ordinamenti oggetto di studio nel corso della presente ricerca hanno conosciuto e conoscono ad oggi una vera e propria definizione di “capacità di agire”: da ciò discende l'immediata percezione di un diverso modo di approcciarsi alla problematica civilistica delle “incapacità” da parte dei vari sistemi giuridici.

Ciò nonostante, la regola sulla tutela degli incapaci viene ovunque tenuta in così alta considerazione che, rispetto ad essa, passa in secondo piano anche l'interesse, altrettanto rilevante, al corretto traffico giuridico<sup>1</sup>.

È così che la prospettiva di “protezione” giustifica, quanto meno sul piano degli intenti, la necessità di valorizzare l'aspetto personalistico rispetto a quello patrimoniale, assicurando preminenza alla persona sulla tutela del traffico giuridico e della circolazione dei beni.

Tuttavia il sistema di tutela, cui si è genericamente fatto riferimento, che impedisce all'incapace di obbligarsi validamente o che comunque condiziona fortemente l'efficacia dell'atto posto in essere dal soggetto non pienamente capace, manifesta tutti i suoi limiti ove si consideri che alle preclusioni e restrizioni nel compimento degli atti negoziali non si

---

<sup>1</sup> In tal senso si esprimono K. ZWEIGERT, H. KOTZ, in *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1993, 33 s. Il legislatore o il codificatore, quale che sia l'ordinamento cui ci si riferisce, è sempre chiamato a bilanciare gli interessi che in una certa situazione vengano a confliggere ed a dirimere il conflitto individuando l'interesse prevalente: in particolare, quando si tratti di interessi di rango diverso il conflitto si risolverà agevolmente in favore dell'interesse di rango superiore; ove invece vengano in rilievo interessi di pari rango andrà considerato il grado di pericolo (di lesione) cui gli stessi possono essere esposti. Nel caso di specie, appare evidente che l'afferenza alla tutela della persona della tematica “protezione degli incapaci” ne determina *prima facie* la netta prevalenza, in ragione del rango superiore, rispetto al bene contrapposto del corretto e celere traffico giuridico.

accompagna una adeguata ed auspicabile promozione delle residue idoneità (*rectius*, capacità) pur riconoscibili negli individui giuridicamente incapaci.

Ciò premesso, prima di passare all'esame delle specificità dei singoli ordinamenti, è d'uopo prendere atto dell'esistenza di alcuni tratti comuni a tutta l'area giuridica europea: - la selezione dell'interesse prevalente (la tutela dell'incapace) e la garanzia della sua primazia sono testimoniate dalla circostanza che in nessun ordinamento, nella stipula di un contratto, riceve tutela il mero affidamento circa la capacità di agire della controparte; - in tutti gli ordinamenti, l'acquisto della capacità (legale) di agire è subordinato al compimento di un'età positivamente stabilita (dato formale); - non tutti gli atti compiuti dall'incapace sono inefficaci (nulli o annullabili).

### 1.1 La tutela degli incapaci nel codice civile italiano

In base al disposto dell'art. 2 codice civile l'acquisto della capacità di agire è condizionato al raggiungimento da parte dell'individuo della maggiore età; il legislatore italiano del 1942 ha scelto di ancorare ad un dato di carattere squisitamente formale il riconoscimento in capo alla persona della capacità di porre in essere negozi giuridici e, pertanto, di obbligarsi, optando per un criterio di tipo astratto (il mero compimento dei diciotto anni) in luogo di altro concreto (l'accertamento volta per volta degli atti rispetto ai quali il soggetto è in grado di orientare il proprio volere).

La nozione codicistica di "capacità di agire" definisce l'attitudine di un soggetto di diritto a svolgere l'attività giuridica relativa alla personale sfera di interessi tramite manifestazioni di volontà (acquisto ed esercizio di diritti, assunzione di obblighi) in grado di incidere, modificandola, sulla propria situazione giuridica<sup>2</sup>: così identificata, la capacità di agire incarna l'aspetto dinamico della personalità, quello cioè che consente alla soggettività di svilupparsi nella vita del diritto.

Alla luce dell'accezione di "capacità" da ultimo richiamata si impone un'importante riflessione di carattere preliminare: la mancanza di capacità, nel mondo del diritto, impedisce alla soggettività di progredire, rendendo statica, immobile la personalità; l'incapacità è, in tale ottica, una costrizione, una limitazione, una gabbia. E ciò è tanto più vero quando l'incapacità vada a colpire un soggetto adulto, attraverso un provvedimento

---

<sup>2</sup> La definizione, per quanto scontata, appare sempre suggestiva se fornita mediante il richiamo agli studi di Autorevole dottrina. Cfr. al riguardo P. RESCIGNO, voce *Capacità d'agire*, in *Nov. D.*, 861; P. STANZIONE, voce *Capacità (dir. priv.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 7.

destinato ad incidere più o meno intensamente sul suo *status*. A riprova immediata di quanto testé affermato è sufficiente pensare alla situazione dell'interdetto giudiziale ed alla preclusione legale per quest'ultimo della contrazione del matrimonio, pena l'annullabilità assoluta dello stesso<sup>3</sup>, profilo sul quale si tornerà approfonditamente nel prosieguo del presente scritto.

In dottrina, al riguardo, è stato evidenziato come non sia affatto casuale che nella nostra cultura giuridica ai concetti di “*anomalia psichica*” ed “*infermità mentale*” sia da sempre legata una valutazione negativa – e talvolta punitiva – che, sul piano normativo, si traduce per un verso nel tentativo di “*forzosa normalizzazione*” della situazione irregolare, per l'altro, nel meccanismo attivato “contro” un soggetto ritenuto “pericoloso” sotto il profilo civilistico – per il fatto stesso della sua diversità<sup>4</sup>.

In ogni caso, lo scarso riferimento testuale, che pur ha consentito agli interpreti di ricavare una nozione dogmatica di “capacità di agire”, denota, specie quando ci si appresta ad affrontare la complessa tematica della tutela dei soggetti incapaci, l'assoluta insufficienza del dato positivo ai fini della ricostruzione di un completo addentellato di regole, idonee volta per volta ad essere applicate in ogni situazione in concreto prospettabile.

Il discorso, poi, diventa progressivamente più intricato ove si ponga mente alla circostanza che, in ordine alla tematica che ci occupa, il quadro delle opinioni si presenta particolarmente variegato ed articolato; ciò a testimoniare, ancora una volta, lo spessore e la concretezza degli interessi celati dietro le impegnate dispute teoriche. Inoltre, i risultati dogmatici conseguiti all'esito del dibattito non tardano a rivelarsi del tutto insoddisfacenti quando le diverse soluzioni si applicano alle ipotesi concrete, ché la definizione astratta e generalizzata non possiede la duttilità di adattamento essenziale per sussumere ogni fatto, ogni situazione nello schema apprestato.

Da ultimo, non può non evidenziarsi che il tema della capacità giuridica e di agire coinvolge necessariamente quello afferente la soggettività giuridica e la personalità, concetti questi che, se solo richiamati, contribuiscono ad evidenziare l'importanza e la delicatezza

---

<sup>3</sup> Non è, dunque, un caso che la dottrina, percependo appieno l'aspetto fortemente negativo di tale limitazione, abbia frequentemente cercato di superare il rigido meccanismo di cui agli artt. 85 – 119 c.c., prospettando la non operatività di tale divieto laddove l'interdetto sia fornito in concreto di capacità di discernimento. In tal senso cfr. G. LISELLA, *Interdizione giudiziale e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, CAMERINO – NAPOLI, 83 ss. Peraltro nel senso della dubbia legittimità costituzionale del citato divieto si esprime tra gli altri P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 412, nonché C.M. BIANCA, *Il matrimonio concordatario nella prospettiva civilistica*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 9 ss.

<sup>4</sup> Così si esprimono G. AUTORINO - G. SCIANCALEPORE in *Amministrazione di sostegno – Commento alla legge 9 gennaio 2004 n. 6*, IPSOA, 2004, sottolineando che nel settore degli istituti civilistici si avverte una diffusa resistenza ad alterare la tradizionale disciplina, nonostante che da più parti si focalizzi l'attenzione sulla sua inadeguatezza e desuetudine.

dei valori coinvolti, ma anche a suscitare perplessità, allorché si guardi al regime dell'incapacità legale così com'è stato costruito nel nostro ordinamento: al riguardo, autorevole dottrina, ha fortemente criticato la “*dissonanza rispetto alla filosofia costituzionale incentrata sullo status personae e sullo status civitatis di una figura giuridica di incapacità legale tendente in linea di principio alla protezione della persona ma in realtà alla determinazione di tutta una serie stereotipata di limitazioni, divieti ed esclusioni che nel caso concreto, cioè tenuto conto del grado e della qualità del deficit psichico non si giustificano e finiscono con il rappresentare camicie di forza del tutto sproporzionate*”<sup>5</sup>.

Ed è proprio a fronte dell'inadeguatezza degli strumenti di tutela tradizionali che dapprima il giurista, poi anche il legislatore, si sono visti costretti a rifarsi all'esperienza di altri ordinamenti per tentare di riportare i meccanismi di protezione dei soggetti deboli nell'alveo di valori di matrice costituzionale, i quali nell'ambito della più generale tutela della persona devono orientare ed ispirare ciascun operatore del diritto; tuttavia, è evidente che l'uso del metodo comparatista intanto può fornire un idoneo contributo solo se si è consapevoli dell'esatto modo di operare dei meccanismi propri del sistema giuridico preso in considerazione.

Poste queste premesse, il dato legislativo in punto di acquisto della capacità di agire e regime civilistico degli atti posti in essere da chi non sia dotato di tale capacità appare chiaro: gli atti compiuti personalmente dal minore d'età sono annullabili<sup>6</sup>; quanto poi agli adulti incapaci, ovvero coloro che, versando in determinate situazioni siano destinatari di provvedimenti giudiziali limitativi o privativi della capacità di agire, l'art. 427 c.c. individua la “sanzione” di protezione nell'annullabilità dell'atto posto in essere senza l'osservanza del complesso di disposizioni che ne regolamentano il compimento<sup>7</sup>.

Tuttavia, come spesso accade, il *dictum* normativo lascia aperto il dibattito nel formante dottrinale che, come nel caso che ci interessa, si industria a ricercare prospettive e possibilità, testuali e non, di valorizzazione delle residue capacità di autodeterminazione del soggetto incapace.

In particolare, con riguardo al minore sono state analiticamente individuate alcune disposizioni idonee a dimostrare come l'esclusione della capacità di agire prima del compimento del 18° anno d'età non vada intesa, a dispetto del dato formale, in senso

---

<sup>5</sup> Così letteralmente P. PERLINGIERI., *Gli istituti di protezione e di promozione dell' "infermo di mente". A proposito dell'handicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 51 ss.

<sup>6</sup> Cfr. artt. 1425 – 1441 c.c.

<sup>7</sup> Sul punto si ritornerà approfonditamente in seguito.

assoluto<sup>8</sup>; si fa riferimento, al riguardo, all'art. 12 l. 194/78, all'art. 108 della legge sul diritto d'autore, all'art. 12 della Convenzione New York sui diritti del fanciullo; all'art. 24 n. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché agli artt. 84, 145, 65, 244 3° co., 250 5° co. 252 2° co., 264, 273 2° co., 284, 316, 363 e 371 c.c.<sup>9</sup>

L'analisi delle citate disposizioni ha consentito alla dottrina italiana di chiedersi se dal sistema delle deroghe legali al limite della maggiore età fosse possibile desumere il riconoscimento in favore del minore che abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio, di una sorta di capacità generale, quanto meno strumentale al compimento di atti di natura personale o personalissima. In proposito è stato evidenziato<sup>10</sup> che negare la capacità di agire per quegli atti cd. personalissimi, che non ammettono il compimento tramite rappresentanza, significa di fatto negare la stessa capacità giuridica, pur riconosciuta *ex lege* (art. 1 c.c.) fin dalla nascita.

Più in particolare, nell'ottica della valorizzazione dei diritti della persona, da realizzarsi attraverso la forza espansiva e di orientamento nell'interpretazione della legge ordinaria esistente e nella forgiatura di nuove norme della Carta Costituzionale, si è giunti a dubitare<sup>11</sup> che sia ancora corretta ed attuale la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire, costruita su di una *ratio* marcatamente patrimonialistica, che indubbiamente mal si attaglia all'area della tutela della persona, e che peraltro spesso si è trasformata da strumento di tutela in “*strumento di controllo ed emarginazione*”<sup>12</sup>.

Inoltre, da più parti è stata prospettata la possibilità di individuare ipotesi di autonoma rilevanza, in stato di incapacità legale di agire, della cd. capacità naturale: tale movimento teorico sottolinea da un lato l'impossibilità di disgiungere l'astratta titolarità dal concreto esercizio dei cd. diritti fondamentali, e dall'altro la necessità di dar rilievo alla concreta facoltà di discernimento piuttosto che all'acquisto ed alla conservazione della

---

<sup>8</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, P. PERLINGIERI in *Commentario breve al codice civile*, a cura di CIAN – TRABUCCHI, Padova, 2004, 68 ss.

<sup>9</sup> Tutte le disposizioni citate evidenzerebbero la sussistenza di margini di capacità di compiere determinati atti volitivi per il minore, afferenti ad interessi di tipo personale più che patrimoniale (si pensi all'art. 84 che riconosce al sedicenne la possibilità di essere autorizzato a contrarre matrimonio, previo accertamento da parte del Tribunale della maturità psico – fisica del minore nonché della sussistenza di gravi motivi; all'art. 145 c.c. in forza del quale il sedicenne può esprimere in caso di disaccordo tra i coniugi la propria opinione in tema di indirizzo della vita familiare e residenza; all'art. 264 c.c. che contempla la possibilità per il sedicenne di ottenere l'autorizzazione necessaria per essere legittimato ad impugnare il riconoscimento naturale.

<sup>10</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 69 ss.

<sup>11</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità nell'ord. giur.*, CAMERINO – NAPOLI, 1992, 139, nonché M. DOGLIOTTI in *Trattato Rescigno*, II, 13

<sup>12</sup> P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, 83 e 260 ss.

capacità legale, soprattutto se si tratti dell'esercizio di diritti che, più di altri, sono strumentali al pieno sviluppo della persona umana<sup>13</sup>.

Le argomentazioni appena esposte suggeriscono un'ulteriore osservazione: la mancanza di una disposizione *ad hoc* che riconosca una generale capacità del minore con riferimento ad atti a contenuto personale o personalissimo non deve costituire ostacolo alla tendenziale valorizzazione delle residue capacità dei soggetti legalmente incapaci, atteso che la diretta operatività delle norme costituzionali nei rapporti interpretati consente di individuare nell'art. 2 Cost., sede privilegiata della tutela dei diritti della personalità (vecchi e nuovi), il fondamento qualificato del diritto di ogni soggetto dotato di una certa maturità di giudizio di esercitare le proprie posizioni soggettive personali e di compiere atti *inter vivos* a contenuto personale.

In questa visione si iscrive a pieno titolo il tentativo di rileggere la disciplina dettata in tema di interdizione e di inabilitazione, nonché quella relativa al minore d'età, alla luce delle istanze in precedenza individuate da collegarsi direttamente (*rectius*, combinarsi) con il dettato costituzionale di cui agli artt. 2, 3 co. 2, 22 e 32<sup>14</sup>. Attraverso tale meccanismo ermeneutico sarebbe possibile addivenire al riconoscimento al minore della facoltà di compiere gli atti nei quali si estrinsecano le libertà fondamentali della persona (es. iscrizione ad un partito politico, scelta e pratica di una religione), salve le interferenze dei genitori o del tutore motivate dalle esigenze protettive o educative, nonché la facoltà (diritto) di prestare il consenso ad interventi sanitari o di trapianto.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si è portati ad ammettere anche la capacità di agire del minore nel compimento dei cd. *negozi della vita quotidiana*, mediante i quali egli partecipa alla vita di relazione secondo le normali esigenze della sua personalità, sempre che abbia raggiunto una sufficiente capacità di discernimento e che gli atti compiuti non lo esponano ad un rilevante pregiudizio<sup>15</sup>.

In virtù di quanto sinora affermato, appare evidente come sempre più scarsa sia l'attenzione rivolta alle nozioni di "capacità" e alle distinzioni tra le sue varie forme; viceversa, la prospettiva privilegiata induce a focalizzare l'attenzione sull'incapacità ovvero

---

<sup>13</sup> Il tema viene approfonditamente esaminato da P. STANZIONE, *op. cit.*, 230 ss. e 372 ss. con particolare riferimento alla minore età ma con argomentazioni che ben si prestano ad essere adoperate in senso ampio per esprimere un principio generale di valorizzazione delle residue capacità degli incapaci specie in relazione a diritti personali o personalissimi; cfr. altresì P. PERLINGIERI in AA.VV. *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1982; M. DOGLIOTTI, *Il minore e il matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982.

<sup>14</sup> Sul punto si veda per tutti G. LISELLA., *Interdizione per infermità mentale*, cit., 781 ss, nonché C.M. BIANCA, *La protezione giuridica*, cit., 25

<sup>15</sup> In tal senso si esprime in modo esplicito E. CALO', *D. fam.* 97, II, 1604; ma vedi anche P. STANZIONE., *Capacità e minore età* cit., 292.

sulle problematiche di protezione dei diritti degli incapaci; a tal punto, se si estendono sempre più le ipotesi in cui si riconoscono sfere di autodeterminazione al minore, analogo ragionamento può farsi con riferimento alle altre ipotesi di incapacità, che ricomprendono la malattia mentale nelle sue svariate estrinsecazioni, per le quali può addivenirsi alla medesima conclusione: intanto, ha senso l'incapacitazione ed il regime protettivo in quanto l'inefficienza del soggetto a determinarsi volitivamente sia effettiva, accertata il più possibile in concreto, all'attualità e con riguardo alle peculiarità, positive e negative, dello specifico atto da compiersi.

Passando all'esame degli istituti tradizionali di protezione degli adulti incapaci, giova premettere che in astratto né l'interdizione né tantomeno l'inabilitazione sono strumenti in grado di porre in pericolo l'integrità etica e giuridica di "persona" sia sotto il profilo dell'eguaglianza che sotto quello della soggettività (capacità – soggettività): l'incapace è soggetto di diritto per l'ordinamento allo stesso modo in cui lo è il sano di mente. Tuttavia, se si muta prospettiva approcciandosi in concreto alle ripercussioni sostanziali dell'operatività di taluni istituti e si considera l'incidenza sulla persona delle limitazioni imposte al suo esplicarsi nel mondo del diritto appare evidente come non sia possibile affidare all'equazione soggettività - capacità la tutela della dignità umana. In tale ottica si intende affrontare la tematica dell'incapacità legale, con particolare riferimento alla condizione degli infermi di mente, considerando cioè che la tutela tradizionale si rivela *ictu oculi* inadeguata ove l' "interesse" del beneficiario venga individuato essenzialmente nella conservazione e nella buona amministrazione del suo patrimonio, quando al contrario andrebbero più strettamente intersecati gli aspetti per così dire economici con quelli di "cura della persona": l'interesse dell'infermo non può che coincidere con la volontà di vivere la "migliore vita possibile" in una prospettiva solidaristica che tenga conto della soddisfazione dei doveri di natura familiare.

L'originario titolo XII del Libro I del codice civile incentrava l'attenzione sulla "infermità di mente", svalutando per converso le altre cause di incapacità di agire pur previste. Non era conosciuta dal legislatore del '42 la nozione, senz'altro troppo ampia ma di gran lunga più adattabile alle diverse situazioni concrete, di "disabilità" la quale, forse, avrebbe consentito di perseguire il necessario superamento della concezione tradizionale che vedeva nel malato di mente un soggetto pericoloso, da emarginare più che da tutelare, in favore di una prospettiva di maggiore protezione e, soprattutto, di comprensione delle specifiche condizioni soggettive. L'equazione infermità mentale – incapacità di agire s'impennava sulla constatazione di carattere scientifico dell'incidenza della malattia mentale

sulla concreta capacità di intendere e di volere, quale substrato naturalistico della capacità legale di agire<sup>16</sup>.

Si è detto in dottrina che il paradigma “*alienazione – pericolosità – incapacità*” trovava la sua espressione giuridica nella norma dell’articolo 420 c.c., in base al quale il ricovero del malato mentale in manicomio investiva automaticamente il giudice del potere di nominare un tutore provvisorio e di avviare il procedimento di interdizione<sup>17</sup>. Del resto, emerge *ictu oculi* che il legislatore del ’42, costruendo la disciplina dell’interdizione e dell’inabilitazione, non aveva di mira, quale obiettivo da realizzare, la protezione del soggetto infermo di mente e, pertanto, debole; dalla lettura delle disposizioni, appare evidente piuttosto che una inaspettata logica proprietaria impregni di sé tutta la sistematica tradizionale del codice civile in punto di incapacità. Non è la “persona” il bene giuridico posto a fondamento delle norme di cui agli artt. 414 ss. c.c., bensì il suo “patrimonio”; tuttavia, a parziale giustificazione di una scelta apparentemente inspiegabile, giova osservare che, probabilmente, l’impianto legislativo tradizionale è sintomatico ed allo stesso tempo coerente con un’acuta osservazione del concreto dato sociale; invero, nemmeno chi promuoveva l’istanza di interdizione o inabilitazione era forse realmente interessato alla tutela della persona, ma aveva come obiettivo la conservazione dei suoi beni materiali (dei quali spesso beneficerà quale erede). Quanto testé considerato troverebbe ulteriore conferma nell’esclusione del soggetto destinatario del provvedimento incapacitante dall’elenco dei legittimati attivi e nella sostanziale inesistenza di un vero e proprio esame delle condizioni dell’incapace da parte del giudice, stante l’inevitabile constatazione di insufficienza della mera partecipazione dell’interessato al procedimento e del cd. colloquio.

La disciplina tradizionale soffre dunque di una “logica cautelativa” che, lungi dal realizzare la necessaria ed auspicabile finalità di protezione del soggetto debole, finisce col determinare soltanto l’ “*immobilismo giuridico*” dell’incapace<sup>18</sup>.

Che la “*cura personae*” fosse un interesse assolutamente trascurato dal legislatore del ’42 appare, altresì, in tutta la sua drammatica evidenza ove si consideri l’insufficienza del richiamo normativo alla tutela del minore quale paradigma di regole cui far riferimento per

---

<sup>16</sup> Sul punto di particolare interesse si rivela l’analisi di G. FALZEA, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in *AA.VV., Un altro diritto*, 17 ss.; ma si veda anche G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990, secondo la quale la mancanza della capacità di intendere e di volere intesa come inidoneità materiale alla cura dei propri interessi, sia sotto il profilo della volontà cosciente sia sotto quello della volontà consapevole, provoca, attraverso la mediazione della norma, la negazione della capacità legale di agire, fin quando perduri lo stato di incapacità naturale

<sup>17</sup> Così F. NADDEO, *Amministrazione di sostegno* cit., 187

<sup>18</sup> In tal senso si esprime R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, III, 4, Torino, 1997, 841.

delinare il regime di protezione dell'interdetto: insufficienza, non solo, ma anche inadeguatezza nella misura in cui non si possono trattare allo stesso modo, se non violando inopinatamente il principio di uguaglianza, situazioni assolutamente differenti ed insuscettibili di *reductio ad unitatem*<sup>19</sup>.

Peraltro, quanto all'inabilitato, nella disciplina tradizionale il profilo personale risulta completamente obliterato: anche in questo caso il rinvio alle norme in tema di curatela del minore emancipato si rivela del tutto inadeguato, non trapelando dalle disposizioni richiamate alcuna considerazione del legislatore per l'aspetto personale; l'attività del curatore si limita, infatti, all'assistenza del soggetto ed al compimento di atti di natura patrimoniale eccedenti l'ordinaria amministrazione.

E' stato affermato da autorevole dottrina che la sistematica tradizionale del codice civile in tema di incapacità si contraddistingue per la presenza di un'irriducibile antinomia, atteso che per l'infermo anche lieve e, dunque, non grave si finiva col ricorrere, all'interdizione e non, piuttosto, ad una forma di incapacitazione attenuata e ciò al fine di apprestare alla persona una protezione che si traducesse almeno in astratto in un intervento di sostegno anche di matrice personale<sup>20</sup>.

In questo contesto di inadeguatezza della sistematica codicistica di tutela delle infermità mentali si viene ad innestare la legge n. 180/78 (cd. Legge Basaglia) che contraddistingue il versante per così dire pubblicistico della problematica delle incapacità. La scienza, alla fine degli anni '70, ha fatto notevoli progressi che hanno determinato, con l'abbandono del cd. approccio nosografico per dare ingresso al cd. approccio integrato ed individualizzato, il superamento del tradizionale concetto di "malattia mentale": si è assistito, così, al rifiuto del concetto di alienazione, di quello di pericolosità sociale, dell'istituzione manicomiale in favore del recupero dell'infermo di mente alla vita di relazione, grazie anche al perfezionamento delle terapie farmacologiche. Con il predetto *revirement* viene ad essere valorizzato l'aspetto terapeutico della responsabilità o responsabilizzazione, concetti che dal piano medico trascorrono in quello giuridico traducendosi nel diritto fondamentale del malato, basato in primo luogo sull'art. 2 Cost., di vedere in concreto garantite persona e personalità nella concezione che individua, come si è

---

<sup>19</sup> L'equiparazione tra minore ed interdetto, da un lato, minore emancipato e inabilitato dall'altro si rivela assolutamente illegittima, ove si consideri la diversità di beneficiari della gestione patrimoniale e la naturale transitorietà della prima situazione (la minore età) a fronte di una probabile permanenza delle seconde.

<sup>20</sup> Si esprime in tal senso P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell' "infermo di mente". A proposito dell'handicappato psichico permanente* cit., 54, che evidenzia altresì quale forte limite degli strumenti tradizionali la scarsa se non inesistente capacità di adattamento degli istituti di tutela e curatela alle specifiche esigenze del soggetto incapace.

accennato in precedenza, nella prima nozione l'aspetto statico e nella seconda il profilo dinamico della soggettività. Sicché, trattamento terapeutico e disciplina normativa della posizione giuridica dell'infermo di mente devono tendere al medesimo obiettivo: recuperare e conservare, in quanto ancora esistano, le capacità di espressione ed espansione della personalità del soggetto. Il malato di mente deve essere visto come individuo che può e deve vivere nel mondo di relazione, conservando e sviluppando, per quanto possibile, le proprie capacità e potenzialità.

Fin qui, gli obiettivi sulla carta delle congiunte riforme, privata (75) e pubblica (78): in realtà, il vecchio impianto custodialistico, in seguito alla novella legislativa resta sostanzialmente invariato; il solo art. 420 c.c. (internamento definitivo in manicomio) viene abrogato, mentre le lacune sopra evidenziate restano intatte e si accentuano.

## 1.2 Il sistema francese dell'*incapacité*

L'art. 1123 del *Code civil* stabilisce che il minore può efficacemente obbligarsi a meno che tale capacità non sia espressamente esclusa, nel qual caso dovrà intervenire in sua vece un rappresentante legale: tuttavia, come spesso accade, la prassi si è orientata nel senso dell'inefficacia degli atti compiuti dal minore, salvo ipotesi particolari nelle quali specifiche ragioni giustifichino l'efficacia dell'atto. Ad esempio, in materia familiare, è riconosciuta al minore che abbia raggiunto una certa età (in genere 16 anni) la possibilità di compiere validamente alcuni atti (matrimonio, convenzioni matrimoniali) senza la necessità dell'integrazione del volere da parte del rappresentante legale.

Inoltre, il formante giurisprudenziale riconosce al minore la possibilità di compiere validamente i cd. atti di conservazione, quelli cioè finalizzati ad evitare che il proprio patrimonio subisca diminuzione; giova rilevare che caratteristica peculiare degli atti conservativi è l'insussistenza di oneri eccessivi per chi li compie e per il suo patrimonio (es. iscrizione ipoteca ai fini del mantenimento del privilegio immobiliare; interruzione della prescrizione).

In ogni caso, al di fuori delle ipotesi di efficacia evidenziate, l'atto compiuto dal minore sarà normalmente privo di effetti: tuttavia, per invalidare l'atto, ai sensi dell'art. 1306 *Code civil*, non sarà sufficiente la prova della minore età (da valutarsi con riferimento al momento in cui l'atto è compiuto) ma dovrà dimostrarsi altresì che l'atto ha causato una *lesion* (pregiudizio). Sussiste pregiudizio (lesione) non solo quando vi sia sperequazione tra prestazione e controprestazione, ma anche quando l'esecuzione del negozio sia poco

equilibrata in considerazione della situazione patrimoniale del minore, sebbene sia equa la prestazione: questa interpretazione consente un approccio sostanziale alla problematica dell'efficacia dell'atto compiuto dal minore, atteso che in astratto e formalmente l'atto potrebbe anche essere equo, ma l'impossibilità per il minore di avere piena contezza di tutte le conseguenze economiche del proprio agire fa sì che egli ben possa incorrere nella conclusione di negozi sostanzialmente e concretamente iniqui<sup>21</sup>.

Altro dato importante in ordine al regime di impugnazione degli atti inefficaci perché compiuti dal minore lo si può trarre dalla lettura dell'art. 1125 *Code civil* secondo cui “*se il minore ha concluso un negozio vantaggioso l'altro contraente non potrà sottrarsi al vincolo contrattuale*”; sicché se non c'è lesione l'atto ben potrà restare efficace, e l'altro contraente non potrà opporre la minore età per sottrarsi agli effetti obbligatori del contratto concluso né potrà impugnarlo per invalidità, atteso che la legittimazione all'azione per far valere l'inefficacia dell'atto è attribuita esclusivamente al soggetto in cui favore è posta la norma di tutela (e ciò accade anche nel nostro ordinamento). La *lesion* non dovrà invece essere dimostrata quando il minore abbia posto in essere un atto che nemmeno il rappresentante legale avrebbe potuto compiere senza particolari formalità (autorizzazione del consiglio di famiglia – ovvero dell'autorità tutoria): in tali casi il contratto è viziato da nullità assoluta.

A ben vedere tra ordinamento francese e italiano la differenza non è poi così netta come potrebbe sembrare *prima facie*, perché in realtà gli atti più importanti (quelli che nel nostro ordinamento si denominano atti di straordinaria amministrazione o di disposizione, ossia quelli che intaccano l'entità del patrimonio e, quindi, presentano un fattore di rischio maggiore) tanto in Francia quanto in Italia non possono essere posti in essere direttamente dal minore, ma sono compiuti in sua vece e nel suo interesse dal rappresentante legale; peraltro, nel nostro ordinamento, il tutore deve agire con la necessaria integrazione dell'autorizzazione di un organo a ciò preposto (giudice tutelare: tribunale minori) che è chiamato a valutare sia l'“utilità” dell'atto che l'assenza anche potenziale di “pregiudizio” per il minore.

Tuttavia in Francia, gli atti di ordinaria amministrazione, che non creino particolari rischi per il minore, possono essere compiuti da quest'ultimo da solo (artt. 389 e 450 *Code civil*): nelle applicazioni giurisprudenziali, è escluso ad esempio l'acquisto di un'auto, mentre il noleggio sarebbe invece ammesso sempre che sia avvenuto a condizioni eque e

---

<sup>21</sup> Si esprime in tal senso A. RAISON, *Le statut de mineurs ed des majeurs proteges*, in Librairie du Journal des Notaires. F. RUELLAN, *Le statut des majeurs protégés et des mineurs*, 6° éd., 1979.

vantaggiose. Come in Italia, così anche in Francia il minore acquista la piena capacità di agire prima del raggiungimento della maggiore età con l'emancipazione, che può avvenire o attraverso la dichiarazione formale del titolare della patria potestà o tramite matrimonio.

Premessi tali cenni generali sul sistema della capacità nell'ordinamento francese, deve evidenziarsi che, quanto alle forme di incapacità diverse dalla minore età, oggetto privilegiato della presente ricerca, la disciplina contenuta nel Code Napoleon era considerata particolarmente cauta nel sottrarre capacità al soggetto: la privazione della capacità si riteneva giustificata soltanto se motivata dall'assenza di quella volontà esplicita e garantita nel concetto di autonomia privata.

Parte della dottrina sottolineava, in particolare, la decisione “*quasi profetica*”<sup>22</sup> di affiancare alla figura del folle o demente quelle del “*demi fou*” e del “*faible d'esprit*” nell'ottica di una graduazione tra le diverse forme di infermità mentale: l'art. 499 code civil, nella tradizionale formulazione, sottraeva capacità a questi ultimi soltanto in parte, ovvero soltanto con riferimento ad una serie di atti che potevano essere compiuti con l'assistenza di un *conseil judiciaire*<sup>23</sup>.

Il sistema tradizionale (*ante* riforma del 1968) dichiarava interdicabile colui il quale si trovasse in uno stato di abituale “imbecillità”, “demenza” o “furore”, anche se viveva momenti di lucido intervallo ed assoggettava gli atti eventualmente compiuti dall'interdetto alla nullità assoluta. Alcuni Autori criticarono aspramente tale regime, ipotizzando in via interpretativa la possibilità per l'interdetto di riconoscere il figlio naturale o fare testamento nei momenti di lucidità, ovvero ritenendo in linea generale che gli effetti dell'interdizione ricadessero esclusivamente sugli atti che ammettessero rappresentanza<sup>24</sup>; venne, poi, auspicata l'introduzione di un regime di nullità relativa (di protezione), che consentisse di salvare, ove possibile, l'atto compiuto dall'incapace quando il suo interesse lo avesse giustificato e di impedire che il terzo potesse aggredire l'atto compiuto dall'incapace.

Vigeva, ed è sopravvissuta fino alla riforma del 1968, la cd. “*equazione Esquirol*”, secondo la quale l'internamento, tanto volontario quanto obbligatorio, equivaleva ad

---

<sup>22</sup> Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil 2. La famille. Les incapacités*, Paris, 9 ed., 1972, 492.

<sup>23</sup> Questo il testo della citata disposizione: “*En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui, lui, sera nommé par le même jugement*”. Vale precisare che l'ampia dizione normativa consentiva alla giurisprudenza francese di applicare la medesima disposizione a tutti coloro che per un'infermità psichica o fisica non fossero idonei a gestire il proprio patrimonio. Cfr. in giurisprudenza Trib. Amiens, 19 janvier 1956, in *Rec. Dalloz*, 1857, I, 354, la quale applica il *conseil* ad un caso di “*senilité*”, nonché Trib. Paris, 11 décembre 1903, *ivi*, 1906, 2, 127, riferita ad un caso di sordità.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto A. LAROCHE, *La condition juridique des malade mentaux*, in *Gaz. Pal.*, 1968, Doctr. 12

incapacità, sia pure presunta sino all'esito del giudizio di interdizione<sup>25</sup>. Tale formula determinava uno stato di incapacità d'agire generale nel soggetto soltanto internato totalmente analogo a quello del soggetto interdetto.

L'inadeguatezza della disciplina vigente era, altresì, dimostrata dalla notevole complessità e dal costo della procedura di interdizione che, unita alla percezione dello strumento come sanzione umiliante ed infamante per l'intera famiglia dell'interdetto, motivavano l'esitazione o la vera e propria ripugnanza verso il ricorso a tale misura. Divenne perciò frequente ed abusato il ricorso alla figura dell'amministratore provvisorio per gli internati in ospedali psichiatrici: il cd. amministratore provvisorio legale, scelto tra i componenti della commissione di amministrazione o di quella di sorveglianza dell'ospedale psichiatrico a cura della stessa commissione, all'origine era dotato di scarsi poteri di amministrazione, via via ampliati<sup>26</sup>; in ogni caso, ben presto finì col rivelarsi del tutto insufficiente, sotto il profilo squisitamente della *cura patrimonii*, non essendo in grado di gestire fruttuosamente masse patrimoniali di una certa consistenza, in quanto dotato soltanto di compiti di amministrazione.

Ma ciò nonostante divenne l'istituto di uso più frequente con la conseguenza che, non avendo l'amministratore provvisorio il potere di compiere atti importanti (incidenti sulla consistenza del patrimonio), i tribunali erano costretti ad ovviare a tale inconveniente con *escamotage*, quale per es. quello del considerare validamente posto l'atto compiuto dall'incapace in un momento di lucido intervallo<sup>27</sup>.

Vale, inoltre, sottolineare che tale sistema di protezione trovava applicazione soltanto con riguardo agli *aliénés – internés* in ospedali psichiatrici pubblici ovvero privati equiparati e non anche per i malati che fossero affidati a case di cura private o ai cd. servizi “*libres*” o “*ouverts*” degli ospedali psichiatrici pubblici<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Infatti, secondo l'art. 39 L. 30 giugno 1838, “*Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés pendant le temps qu'elle y aura été retenue sans qu'une interdiction ait été prononcée ni provoquée pourront être attaqués pour cause de démence conformément à l'article 1304 du Code civil*”. Vigeva pertanto una presunzione semplice di demenza collegata in modo automatico all'internamento, per di più in un sistema in cui non era conosciuto un istituto quale quello del nostro art. 428 c.c. Cfr. in tal senso G. AUTORINO STANZIONE, G. SCIANCALEPORE in *Amministrazione di sostegno* cit., 34.

<sup>26</sup> Alla riscossione di crediti, pagamento di debiti, contratti di locazione inferiori ai tre anni, vendita di beni mobili e reimpiego delle somme disponibili, rappresentanza dell'infermo in caso di inventari, rendiconti, divisioni, liquidazioni, vengono aggiunti man mano ulteriori poteri, disciplinati in leggi destinate a regolare materie diverse, quale ad es. la L. del 1841 in tema di espropriazione per pubblica utilità o quella in tema di alienazione di valori mobiliari.

<sup>27</sup> Altre volte veniva utilizzato l'espedito di simulare una controversia con un terzo al fine di provocare la nomina giudiziaria di un mandatario *ad litem*, legittimato a compiere atti eccedenti i poteri dell'amministratore provvisorio (come ad es. una transazione). Cfr. *funditus* sul punto A. LAROCHE, *La condition juridique* cit., 14.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. J. PREVAULT, *L'internement administratif des aliénés*, Paris, 1955, in cui si afferma “*l'echec du système administratif d'internement des aliénés*”.

Quanto al regime degli atti posti in essere dall'interdetto giudiziale, il sistema era improntato alla logica del *tout ou rien*<sup>29</sup> che ricollegava alla dichiarazione di interdizione la condizione di totale incapacità dell'interdetto e dunque la *nullité de droit* degli atti compiuti in seguito alla pronuncia della relativa sentenza<sup>30</sup>.

Su questo terreno si viene ad innestare la riforma del 1968, che introduce diversi strumenti di protezione (*tutelle, curatelle, sauvegarde de justice*), abrogando i tradizionali istituti di *interdiction* e *conseil judiciaire*: negli obiettivi della riforma il giudice delle tutele è chiamato a modellare il proprio provvedimento sulla base delle esigenze specifiche del disabile, sottraendo alla sanzione di nullità gli atti che il sottoposto a tutela sia in grado di compiere con la sola assistenza del tutore (ciò deve risultare dall'accertamento del medico), nonché ampliando o restringendo l'ambito di attività che il maggiore in curatela può compiere senza assistenza del curatore. Con la legge di riforma si assiste all'abbandono del richiamo a categorie di infermità predefinite in favore di una definizione elastica che consenta di “abbracciare in sé, tendenzialmente, tutte le ipotesi in cui il soggetto si trovi in concreto ostacolato, nel suo agire nel mondo del diritto, dalle sue condizioni di salute”<sup>31</sup>.

Gli strumenti di *tutelle* e *curatelle*, introdotti dalla novella legislativa, si caratterizzano nel sistema francese, rispetto agli omonimi istituti italiani, per la tendenza alla conservazione di ampi spazi di capacità al soggetto e per la idoneità del singolo provvedimento giudiziale a modellarsi, anche se in misura lieve, alle specifiche esigenze del caso concreto in virtù del principio della personalizzazione dei regimi di protezione, fattosi strada in altri ordinamenti europei molti anni prima rispetto a quello italiano.

Quanto alla “*sauvegarde de justice*”, anch'essa frutto della riforma, occorre immediatamente evidenziare che trattasi di strumento assolutamente originale rispetto a quelli conosciuti in altri ordinamenti, che si caratterizza, *in primis*, per la mancanza di incidenza sulla capacità del soggetto e, quindi, sul suo *status*. Con la *sauvegarde* nasce, infatti, una misura di protezione temporanea, cui ricorrere ogniqualvolta il maggiore d'età necessiti

---

<sup>29</sup> Cfr. al riguardo G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale*, cit., 50 che spiega come l'espressione “*loi de tout ou rien*” sembra risalire ad un medico, EY, in *Livre Blanc de la psychiatrie française, II, Rapports présentés aux deuxièmes journées psychiatriques*, Paris, 5-6 mars 1966, 13, che la riferiva alla *loi Esquirol* del 1838, ma successivamente diviene di uso comune. Si legga per tutti C. GEFROY, *La condition civile du malade mental ed de l'inadapté*, Paris, 1974, 4.

<sup>30</sup> Cfr. art. 502 *code civil*. Vale evidenziare che con una disposizione ancora più rigida del nostro art. 420 c.c. la legge francese (art. 39 L. 30 giugno 1838) aveva introdotto la cd. *equazione Esquirol* in forza della quale vigeva una presunzione di incapacità in capo al soggetto in condizione di internamento, tanto volontario quanto obbligatorio.

<sup>31</sup> Così testualmente G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale*, cit., 96: l'Autrice evidenzia in particolare come nella disciplina riformata nel 1968 in forza del combinato disposto degli artt. 488, commi 2 e 3, e 490 *code civil*, si faccia strada la innovativa nozione di “disabile” in luogo di quella vetusta di “infermo”.

di protezione nel compimento degli atti della vita civile, per una delle cause indicate dall'art. 490 *code civil*, ovvero quando le facoltà mentali siano alterate a causa di una malattia, un'infermità o un'affievolimento dovuto all'età o quando un'alterazione delle facoltà fisiche ostacoli l'espressione della volontà.

Il relativo procedimento imponeva che un medico segnalasse al Procuratore della Repubblica la necessità per un suo assistito, menomato in alcune attitudini mentali o corporali, di essere protetto nel compimento degli atti della vita civile. Dietro esibizione di certificazione del medico, congiuntamente al parere concorde di uno specialista, l'infermo veniva dichiarato sotto *sauvegarde* e l'atto veniva registrato presso la Procura della Repubblica secondo le modalità indicate dal *Code de la santé publique*. Attraverso tale sistema, il soggetto da un lato non subiva alcuna restrizione alla capacità di agire, conservando la piena attitudine di esercitare in autonomia i propri diritti e, dall'altro, era posto in condizione di non danneggiarsi per effetto della conclusione di contratti. Infatti, finché restava in vigore la misura di *sauvegarde*, se dalle attività che il soggetto realizzava derivavano, anche potenzialmente, conseguenze per lui dannose egli poteva azionare a propria difesa, oltre al rimedio di cui all'art. 489 *code civil* (annullamento per incapacità naturale), due azioni specifiche (rescissione per lesione semplice o riduzione per eccesso).

Quanto alle modalità di cessazione della misura, la *sauvegarde de justice* si interrompeva o per effetto dell'attivazione di un regime di maggiore protezione, quale la tutela o la curatela, o in virtù di una dichiarazione medica da cui emergesse che la situazione anteriore (presupposto del provvedimento) fosse venuta meno, ovvero ancora per il mancato rinnovo di tale dichiarazione; infine, poteva essere lo stesso Procuratore della Repubblica ad ordinarne la cancellazione, sul presupposto che il regime praticato non fosse più supportato da adeguata giustificazione.

Così articolato, il sistema francese di protezione civilistica dell'incapace non ha tardato ad evidenziare numerosi nei: uno fra tutti, la scarsa duttilità nella pratica, al di là delle solenni petizioni di principio, di *tutelle* e *curatelle*, strumenti inadeguati a soddisfare le esigenze concrete scaturenti dalle singole situazioni di *incapacité*: quanto, poi, alla *sauvegarde*, all'aspetto positivo della ridotta invasività dell'istituto sul piano dello *status* del soggetto incapace non si accompagnava un grado accettabile di tutela dei terzi, in considerazione dell'assenza di una vera e propria forma di pubblicità legale.

S'imponeva, quindi, una riforma radicale che realizzasse in concreto l'obiettivo di tutela del soggetto non capace di attendere ai propri interessi, salvaguardando le residue

capacità e soprattutto la possibilità di estrinsecazione della personalità dell'incapace sotto il profilo esistenziale.

### 1.3 Teoria dei “*necessaries*” ed incapacità nel Common Law

Nei Paesi di Common Law risulta del tutto sconosciuto il concetto generale ed onnicomprensivo di rappresentanza legale, rilevante ai fini della sostituzione gestoria dell'incapace, *proprium* tanto del nostro ordinamento quanto di quello francese: altrettanto assente è una nozione univoca di incapacità di agire.

Tuttavia, dall'analisi del formante giurisprudenziale, più che mai rilevante in un sistema basato sulla regola del precedente vincolante, emergono diversi *cases* in cui l'esigenza di tutela di determinati soggetti deboli, tra cui il minore, giustifica l'inefficacia in concreto del contratto. Su tali casi si basa la dottrina dei cd. *necessaries*<sup>32</sup>: il minore, per i *necessaries* ricevuti, sarà tenuto a corrispondere un *prezzo equo* senza poter opporre, per sottrarsi all'obbligo assunto, la propria minore età.

La nozione di “*necessaries*” ricomprende tutti quegli atti della vita quotidiana come l'acquisto di alimenti, vestiti, medicine (a prescindere dalla circostanza che siano stati acquistati dal minore per sé o per la propria famiglia) che il minore di età è potenzialmente in grado di compiere da solo: le Corti inglesi riconoscono, quale corrispettivo dovuto, il prezzo cd. *equo* e non piuttosto quello convenuto nel contratto; corrispettivo giusto che, normalmente, coinciderà con il prezzo praticato nei rapporti commerciali, ovvero stabilito sulla base degli usi.

Tuttavia, l'obbligo di corrispondere il prezzo equo non si qualifica in termini di responsabilità contrattuale bensì di responsabilità da quasi contratto che nasce nel momento in cui il minore riceve i *necessaries*<sup>33</sup>.

Dunque, il “*necessary*” prende vita nelle Corti inglesi in virtù del convincimento di un giudice che di fronte ad un determinato caso concreto abbia ritenuto il bene acquistato

---

<sup>32</sup> I *necessaries* sono, in base alla definizione del n. 3 del Sale of Goods Act inglese del 1979: “*good suitable to the condition in life of such infant...and to his actual requirements at the time of the sale and delivery*”.

<sup>33</sup> Sia consentito, a questo punto un brevissimo parallelo con l'ordinamento italiano ed in particolare con la teoria, decisamente “*made in Italy*” del cd. contatto sociale, quale fonte di obbligazioni ai sensi dell'art. 1174 c.c. e dunque titolo di responsabilità contrattuale: se è lecito fare affidamento sulle capacità di discernimento di taluno in ordine al compimento di attività materiali o di contenuto giuridico scarsamente rilevante, è altrettanto legittimo pretendere il pagamento del corrispettivo dovuto e ciò a prescindere dalla sussistenza di un vero e proprio contratto, giuridicamente inteso come l'incontro tra due volontà entrambe scaturenti da un soggetto capace di agire.

davvero necessario per il minore ed il prezzo pagato ragionevole (in quanto proporzionato alle sue entrate ed in generale al suo tenore di vita); verificatasi una situazione nella quale l'acquisto di un determinato bene sia stato qualificato dalla Corte come *necessary* sarà ben probabile, specie quando la qualificazione in tali termini provenga dalle Corti maggiori, che successivamente altro giudice tenderà a riscontrare la medesima esigenza di preservare gli effetti dell'atto, pur compiuto dal minore d'età non in grado di dominare ed orientare pienamente il proprio volere.

Al di là di tali atti, tutti gli altri contratti, specialmente quelli di compravendita dei beni, sono *voidables* (annullabili); in tal senso depone anche la fonte di carattere positivo - l'*Infants relief act* del 1874 – che qualifica l'atto posto in essere dal minore “*absolutely void*”.

Nel caso in cui il minore abbia acquistato un bene non *necessary*, il diritto inglese prevede che egli possa pretendere la restituzione del prezzo pagato, sempre che a sua volta non abbia ottenuto neanche una parte di corrispettivo (*total failure of consideration*); tuttavia, ove la merce acquistata sia stata utilizzata (o consumata) non sarà avanzabile alcuna pretesa di restituzione del corrispettivo pagato<sup>34</sup>.

Pur essendo *absolutely void* il contratto stipulato dal minore d'età produce un effetto: infatti, la parte capace che contrae col minore sarà tenuta ad osservare il contratto (ossia non può sottrarsi all'esecuzione degli obblighi da esso derivanti opponendo la sola minore età dell'altro contraente); tuttavia, dal suo canto il minore non avrà facoltà di chiederne la *specific performance* (esatto adempimento ed esecuzione in forma specifica). Inoltre, se non intende far valere il contratto sarà sufficiente una comunicazione alla controparte (ipotesi per così dire fisiologica) ovvero che fornisca in giudizio la prova della sua minore età (ipotesi patologica).

Il minore, in ogni caso, non potendo obbligarsi validamente non sarà responsabile per violazione del contratto; al contrario, risponderà per illecito extracontrattuale.

Il diritto inglese conosce un'altra categoria di soggetti incapaci o non pienamente capaci ed adopera al riguardo le seguenti classificazioni: 1) malattia accertata (*lunatic so found*); 2) malattia non accertata (*lunatic not so found*). Nel primo caso, si tratta di soggetti mentalmente incapaci, per i quali sia stata accertata e dichiarata la sussistenza di una patologia di entità tale da impedire al soggetto di attendere personalmente ai propri interessi, tanto sul piano patrimoniale, quanto su quello esistenziale: i contratti stipulati da

---

<sup>34</sup> Questo il tenore della decisione in *Valentini v. Canali* (1889), 24, Q.B.D. 166; *Pearce v. Brain* (1929) 2 K.B. 310; cfr. in dottrina G. TREITEL, *The Infants Relief Act*, 1874, L. Q.Rev. 73 (1957), 202 ss.

tali soggetti per il sistema di *Common Law* saranno nulli<sup>35</sup>. Nel secondo caso, invece, si è al cospetto di persone rispetto alla situazione delle quali non vi è stato alcun provvedimento di cristallizzazione dell'incapacità ma che, in concreto, sono affetti da malattie mentali tali da pregiudicare gravemente la capacità di orientare e determinare scientemente il proprio volere: i contratti stipulati da questi soggetti potranno essere impugnati fornendo la prova dell'incapacità di intendere e di volere al momento della conclusione del contratto e della circostanza che la controparte conoscesse tale stato<sup>36</sup>.

Il divario tra l'esistenza di condizioni formalizzate di incapacità e la reale situazione di minorazione psichica, dato evidente del sistema italiano, ha costituito oggetto di pronunce e di dibattito all'interno della dottrina nel *Common Law* dove si distingue a seconda della riconducibilità della situazione di minorazione entro le previsioni del *Mental Health Act* del 1983<sup>37</sup> o dell'esistenza di disturbi psichici al momento del compimento dell'atto, non necessariamente inquadrabili in provvedimenti formali che attestino l'incapacità dei soggetti che li hanno posti in essere; sicché, in tale sistema le decisioni giudiziarie – per le quali è competente generalmente la *Court of protection*<sup>38</sup> (ufficio della *Supreme Court of Judicature*) e segnatamente nell'ambito di questa il *Public Guardianship Office* – ipotizzano l'attivazione preventiva di meccanismi di sostituzione ed integrazione della volontà dell'inabile ovvero, in alternativa, la valutazione successiva al compimento di un determinato atto della validità di quest'ultimo previo accertamento della sussistenza in concreto, al momento del compimento dell'atto, della capacità di intendere e di volere.

---

<sup>35</sup> Tale forma di incapacità è equiparabile alla nostra incapacità legale, quanto meno nel sistema ante riforma 2004, sotto il profilo dei presupposti; quanto invece alla cd. sanzione, mentre nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 427 c.c. gli atti compiuti dall'interdetto possono essere annullati su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi ed aventi causa, in quello inglese si fa riferimento alla "nullità".

<sup>36</sup> È immediato il raffronto con la disciplina dell'art. 428 c.c. italiano che distingue tra "atti" e "contratti" posti in essere dall'incapace di intendere e di volere (o non dichiarato): per ottenere l'annullamento dei primi sarà sufficiente dimostrare la sussistenza dello stato di incapacità al momento del compimento dell'atto ed il grave pregiudizio che dal suo compimento sia derivato per il suo autore; quanto ai contratti, l'esigenza di tutela dei terzi ha imposto al legislatore l'inclusione di un ulteriore requisito ai fini della declaratoria di inefficacia (conseguente all'annullamento giudiziale) del contratto ovvero la prova della mala fede dell'altro contraente (consistente nella dimostrata consapevolezza da parte del terzo contraente con l'incapace della condizioni soggettiva di quest'ultimo al momento della stipula del contratto).

<sup>37</sup> Tale *Act* contiene alla *section 1* alcune importanti definizioni in tema di incapacità, talune delle quali sono state poi riprese anche da altre leggi: in particolare il disordine mentale viene definito come "*mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any other disorder or disability of mind*", con una nozione volutamente ampia in un quadro teleologico che ha il suo fulcro nell'intento di proteggere più che di reprimere. Tra gli atti normativi successivi vale citare l'*Enduring Powers of Attorney Act* del 1985, le *Court of protection (Enduring power of attorney) Rules* del 1986; il *Disability Discrimination Act* del 1995, il quale in particolare definisce il soggetto inabile come "*someone with a physical or mental impairment, which has an adverse effect on their ability to carry out normal day to day activities. This effect must be long term and substantial*".

<sup>38</sup> La *Court of protection* ha competenza per tutti i casi in cui un sofferente psichico secondo un accertamento medico, risulti incapace di gestire ed amministrare i propri affari: anche in *Common Law* il ruolo del giudice si rivela centrale, atteso che è l'autorità giudiziaria a dover emanare ordini e direttive sul controllo e sulla gestione del patrimonio di questi soggetti deboli.

Passando ad un succinto esame degli strumenti di protezione che il Common Law appresta per la tutela dei soggetti malati di mente o comunque incapaci, occorre evidenziare sin d'ora che il sistema inglese appare senz'altro più avanzato, in termini di varietà ma soprattutto di elasticità e capacità di adattamento dei mezzi di tutela; tuttavia, come si vedrà ampiamente in seguito, anche in Inghilterra quello che il diritto promette è molto di più di ciò che in concreto dà. Del resto, l'affinità tra i sistemi, quanto alle soluzioni ed alle linee di evoluzione sul tema della tutela della disabilità, si evidenzia proprio con riguardo agli strumenti di integrazione e sostituzione della volontà del disabile: una soluzione giuridica di ricorso frequente nel diritto inglese viene indicata con il nome di “*enduring power of attorney*”: tale terminologia vale ad identificare uno strumento di delega di poteri che si caratterizza per la durevolezza e sostanziale insensibilità alle trasformazioni delle vicende giuridiche (il riferimento è alla conservazione di efficacia anche nel momento della perdita di capacità del delegante). Tale istituto permette di integrare o sostituire la volontà di un soggetto inizialmente (*rectius*, al momento del conferimento della delega) dotato di sufficiente capacità di intendere e di volere, particolarmente utile per chi intenda provvedere (ora per allora) in vista della propria futura perdita di capacità, designando una persona che gestisca gli affari quando il disponente non sarà più in grado di farlo. Con la formula E.P.A. si intende, dunque, il procedimento che permette ad un soggetto (*donor*) di nominare una o più persone (*attorneys*) per la gestione dei suoi affari, sia per l'attualità che per il futuro. La procura deve riguardare solo questioni patrimoniali con redazione in una determinata forma su moduli autorizzati e, nel caso sia destinata a produrre effetti nel momento in cui il soggetto che la pone in essere sarà divenuto incapace, dovrà contenere la specificazione della sua vigenza anche dopo la dichiarazione di incapacità del *donor*. Il collegamento con l'adempimento della funzione da parte di una persona privata non è tale da rendere lo strumento indifferente alle situazioni di vita del delegato (quali morte, sopravvenuta incapacità, disonestà nell'adempimento delle funzioni). Cosicché la notevole convenienza dell'operazione, connessa alla mancanza di costi di costituzione, di obblighi di rendiconto ed onorari ed alla flessibilità dell'amministrazione viene controbilanciata dai rischi connessi all'attribuzione di poteri molto penetranti ad un soggetto privato, la cui autorità verso i terzi può essere contestata proprio in ragione di tale caratteristica.

Altro strumento di protezione (o di sostituzione) del soggetto incapace, di matrice prettamente patrimonialistica, è la possibilità di nomina del curatore da parte della *Court Of Protection*: a tale istituto si può ricorrere in tutti i casi di incapacità e per tutti i beni di un individuo. L'assoluta inadeguatezza del mezzo rispetto agli scopi avuti di mira si palesa tutta

nella mancanza di profili personalistici, che consentano di assicurare all'incapace un'effettiva protezione dai rischi della quotidianità, salvaguardandone al contempo le residue attitudini pratiche.

In questo brevissimo *excursus* introduttivo in merito ai sistemi di protezione dei soggetti incapaci in Common Law, non può mancare il riferimento ai *trusts*, di cui si dirà approfonditamente in seguito<sup>39</sup>. In particolare il C.L., in tema di tutela della persona in difficoltà, conosce i cd. *special needs trusts*, il più caratteristico dei quali è senz'altro il cd. *disabled person's trust*: in via di prima approssimazione, trattasi di un *trust* costituito in favore di una persona disabile ovvero di un soggetto che è incapace di occuparsi dei propri affari a causa dei disordini mentali, che ha diritto ad un'indennità di assistenza o di mantenimento per inabilità. Uno *special needs trust* secondo i commentatori e la prassi inglese può comunque comprendere *bare trusts*, *interest in possession trusts*, *trusts* discrezionali, *accumulation and maintenance trusts* ovvero una combinazione tra questi.

Gli *special needs trusts* possono identificare inoltre *trusts* che si conformano alla *section 89* dell'*Inheritance Act* del 1984 ("s89 IHTA 1984"), sebbene questi siano più specificamente individuati come *trusts* per persone disabili<sup>40</sup>; vale evidenziare che, nella scelta tra le diverse tipologie, in diritto inglese assumono notevole rilievo le implicazioni di carattere fiscale, specie con riferimento alle tasse successorie che, di regola, sono di importo assai elevato.

La soluzione individuata dai commentatori anglosassoni come la più adatta a soddisfare le esigenze di protezione dei soggetti disabili è senz'altro il cd. *disabled person's trust*. Per essere qualificato come tale un *trust* deve avere determinate caratteristiche quali innanzitutto la qualificazione soggettiva del beneficiario: il *trust* deve essere istituito in favore di persona disabile, ossia in favore di una persona che sia incapace di occuparsi dei propri affari in ragione dei suoi disordini mentali, configurati come tali alla luce dei parametri del *Mental Health Act* del 1983, che abbia diritto ad un'indennità di assistenza ovvero ad un mantenimento per inabilità secondo i criteri di cui al *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992. Un tal tipo di *trust* sarebbe formalmente discrezionale, per quanto il minore disabile debba essere qualificato come il principale beneficiario, ed i beni sarebbero vincolati per tutta la durata della vita di quest'ultimo, con erogazione delle rendite *in itinere*<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Vedi *infra* Cap. IV.

<sup>40</sup> Per un quadro completo dei cc.dd. *private family trusts* cfr. D.J. HAYTON, *The Law of Trusts*, 3<sup>rd</sup> edition, Londra, 1998, 44 ss.

<sup>41</sup> Sebbene il *trust* sia in questi casi formalmente discrezionale, il disabile sarebbe trattato come un soggetto avente un *interest* al godimento dei beni vincolati, ai fini delle tasse ereditarie: egli sarebbe, cioè, il beneficiario

## 1.4 La nozione di “incapacità” nel BGB e gli strumenti di tutela

Nel sistema tedesco, si suole distinguere tra soggetti totalmente incapaci (minori di 7 anni) e soggetti con limitata capacità (maggiori di 7 anni). Questa distinzione assume rilievo fondamentale in quanto il soggetto limitatamente capace è astrattamente in grado di emettere anche dichiarazioni di volontà, ma i contratti da lui stipulati versano in uno stato di “*quiescenza*”<sup>42</sup>. Infatti, occorrerà il consenso del rappresentante legale per rendere il contratto pienamente efficace *ex tunc*; ove, per contro, tale consenso dovesse mancare, l’inefficacia temporanea diventerebbe definitiva, determinando pertanto la nullità originaria del contratto stipulato dal soggetto limitatamente capace. In quest’ultimo caso, se le parti avessero già eseguito le prestazioni dedotte in contratto, sorgerebbero obblighi di restituzione secondo i principi dell’indebito arricchimento<sup>43</sup>.

Inoltre, in base al disposto del § 109 BGB, la parte che ha concluso il contratto con l’incapace può recedere fino a che questo diventi definitivamente efficace, salvo che non fosse a conoscenza della minore età dell’altro contraente già al momento della stipula del contratto.

Vi sono poi alcune ipotesi in cui il minore è pienamente vincolato alla propria dichiarazione; ciò si verifica: a) quando il minore con il contratto “*riceve solo un vantaggio dal punto di vista giuridico*”<sup>44</sup>; con tale espressione si intendono solo i casi in cui dall’atto compiuto per il minore non derivi alcuna assunzione di obblighi indipendentemente dall’entità del vantaggio ottenuto<sup>45</sup>; b) nel caso in cui viene fornito danaro per le piccole spese ai ragazzi<sup>46</sup>; il contratto sarà efficace nella misura in cui la prestazione dovuta dal

---

del reddito e questo lo renderebbe immune dall’applicazione delle tasse successorie punitive normalmente applicate anche ai *trusts* discrezionali. Cfr. sul punto J.R. MACKENZIE, *Trusts for disabled persons*, in *TAF*, I, 2003, 46.

<sup>42</sup> La quiescenza dell’atto evoca le cc.dd. *fattispecie a formazione progressiva*, ovvero quelle fattispecie negoziali la cui efficacia è condizionata all’integrazione della volontà espressa dal dichiarante da parte di altra manifestazione di volontà proveniente da soggetto diverso.

<sup>43</sup> Nel caso in cui il minore abbia speso il prezzo ricevuto potrà, ai sensi del §818 III comma BGB eccepire che è venuto meno l’arricchimento.

<sup>44</sup> Cfr. § 107 BGB.

<sup>45</sup> Nessun contratto obbligatorio, ad eccezione della promessa di donazione a favore del minore, può essere considerato giuridicamente vantaggioso.

<sup>46</sup> E’ evidente che anche in questo caso, come per i *necessaries* del Common Law, a guidare il legislatore è l’esigenza di garantire al minore una contrattualità minima indipendente ed al contempo quella di assicurare una certa celerità dei traffici giuridici a discapito della piena capacità laddove il contratto concluso non sia idoneo ad arrecare pregiudizio a chi lo ha concluso.

minore sia effettuata con i mezzi che allo scopo erano stati forniti dal rappresentante legale<sup>47</sup>.

Quanto agli altri incapaci, ovvero i malati di mente, il sistema tedesco adoperava una sorta di classificazione basata sulla gravità della malattia (in senso medico – nosografico): furiosi, pazzi e mentecatti venivano considerati totalmente incapaci, con la conseguenza della assoluta nullità di tutti gli atti dagli stessi compiuti; gli interdetti, di regola, incapaci ma, se parzialmente capaci<sup>48</sup>, venivano equiparati sul piano del compimento di attività negoziale ai minori che abbiano compiuto 7 anni.

Sin qui, in brevissimi cenni, il tradizionale regime dell'incapacità nel sistema tedesco, che rivela la sua inadeguatezza quanto al grado di protezione effettiva della persona incapace ed alla salvaguardia delle residue capacità nella totale inidoneità degli istituti prefigurati alla realizzazione degli obiettivi di tutela concreta del soggetto debole. Obiettivi che, peraltro, come nel nostro ordinamento, si muovono nell'ambito della garanzia costituzionale della dignità umana e del rispetto del libero sviluppo della personalità. Non a caso l'art. 1 I GG, nel proclamare l'intangibilità della dignità umana, prescrive il dovere del suo rispetto e della sua protezione da parte di ogni potere statale: si configura in tal modo un diritto generale della personalità che si atteggia in campo civilistico come diritto soggettivo privato<sup>49</sup>. L'individuo è considerato come il più alto valore del diritto e la persona umana viene collocata all'apice dell'ordinamento giuridico, sicché ogni altro diritto deve essere inteso ed attuato in funzione di quest'esigenza primaria.

È da quest'ottica privilegiata che muove la necessità avvertita nell'ordinamento tedesco di procedere ad una radicale riforma degli istituti tradizionali di protezione dei soggetti incapaci, che ripudi completamente il vetusto ed inadeguato regime in favore di strumenti connotati della duttilità e del personalismo necessari per realizzare concretamente e completamente le finalità costituzionali.

---

<sup>47</sup> Nel caso di specie potrebbe ritenersi sussistente una sorta di autorizzazione tacita riconducibile all'atto materiale del dare i soldi al ragazzo per le spese del quotidiano: il comportamento concludente unitamente alla realizzazione dello scopo per il quale i soldi erano stati forniti integrerebbero la fattispecie negoziale garantendone la piena validità ed efficacia.

<sup>48</sup> L'ordinamento tedesco sembra adoperare la dicitura "interdizione" per individuare sia l'ipotesi di totale incapacitazione, corrispondente all'interdizione del sistema italiano, sia quella di parziale limitazione della capacità di agire (ovvero la nostra inabilitazione), alla quale riconnette un regime giuridico degli atti simile a quello del codice civile italiano che esige per gli atti di straordinaria amministrazione dell'inabilitato l'integrazione della volontà da parte del curatore.

<sup>49</sup> Diritto soggettivo privato che costituisce un *sonstiges Recht* nel senso di cui al § 823 Abs. 1 BGB. Cfr. per tutti H.C. NIPPERDEY, *Die Würde, des Menschen*, in F.L. NEUMANN – H.C. NIPPERDEY – U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, 37.

## 2. Dagli strumenti tradizionali all'amministrazione di sostegno: l'innovazione

Nel contesto giuridico europeo, in ciascuno dei sistemi cui sinora si è fatto riferimento, a poco a poco si è cominciata ad avvertire la profonda inadeguatezza dei meccanismi tradizionali di tutela degli incapaci e, dunque, l'esigenza di un mutamento di rotta più o meno radicale, che consentisse di realizzare l'obiettivo primario: la protezione del soggetto inabile.

Quanto alla tecnica di riforma prescelta dai diversi stati, possono essere individuati due gruppi di Paesi: i primi hanno preferito degli aggiustamenti al vecchio sistema con relativa modificazione dei codici vigenti (Francia; Spagna; Svizzera; Lussemburgo; Olanda; Belgio; Italia); i secondi hanno, invece, optato per la realizzazione di una riforma radicale tagliando nettamente i ponti con il passato in favore della costruzione di un sistema di tutela totalmente nuovo (Austria; Germania).

In Italia, come si vedrà di qui a poco, a fronte di un'attesa ventennale, carica di aspettative e buoni propositi, la novella del 2004, con la quale è stata istituita l'amministrazione di sostegno e modificata parzialmente la disciplina delle figure tradizionali dell'incapacità dichiarata, ha finito col deludere gran parte della dottrina<sup>50</sup>, che auspicava una mossa *tranchant* nei confronti dei regimi incapacitanti, contraddistinti spesso da inutili costrizioni e, soprattutto, causa di una profonda alienazione del soggetto interessato.

Ed è stato così che in un clima di comprensibile rammarico per le aspettative frodate, il padre riconosciuto della riforma, Paolo Cendon, ha ritenuto di dover giustificare la prudenza del disegno riformatore, rammentando l'anatema ispirato dalle persistenti polemiche sorte intorno alla Legge Basaglia, che parte rilevante della dottrina aveva pronunciato negli anni ottanta verso ogni ipotesi radicale che, sul modello austriaco, mirasse ad abolire l'interdizione<sup>51</sup>.

Si può parlare al riguardo di un vero e proprio "*caso italiano*", specie per sottolineare il ritardo con cui il nostro legislatore è intervenuto a riformare il sistema tradizionale; infatti, mentre l'Italia analizzava la proposta Cendon (datata 1987), nel resto d'Europa si facevano le riforme. Ad esempio, come si è visto, la Francia aveva già approvato, nel 1968, una legge che rendeva gli istituti tradizionali potenzialmente meno invasivi, rimettendo al

---

<sup>50</sup> Di notevole interesse sul punto si rivela il resoconto dei lavori in S. PATTI (a cura di) *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Quaderni di *Famiglia*, I, Milano, 2002

<sup>51</sup> Il dibattito sul punto è ampiamente riportato e commentato in P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 31 ss.

giudice il potere di adeguare gli stessi alla situazione concreta, e che introduceva uno strumento (la *sauvegarde de justice*), astrattamente idoneo a sovvenire alle esigenze del soggetto debole (pur se dannoso per l'affidamento del terzo).

Tuttavia, la stessa lentezza che ha contraddistinto l'intervento del legislatore dimostra come l'approdo, cui faticosamente si è pervenuti, rappresenti di per sé una conquista a fronte della quale, sebbene si sia tentati di muovere aspre critiche per ciò che non si è fatto, occorre comunque plaudere per ciò che si è riusciti a costruire.

I paragrafi successivi saranno dedicati ad un *excursus* in chiave comparatistica dei progressi compiuti negli altri Stati attraverso riforme che precedono, talvolta di anni, quella italiana e delle attuali carenze di ciascuno dei sistemi di cui si andranno ad esaminare, a grandi linee, i processi riformatori.

## 2.1 Le tappe fondamentali dell'evoluzione dei sistemi di protezione negli ordinamenti considerati

Non è un caso che a porre in discussione, per primi in Europa, lo statuto civilistico del disabile mentale disegnato dalla tradizione ottocentesca, siano stati i giuristi francesi, da sempre sensibili alle tematiche afferenti alle libertà individuali e sollecitati ad un profondo *revirement* dall'importante lavoro critico di Foucault sul cd. "*grande internamento*"<sup>52</sup>.

Il connubio tra le esigenze del traffico giuridico ed i postulati analitici del positivismo psichiatrico si era tradotto in una formalizzazione esasperata nella legislazione francese di primo ottocento: infatti, dall'assoluta rigidità dei regimi di protezione (*interdiction* e *conseil judiciaire*) di cui al vecchio testo degli artt. 489 ss. *code civ.* scaturiva un effetto di sostanziale *elimination* fisica e giuridica dell'*alièné - interné*<sup>53</sup>.

A conferma di ciò è sufficiente ricordare che la *nullité de droit* dell'art. 502 *code civ.* colpiva tutti gli atti compiuti dall'interdetto, connotando in termini assoluti la sua *incapacité d'exercice*, attraverso l'integrale sostituzione tutoria e disegnando un regime privo di qualsiasi, sia pur minimo, margine di adattamento.

Alla già citata riforma Carbonnier (L. 3 gennaio 1968) si riconosce l'indubbio merito di aver introdotto un ampio ventaglio di tecniche protettive, ispirate a principi di

---

<sup>52</sup> Il riferimento è a M. FOUCAULT, *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, 1961.

<sup>53</sup> Per un'ampia e dettagliata descrizione del *combiné Napoléon - Esquirol*, che consegnava i casi di "*imbecillité*", "*demence*" e "*fureur*" senza rilievo alcuno per i lucidi intervalli al regime nullificante dell'interdizione cfr. G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 523 ss.

flessibilità, *individualisation* e sussidiarietà, in grado, quanto meno in linea teorica, di contemperare esigenze di difesa e potenzialità di autonomia di coloro che non sono più gli “*incapables majeurs*”, bensì, con una denominazione ispirata ad un maggior rispetto per la dignità umana, i “*majeurs protégés par la loi*”<sup>54</sup>.

Per effetto della menzionata riforma, in Francia *interdiction* e *conseil judiciaire* furono soppiantati da *tutelle* e *curatelle*: l’obiettivo che il legislatore del ’68 ebbe di mira fu quello di assicurare al giudice delle tutele una gamma di strumenti agili e deformalizzati, suscettibili di essere modellati sulla base delle esigenze specifiche del disabile. In particolare, si intese sottrarre alla sanzione di nullità tutte le iniziative giuridiche che, per indicazione medica, il sottoposto a tutela risultava in grado di compiere da sé o con la mera assistenza del tutore (art. 501 *code civ.*), ovvero, sempre su indicazione medica, ad ampliare o restringere l’ambito di attività che il sottoposto a curatela poteva compiere senza l’assistenza del curatore (art. 511 *code civ.*).

Il regime d’incapacitazione più drastico e mortificante venne trasformato da regola generale in termini di residualità, di *extrema ratio*, non potendo più trovare applicazione laddove un parente prossimo fosse in grado di amministrare le sostanze dell’inabile (art. 497 *code civ.*), ovvero qualora la cura degli interessi dell’infermo venisse assicurata dalle regole ordinarie di sostituzione tra coniugi (art. 498 *code civ.*), o ancora se nel caso di patrimonio modesto il giudice ritenesse sufficiente la nomina di un “*gérant en tutelle*” per la mera gestione reddituale (artt. 499, 500 *code civ.*)<sup>55</sup>.

Inoltre, come si è accennato in precedenza, agli istituti di *tutelle* e *curatelle* fu affiancato un “*regime di protezione minimale a carattere temporaneo*”<sup>56</sup>, la *sauvegarde de justice*, istituto che, tuttavia, non ha tardato a suscitare critiche sferzanti anche da parte della dottrina italiana. Si notò in particolare che una formalizzazione per quanto minima della condizione del soggetto ed un particolare regime di invalidità degli atti connesso a tale condizione comportava il pericolo opposto di accentuare l’emarginazione di fatto del soggetto per la naturale diffidenza dei terzi indotti a non esporsi alla sorpresa di un’azione di annullamento<sup>57</sup>. D’altra parte, vale ricordare che nella letteratura francese ricorre la

---

<sup>54</sup> Per una prima sintetica esposizione dei contenuti della riforma cfr. C. EBENE COBELLI, *La riforma in Francia della leggi sulle persone e sulla famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 430 ss.

<sup>55</sup> Per una disamina approfondita degli istituti di protezione civilistica degli incapaci nell’ordinamento francese cfr. A. VENCHIARUTTI, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma del sistema italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 1455 ss.

<sup>56</sup> La definizione è di R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, III, Torino, 1997, 763.

<sup>57</sup> In questi termini si esprime C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 35.

denuncia di una tendenza diretta a trasformare la *sauvegarde* in un “istituto di massa”, chiave di volta di un nuovo “*imperialisme protecteur*”<sup>58</sup>.

In ogni caso, si rivela in tutta la sua forza innovativa l’indirizzo di principio segnato dalla riforma del 1968, che si rifletterà anche nelle successive innovazioni degli ordinamenti continentali: sussidiarietà degli interventi ablativi ed incapacitanti; *souplesse* e personalizzazione dei regimi di protezione; collaborazione tra giudice e medico nella “*pratique pluridisciplinaire*”; ruolo centrale del giudice delle tutele pur nella convergenza di “*familial, médical et judiciaire*”<sup>59</sup>.

Più di recente il legislatore francese (attraverso la Loi 5 mars 2007) ha trasformato *tutelle* e *curatelle* in strumenti del tutto residuali, applicabili soltanto in presenza di un’effettiva esigenza (peraltro adeguatamente dimostrata da certificato medico circostanziato), introducendo altresì l’istituto del mandato in previsione dell’incapacità. In base alla riforma la “*messa sotto tutela*” (la quale implica in sostanza che la persona perda tutti i suoi diritti e debba essere rappresentata in tutti gli atti della vita civile) nonché la “*messa sotto curatela*” (la persona conserva alcuni diritti, ma necessita del consiglio o del controllo del suo curatore) saranno possibili solo nel caso in cui l’alterazione delle facoltà mentali sia comprovata da un certificato medico che evidenzi la gravità della situazione e la necessità di un provvedimento tanto invasivo quanto ineludibile.

Anche nelle procedure che sfociano nell’apertura della tutela o della curatela è l’interesse della persona che viene preso in considerazione *ab origine*: non a caso le decisioni in materia di salute ed alloggio sono lasciate all’incapace nella misura della sua possibilità, avendo il tutore al riguardo esclusivamente un ruolo di informazione e aiuto. Viene, poi, introdotto l’istituto del “*mandato di protezione futura*”, tramite il quale ciascun individuo potrà prevedere le modalità della sua protezione per il futuro nonché indicare la persona incaricata di gestire le proprie attività e di vegliare su di lui per il caso di sua sopravvenuta incapacità. Il mandato avrà effetto nel momento in cui l’alterazione della capacità del mandante sia constatata dal medico, senza necessità di intervento del giudice<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. anche per riferimenti bibliografici G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, 538.

<sup>59</sup> Per il disegno delle linee portanti della riforma francese cfr. G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*

<sup>60</sup> Anche la Germania conosce un istituto analogo al mandato in previsione dell’incapacità: si tratta di una procura (*Aetersvorsorgevollmacht*) mediante la quale una persona incarica un’altra di prendere conformemente alla sua volontà le decisioni più opportune con riguardo ai trattamenti medici con poteri maggiori rispetto all’amministratore di sostegno in considerazione del fatto che il procuratore è scelto dallo stesso interessato, mentre l’amministratore di sostegno è nominato dal Giudice Tutelare, sia pure in alcuni casi tenendo presente la designazione del beneficiario. Cfr. sull’istituto tedesco *funditus* A. LANGEFIELD, G. LANGEFIELD, *Die Worsorgevollmacht in Der Notariellen Praxis in Praxiform*, Zev9/1996, 339

È opportuno evidenziare che nella disciplina francese del *mandat en provision de l'incapacité*, il giudice interverrà soltanto laddove vengano contestati l'attuazione del mandato, le condizioni o le modalità della sua esecuzione.

Il mandato potrà essere generale o speciale e riguardare sia gli atti necessari alla protezione ed alla cura dei mandanti che quelli necessari all'amministrazione del patrimonio, ivi compresi gli atti di disposizione. Quanto alla forma, si potrà avere un mandato per atto notarile di ampio contenuto che permetta una protezione giuridica molto estesa da svolgersi ed attuarsi sotto il controllo di un notaio, ovvero per scrittura privata: in quest'ultimo caso, il procuratore o mandatario sarà sottoposto al controllo giudiziario e la sua attività sarà limitata agli atti di conservazione e di ordinaria amministrazione.

Appare evidente che con l'adozione di tale peculiare forma di mandato il legislatore francese ha inteso riconoscere in termini molto vasti l'autodeterminazione dell'individuo: la fase della vita in cui si è incapaci viene considerata come una continuazione ed evoluzione della precedente fase in cui l'individuo avrebbe senz'altro il diritto di intervenire, ora per allora, con proprie scelte<sup>61</sup>.

In Germania, nel 1992 veniva istituita la cd. *Betreuungsgesetz*, istituto ispirato ad una logica contraddistinta dal connubio tra gradualità dell'intervento incapacitante e sussidiarietà dell'intervento pubblico: la peculiarità della riforma tedesca sta tutta nella scelta di soppiantare, tramite il nuovo strumento di protezione, quelli tradizionali. Il sistema tedesco ha optato, dunque, per l'unicità della misura di tutela, anche in considerazione della estrema elasticità e capacità di adattamento al caso concreto, connotati evidenti del neonato istituto.

La sfera d'interferenza del *betreuer* nella vita dell'incapace non è tipizzata astrattamente ma è destinata ad essere individuata in concreto dal giudice<sup>62</sup>. La caratteristica principale che il legislatore ha voluto assegnare al novello istituto è stata, quindi, la flessibilità<sup>63</sup>, nell'ottica di una tendenziale riduzione della portata aggressiva dell'istituto di protezione per la sfera personale dell'individuo.

---

<sup>61</sup> Si pone in ogni caso il problema del valore giuridico che deve essere riconosciuto alla volontà di una persona cosciente quando quella stessa volontà sia destinata a produrre effetti in un momento in cui la persona disponente potrebbe non essere più cosciente e quindi in grado di esprimerne una diversa. Sul tema si avrà modo di tornare approfonditamente nel capitolo III del presente lavoro.

<sup>62</sup> Un'approfondita disamina dell'argomento la si trova in E.V. NAPOLI, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 539 ss.

<sup>63</sup> Tale *flexibilität* viene garantita attraverso il meccanismo della riserva di consenso: nel provvedimento di nomina il giudice determina l'attività del sostituto o assistente il cui consenso sarà necessario affinché l'atto compiuto dall'incapace produca i suoi effetti.

Di particolare importanza, in quest'ottica, è il § 1896 del BGB dal quale si desume il carattere sussidiario dell'intervento pubblico: non si potrà, infatti, far luogo alla nomina del *betreuer* se il soggetto divenuto incapace abbia rilasciato preventivamente un mandato in previsione della propria futura incapacità.

Altro indubbio vantaggio di tale sistema, dal punto di vista del soggetto debole, è l'assenza di forme di pubblicità dell'incapacitazione conseguenti alla nomina del *betreuer*; del resto, se è vero che la mancanza di un regime di pubblicità legale costituisce uno svantaggio per il terzo, alimentando l'insicurezza nei traffici giuridici, è altrettanto vero che questo rappresenta, per le ragioni già evidenziate in precedenza, un costo tollerabile della riforma.

In Italia, la già citata riforma del 2004 ha il merito di aver dato i natali all'istituto dell'amministrazione di sostegno, nonché di aver, anche se solo in parte, modificato il regime tradizionale dell'interdizione ed inabilitazione<sup>64</sup>.

Il nuovo istituto appare ispirato ai modelli della *Sachwalterschaft* austriaca e della *Betreuung* tedesca: al giudice tutelare spetta, infatti, l'individuazione, nel decreto di nomina dell'amministratore, della durata dell'incarico che può essere anche a tempo indeterminato (art. 405 5° co. n.2 c.c. novellato), degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario (n. 3) e degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (n. 4). Dagli istituti dell'area germanica l'amministrazione di sostegno mutua quindi le caratteristiche della "flessibilità" e della "proporzionalità"<sup>65</sup>, conformi al principio, autorevolmente enunciato, secondo cui "*la persona ha diritto di partecipare alla vita di relazione nella misura in cui essa è idonea a farlo*"<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Giova evidenziare che nel quadro della riforma è stata positivizzata la nozione di contrattualità minima (art. 409 c.c.), sebbene soltanto con riferimento al sottoposto all'amministrazione di sostegno (si può però evincere dalla possibilità che l'interdetto sia autorizzato al compimento di atti di ordinaria amministrazione ex art. 427 nuova formulazione che, a maggior ragione, deve essergli consentito l'espletamento della contrattualità minima quale profilo esistenziale irrinunciabile). Ma nella bozza Cendon vi era una proposta ulteriore: sottrarre la micro - contrattualità posta in essere dall'incapace dichiarato e non, all'invalidazione (ex art. 428 c.c.), allo scopo di assicurare una maggiore sicurezza ai terzi ed evitare qualsiasi rischio di "ingessamento" del soggetto debole. Tuttavia, diversi commentatori sottolinearono i rischi di tale modifica, paventandoli nell'incertezza di perimetro della prospettata categoria negoziale, influenzata da variabili soggettive attinenti l'infermo, e nell'insufficienza della difesa del disabile dal pregiudizio del suo agire.

<sup>65</sup> La diade è ampiamente illustrata da G. FERRANDO, *Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 129 ss.

<sup>66</sup> Così testualmente C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 30. Si aggiunga che tale principio risuona con tutta evidenza nell'articolo di apertura della riforma che, nell'assegnare alla legge la finalità di tutelare le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente sottolinea, attraverso l'inciso "*con la minore limitazione possibile della capacità di agire*" la filosofia di contemperamento tra protezione e libertà. Del resto, l'obiettivo dichiarato della nuova legge è quello di individuare un equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona, di assicurare all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria e togliergli invece quella che è superflua, dannosa, ingiusta..

La norma chiave della trasformazione operata dalla novella del 2004 è rappresentata dall'art. 427 c.c., nuovo 1° comma, che consente al giudice dell'interdizione di legittimare l'interdetto a compiere taluni atti di ordinaria amministrazione da solo o con la mera assistenza del tutore nonché al giudice dell'inabilitazione di permettere all'inabilitato il compimento di alcuni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza assistenza del curatore.

Tuttavia, meno incisiva si rivela la penetrazione dei modelli, già analizzati, ispirati al principio di autodeterminazione. Infatti, con il novello art. 408 c.c., in base al quale lo stesso interessato può designare tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata la persona dell'amministratore di sostegno, così come quella del tutore o del curatore, in previsione della propria futura incapacità, sancendo altresì che il giudice tutelare potrà disattendere il volere così manifestato soltanto in presenza di gravi motivi<sup>67</sup>, si è persa l'occasione di forgiare l'istituto, proprio di altri ordinamenti europei, del mandato in previsione dell'incapacità: la designazione preventiva, infatti, non consente all'interessato di predefinire i contenuti della gestione che l'amministratore sarà chiamato a porre in essere, contenuti la cui delimitazione è rimessa esclusivamente al giudice tutelare<sup>68</sup>.

La timidezza del legislatore del 2004 sotto questo profilo ha destato perplessità in parte della dottrina la quale, sul rilievo che la Convenzione de l'Aja in materia di protezione internazionale degli adulti del 13 gennaio 2000 ammette il mandato per il caso di incapacità e ne affida la disciplina positiva alla legge nazionale di residenza, ha denunciato il rischio che possano diffondersi fenomeni di *shopping* alla ricerca della normativa più liberale<sup>69</sup>. Vale,

---

<sup>67</sup> Giova ricordare che tale disposizione è stata introdotta all'ultimo momento su iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato. Cfr. sul punto approfonditamente L. MILONE, *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 129 s. Cfr. altresì E. CALO', *L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci*, in *Corr giur.*, 2002, 779 s., secondo il quale tale disposizione sarebbe sintomatica di una vera e propria "rivoluzione copernicana" in nome dell'auspicata svolta dogmatica ma anche ideologica costruita intorno al principio di autodeterminazione.

<sup>68</sup> Va evidenziato che in dottrina alcuni autori hanno ritenuto che il soggetto che in previsione della propria incapacità designi l'amministratore di sostegno potrà altresì dettare delle linee guida circa le modalità di svolgimento dell'incarico da parte dell'amministratore, come ad esempio indicazioni relative alla cura del patrimonio, quali divieti aventi ad oggetto l'alienazione di determinati immobili o investimenti azionari, costituzioni di *trusts* o patrimoni destinati nell'interesse dello stesso beneficiario o altra persona, ovvero inerenti alla cura della persona, come ad esempio l'indicazione dei luoghi di vacanza, del regime alimentare da seguire, degli eventuali trattamenti sanitari. L'atto di designazione può avere quindi un contenuto molto più ampio di quello indicato dalla norma di riferimento che parla di semplice scelta dell'amministratore di sostegno e si auspica che il giudice consideri tali dichiarazioni come vere e proprie direttive. In tal senso cfr. L. MILONE, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, op. cit., 108 ss, nonché G. BONILINI, *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Fam. pers. Succ.*, 2007, 102 ss.

<sup>69</sup> Così P. PASQUALIS, *L'amministrazione di sostegno e la Convenzione dell'Aja in materia di protezione internazionale degli adulti*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 97 s.

tuttavia, sottolineare che la prudenza del legislatore italiano è stata da altri autori giustificata sulla scorta dei rischi di abuso dello strumento negoziale<sup>70</sup>.

Nonostante i difetti riconosciuti al nuovo istituto, fin dalle sue prime apparizioni, è indubbio che l'ampiezza potenziale del suo ambito operativo, che si rivolge a tutti quei soggetti che a causa di gravi malattie o menomazioni permanenti o temporanee legate ai più svariati fattori, non siano in grado di provvedere personalmente a se stessi, unitamente all'ispirazione al concetto della *cura personae*<sup>71</sup>, previo abbandono di quello tradizionale della *cura patrimonii*, ne costituiscono pregi di non poco momento.

Al fine di meglio comprendere nel prosieguo quali siano realmente i limiti della riforma vale esaminare brevemente, senza alcuna pretesa di completezza, la disciplina del nuovo strumento di tutela, disegnato dalla l. 6/04 sulla falsariga di istituti già rodati in altri sistemi europei.

Innanzitutto, delimitando il *parterre* dei potenziali destinatari dell'amministrazione di sostegno - tra gli altri, anziani colpiti da demenza senile o da malattie come l'Alzheimer, l'arteriosclerosi, persone vittime di *ictus* cerebrale, persone che vivono le conseguenze di stati di coma, soggetti in stato terminale e così via - si intuisce immediatamente il valore, quanto meno, sul piano astratto, della novella legislativa. Infatti, se da un lato, per questi soggetti una pronuncia di interdizione si sarebbe rivelata eccessiva e mortificante<sup>72</sup>, dall'altro appare evidente che l'abbandono a se stessi non può e non deve essere una soluzione, trattandosi di soggetti che, durante i periodi più o meno lunghi di fragilità psichica o fisica, potrebbero subire soprusi ed essere esposti pericolosamente all'altrui scaltrezza.

Quanto alla tecnica di legislazione scelta per introdurre la novità nel nostro ordinamento, il legislatore ha ritenuto opportuno conservare gli istituti tradizionali (che, tuttavia, diventano quanto meno sulla carta "*misure di protezione delle persone prive in tutto ed in*

---

<sup>70</sup> Per G. FERRANDO, *op. cit.*, 141, vi sarebbe stato il pericolo che "*la concessione di una procura da parte di una persona, che l'invalidità e l'età avanzata rende spesso più fragile e sola, possa consegnarla in toto nelle mani di chi non merita la fiducia che è stata riposta in lui*".

<sup>71</sup> È stato autorevolmente affermato che il nostro tempo è l' "*età della cura*", cura ad opera dello Stato, di tutte le istituzioni, della famiglia intesa in senso lato, e con la partecipazione della società civile ed in particolare dei servizi sociali. Così S. RODOTA', *La vita e le regole - Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, 223. Del resto, l'interesse alla cura emerge da gran parte della codificazione più recente: così è avvenuto per la legge sull'amministratore di sostegno, dove si evidenziano i bisogni del beneficiario, ed in quella sull'affido condiviso dove si evidenziano gli interessi del minore.

<sup>72</sup> Infatti, è agevole intuire come l'emarginazione del soggetto debole si rafforzi per effetto di tale provvedimento che non riesce per contro a favorire o creare le condizioni necessarie per il reinserimento sociale del malato.

*parte di autonomia*)<sup>73</sup>, cui ha affiancato la nuova figura che, nondimeno, dovrà essere considerata preferibile rispetto alle altre misure.

La riforma riduce, infatti, gli spazi di applicazione dell'interdizione: sulla base del nuovo dato normativo “*si può*” e non “*si deve*” procedere ad interdizione: si farà ricorso a quest'ultima solo ove si riveli necessaria a tutelare il soggetto debole ed in tal caso dovrà essere il Tribunale a valutarne l'opportunità<sup>74</sup>.

Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno è, in base al novello art. 404 c.c., colui che, trovandosi nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, ha bisogno di essere sostenuto nel compimento di una sfera più o meno ampia di atti giuridici, in base alla valutazione del giudice competente e di chi sarà chiamato a vagliare in concreto le diverse situazioni.

Il giudice tutelare aprirà l'amministrazione di sostegno ove accerti che la causa dell'inidoneità della persona interessata consista in uno stato patologico interessante la sua sfera psichica, del quale possa prevedersi, ragionevolmente, l'evoluzione nel senso della guarigione in un certo tempo. L'amministrazione di sostegno, poi, potrà essere di ausilio quando la persona interessata non soffra in senso stretto di una malattia psichicamente menomante, ma si accerti un indebolimento, eventualmente progressivo, delle sue facoltà intellettive, dovuto, ad esempio, all'avanzamento dell'età<sup>75</sup>. In linea generale, l'amministrazione di sostegno potrà essere disposta, quanto alle situazioni di disagio psichico, nei seguenti casi: a) indebolimento delle facoltà intellettive che non si traduca in una vera e propria malattia, sempre che non si tratti di un mero fatto episodico ma piuttosto di uno stato di alterazione o anomalia psichica avente il carattere di una qualche stabilità; b) infermità mentale di tipo temporaneo; c) infermità mentale di tipo abituale, che non sia tanto grave da rendere la persona del tutto inidonea ad attendere ai propri interessi;

---

<sup>73</sup> In ordine ai rapporti tra istituto nuovo e strumenti tradizionali, ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte di Cassazione (sentenza del 12.6.2006 n. 13584) la quale ha escluso che la linea di demarcazione tra amministrazione di sostegno, da un lato, ed interdizione – inabilitazione dall'altro debba aver riguardo all'intensità minore o maggiore dell'incapacità del beneficiario, dovendosi per contro far riferimento alla miglior rispondenza dei diversi istituti nel caso di specie, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto in relazione agli interventi che si dovranno assumere sotto l'aspetto personale e patrimoniale (la differenza non è quantitativa ma qualitativa – funzionale).

<sup>74</sup> Il Tribunale, quando viene presentata la domanda di interdizione, ove non ritenga sussistenti i relativi presupposti, rimetterà gli atti al Giudice tutelare, funzionalmente competente per la nomina dell'amministratore di sostegno.

<sup>75</sup> L'età avanzata non è menzionata come specifica ipotesi di insorgenza dell'amministrazione di sostegno ma appare evidente che nel caso in cui all'avanzamento dell'età si accompagni un indebolimento progressivo o addirittura una perdita di facoltà intellettive, l'attivazione della procedura in esame sarà senz'altro giustificata.

d) infermità mentale non solo abituale ma anche grave, allorché l'entità e la composizione del patrimonio non facciano apparire come indifferibile la misura dell'interdizione<sup>76</sup>.

La nomina compete al giudice tutelare, che provvederà entro 60 giorni dalla richiesta con decreto motivato immediatamente esecutivo<sup>77</sup>: la speditezza che connota il procedimento è sintomatica dell'importanza degli interessi in gioco, tant'è che il legislatore, nell'intento di assicurare la maggiore celerità possibile alla procedura che sfocia nella nomina dell'amministratore di sostegno, ha optato per le forme del procedimento camerale<sup>78</sup>.

In base al disposto di cui all'art. 406 c.c., la nomina dell'amministratore di sostegno può essere richiesta da diversi soggetti: il beneficiario, anche se minore<sup>79</sup>, interdetto o inabilitato (in tali ipotesi, la richiesta è presentata congiuntamente alla domanda di revoca del provvedimento di interdizione o di inabilitazione sentito come eccessivo dal richiedente). La disposizione testé citata attribuisce "capacità" (*rectius*, legittimazione) a formulare la richiesta in esame a persone che capaci non sono<sup>80</sup>.

Gli altri soggetti che possono richiedere la nomina dell'amministratore di sostegno sono il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il 4° grado del destinatario del provvedimento, il Pubblico Ministero, i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e nell'assistenza della persona<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> In tal senso importante è il contributo alla realizzazione di tale elenco, che sebbene non esaustivo e sicuramente non tassativo consente di individuare una casistica di massima, di S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 29 ss. Si è sostenuto altresì che l'amministrazione di sostegno potrebbe anche essere attivata nei casi che potrebbero dar luogo ad interdizione, perché tali da comportare abituale infermità di mente non così gravi da escludere la capacità di provvedere ai propri interessi, ovvero nei casi di dipendenza e/o menomazione di autonomia per problemi psichici o per prodigalità, abuso abituale di bevande alcoliche o stupefacenti. Così cfr. U. MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, 225 ss.

<sup>77</sup> La previsione di un termine così breve sembra, tuttavia, non tener conto del carico lavorativo e di funzioni che quotidianamente caratterizzano l'operato del giudice tutelare, soprattutto nelle grandi città dove numerosi e vari sono i provvedimenti richiesti e insufficiente l'organico dei magistrati per rispondere celermente a tutte le istanze.

<sup>78</sup> Forme che, *prima facie*, portano ad inserire il nuovo procedimento nella famiglia della volontaria giurisdizione; tuttavia altri elementi, quali la ricorribilità per Cassazione del provvedimento conclusivo, nonché l'obbligo della difesa tecnica inducono a configurarne la natura contenziosa.

<sup>79</sup> Giova evidenziare che in tal caso il decreto diventerà esecutivo al raggiungimento della maggiore età (art. 405 co. 2 c.c.).

<sup>80</sup> Vale accennare che già con riferimento alla proposta di legge, alcuni interpreti hanno mostrato perplessità in ordine alla maggiore garanzia offerta all'infermo attraverso la previsione della possibilità di chiedere personalmente le pronunce: si reputa, infatti, che non sia assolutamente credibile, che chi versò in situazioni così gravi da essere sottoposto ad un provvedimento di interdizione, possa essere in grado di valutare la sua condizione e rivolgersi egli stesso al giudice. Così cfr. E. AMATO, *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 101 ss.

<sup>81</sup> In ordine alla legittimazione attiva in capo a soggetti diversi dall'interessato all'amministrazione di sostegno, sono state sollevate diverse obiezioni e critiche. Tuttavia non si è mancato di osservare che può ben essere che l'interessato all'amministrazione di sostegno sia restio ad avanzare la relativa richiesta e, nondimeno, occorra provvedere alla sua tutela, sicché è opportuno in determinate situazioni, che l'amministrazione di

È di tutta evidenza che laddove l'istanza di nomina sia avanzata da uno dei familiari dell'interessato il giudice tutelare sarà chiamato ad espletare il proprio compito istituzionale con una particolare prudenza ed attenzione: infatti, il familiare ben potrebbe essere mosso non già dall'impulso di attivare una serena tutela per il proprio congiunto ma dal "forzato soccorso", tanto provvidenziale sotto il profilo economico, quanto mal tollerato dal beneficiario della misura<sup>82</sup>.

Ai sensi dell'art. 408 c.c., la scelta dell'amministratore di sostegno deve avvenire con "esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario: non dovrà essere più il patrimonio del soggetto, non più perfettamente *compos sui*, l'oggetto dell'attenzione di chi è chiamato a decidere se nominare l'amministratore, bensì la persona, i suoi bisogni, i suoi diritti.

Al di là delle ipotesi di designazione preventiva da parte dell'interessato, cui si è già accennato in precedenza, la scelta competerà negli altri casi al giudice che preferirà, ove possibile, il coniuge non legalmente separato la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, ovvero altra persona idonea.

Ciò premesso, l'amministratore potrà essere tanto un rappresentante, quanto un assistente, ovvero rivestire nel contempo entrambi i ruoli: l'incapacità assoluta viene meno, la regola è nel senso della capacità, l'incapacità di compiere determinati atti è l'eccezione. Si intende evitare un trauma per la persona tenendo conto, nell'adozione degli opportuni provvedimenti, dello stile di vita del beneficiario anche precedente alla situazione di disabilità: infatti, il soggetto avrà diritto, per quanto possibile, di conservare le sue abitudini precedenti, le sue frequentazioni, i suoi svaghi. In questo senso assume estrema rilevanza il colloquio che il giudice tutelare dovrà tenere con il beneficiario, recandosi ove occorra nel luogo dove si trova, per rendersi conto dei bisogni e degli interessi di questi da bilanciare con gli interessi (anche pubblici) e le esigenze di protezione dello stesso; inoltre, dovrà sentire i familiari nonché disporre i necessari accertamenti medici<sup>83</sup>.

L'istituto riduce la capacità del soggetto destinatario del provvedimento soltanto in relazione ad alcuni atti, ovvero quelli di volta in volta stabiliti dal giudice nel decreto di

---

sostegno venga ad esistenza anche contro la volontà dell'interessato pur nel rispetto di tutte le garanzie che la prudenza del giudice saprà applicare. Cfr. sul punto P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, cit., 123.

<sup>82</sup> Così cfr. E. CALO', *Amministrazione di sostegno*, cit., 64 s.

<sup>83</sup> Giova ricordare che tutti i provvedimenti sono suscettibili di essere revocati o modificati laddove vengano a mutare le condizioni che hanno determinato il ricorso al giudice tutelare per la nomina dell'amministratore di sostegno (anche il giudice tutelare d'ufficio può rimettere gli atti al tribunale per la procedura di interdizione o di inabilitazione qualora la misura dell'amministrazione di sostegno si sia rivelata inadeguata a realizzare quel grado di protezione necessario perché il soggetto non rechi pregiudizio a se stesso e agli altri).

nomina: ciò significa che il beneficiario conserva la capacità d'agire per tutti quegli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno (art. 409 c.c.) nonché per tutti gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana (art. 409 c.c.), quei gesti incompressibili di cui nessuno può essere privato (comprare il latte, il pane, il giornale).

## 2.2 Analisi critica delle riforme più recenti: Italia e Francia a confronto

La novella legislativa italiana del 2004 ha lasciato l'amaro in bocca a quanti, nella dottrina civilistica nostrana<sup>84</sup>, auspicavano l'abrogazione della tradizionale "gogna psichiatrica", costruita intorno ad interdizione ed inabilitazione, affinché si potesse parlare realmente di riforma.

Giova evidenziare al riguardo come, non a caso, l'aperta ostilità nei confronti degli strumenti tradizionali di protezione abbia oltrepassato i confini della letteratura giuridica per comunicarsi anche agli ambienti della psichiatria forense, nei quali più volte è stato censurato l'effetto di "*stabilizzazione del paziente in una posizione regredita*" derivante dalla "*trappola giuridica*" e dalla "*spirale perversa*" dei meccanismi emarginanti indotti dall'incapacitazione giuridica<sup>85</sup>.

In chiave fortemente critica si è espressa parte della dottrina, la quale ha sottolineato, da un lato, che l'idea della gradualità nelle modalità di tutela delle diverse manifestazioni dell'infermità implica esigenze di coordinamento interno dei singoli istituti, assolutamente obliterate in sede di legiferazione e, dall'altro, che in realtà la prospettiva a connotazione prettamente patrimonialistica non è stata affatto soppiantata da quella personalistica, nonostante le declamazioni di principio<sup>86</sup>.

Per quanto la normativa italiana si ponga in linea con il *trend* europeo delle legislazioni riformiste, quantomeno sul piano astratto, se ci si sofferma ad esaminare i meccanismi attraverso i quali la legge 6/04 ha inteso garantire la realizzazione della finalità di protezione e promozione dei soggetti deboli, appare immediatamente evidente che la

---

<sup>84</sup> Tra gli altri C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 27, a metà degli anni '80 denunciava "*l'inadeguatezza di una risposta in termini di totale incapacità che vada ben oltre la stretta esigenza di protezione del soggetto condannandolo ad una permanente condizione di inferiorità giuridica che sanzioni ed anzi aggravi la sua condizione di emarginazione sociale*".

<sup>85</sup> Così letteralmente G. MASSIDA, *Interdizione ed inabilitazione per infermità di mente: da istituti di protezione a "trappole giuridiche" per l'handicappato psichico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 156 s.

<sup>86</sup> Cfr. *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004 n. 6*, cit., 9. La spiccata matrice patrimonialistica degli istituti di protezione anche a seguito della riforma si evince peraltro dalla lettura combinata degli artt. 374, 288, 411 c.c.: l'amministratore di sostegno è tenuto ad amministrare il patrimonio del beneficiario con la diligenza del buon padre di famiglia).

soluzione italiana in realtà diverge da ciascuno degli esempi normativi stranieri. Sicché, è lecito chiedersi se il risultato conseguito sia frutto di una scelta ben precisa del nostro legislatore ovvero dipenda da una commistione disorganica tra modelli distanti e profondamente difforni tra loro: al riguardo, l'opzione adottata in favore della sopravvivenza degli istituti tradizionali rivela, *prima facie*, una forte similitudine con il sistema francese<sup>87</sup>, anche se l'istituto dell'amministratore di sostegno mutua le caratteristiche di duttilità e capacità di adattamento al caso concreto dal *Betreuer* tedesco.

D'altro canto, la riforma del 2004 nell'ordinamento giuridico italiano non si pone nella scia di quei sistemi che hanno scelto di privilegiare il recupero della soggettività possibile del disabile psichico rispetto al principio della certezza del traffico giuridico: invero, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno subisce una incapacitazione speciale con riferimento a tutti gli atti ed attività che, per effetto del decreto di nomina, sono oggetto dell'intervento vicario o assistenziale dell'amministratore; privazione della capacità sanzionata dall'annullabilità degli atti compiuti personalmente dal beneficiario in quella sfera riservata<sup>88</sup>. Vale, inoltre, sottolineare che l'art. 405 c.c., co. 7 e 8, il quale prefigura un sistema di pubblicità rivolto alla generalità – mediante annotazione del decreto che apre l'amministrazione di sostegno in un apposito registro di cancelleria<sup>89</sup> e, soprattutto, a margine dell'atto di nascita del beneficiario – è sintomatico della scelta del legislatore di sacrificare le esigenze di riservatezza del disabile in nome della certezza conoscitiva dei terzi potenziali contraenti<sup>90</sup>.

Ciò posto, in considerazione dell'ampio spettro operativo del nuovo strumento, destinato come si è visto ad applicarsi con riferimento ad un numero elevatissimo di situazioni soggettive, è legittimo domandarsi se abbia avuto un senso conservare gli strumenti tradizionali e quali siano attualmente i rapporti tra vecchio e nuovo.

---

<sup>87</sup> A *tutelle e curatele* fu affiancata la *sauvegarde de justice*; la recente riforma del 2007, come si è visto in precedenza, ha ulteriormente inciso sul complessivo sistema di protezione dei soggetti incapaci. Giova sottolineare che la similitudine è soltanto apparente dal momento che l'istituto dell'amministrazione di sostegno non presenta profili di comunanza con quello della *sauvegarde*, operando l'amministrazione di sostegno pur sempre secondo i consueti strumenti della sostituzione o della assistenza nel compimento delle attività del beneficiario e rappresentando, in sostanza, una terza forma di incapacità, anche se limitata agli atti tassativamente delimitati dal provvedimento di nomina. Parla criticamente di “*terza forma di incapacità*”, E.V. NAPOLI, *Una terza forma di incapacità di agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministratore di sostegno*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 382 s.

<sup>88</sup> Art. 412 co. 2 c.c.: “*Possono essere parimenti annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno*”.

<sup>89</sup> Artt. 47 e 49 *bis* d. att. c.c.

<sup>90</sup> Si è già avuto modo di evidenziare che invece sia nel regime francese della *sauvegarde de justice* che in quello tedesco della *Betreuung* non vi è alcun sistema di pubblicità e ciò in ragione dell'esigenza di protezione massima della riservatezza del disabile ma anche in un'ottica di tendenziale promozione della soggettività dei disabili, per evitare l'immobilismo giuridico connesso alla percezione pubblica della loro incapacità.

L'approccio analitico e critico prescelto per esaminare il fulcro della riforma suggerisce la seguente considerazione: il nuovo istituto, in ragione dell'estensione del suo ambito soggettivo di operatività, è, potenzialmente, strumento globale, per così dire di massa, come tale privo di quella connotazione stigmatizzante propria degli istituti tradizionali; in tale prospettiva e nell'ottica di una mirabile tendenza verso la de-stigmatizzazione della malattia mentale e della disabilità psichica in genere, il mantenimento degli strumenti tradizionali dell'incapacità dichiarata funge da contraltare all'obiettivo di attribuire una valenza generale, perciò tutt'altro che stigmatizzante, al nuovo istituto, improntato alla finalità di una risocializzazione ordinata della diversità psichica e scevra dai rischi del rigetto sociale. È altresì auspicabile ed altrettanto plausibile, come è stato sottolineato, che interdizione ed inabilitazione non riusciranno nell'immediato futuro a sottrarsi alla “*selezione della specie giuridica*”<sup>91</sup>, finendo coll'incorrere in una “*disapplicazione progressiva*”<sup>92</sup> che li condurrà lentamente all'abrogazione sostanziale.

Quanto ai rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione, posto che il distinguo non potrà e non dovrà essere basato sul *quantum* dell'incapacità, la scelta da parte dell'autorità giudiziaria in favore dell'uno o dell'altro strumento andrà operata sulla base di un unico criterio di massima: la maggiore rispondenza di un rimedio piuttosto che dell'altro alle effettive ed ineludibili esigenze del disabile<sup>93</sup>.

In Francia, la già menzionata riforma del 2007 ha inteso distinguere tra misure di protezione rese necessarie in vista di malattie medicalmente accertabili, che incidono, elidendola del tutto o limitandola fortemente, sulla capacità d'intendere e di volere (art. 425 code civil) e misure di protezione da adottare negli altri casi in cui le difficoltà di curare i propri interessi patrimoniali dipendano da fattori sociali; a tal fine, la Loi 2007-308, entrata in vigore dal 1° gennaio 2009, ha introdotto la misura di accompagnamento sociale personalizzato (*mesure d'accompagnement social personnalisé* - MASP) e la misura di

---

<sup>91</sup> Così E. CALO', *Mandat en previsione de l'inaptitude*, cit., 61.

<sup>92</sup> Adopera quest'espressione L. MILONE, *op. cit.*, 113. Si è detto, tra l'altro, che nel frattempo interdizione ed inabilitazione continueranno a svolgere l'utile ruolo sociale di “*contenitori dello stigma sociale*”: così testualmente E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>93</sup> È bene sottolineare che, alla luce della nuova versione dell'art. 414 c.c., il maggiore d'età ed il minore emancipato, i quali si trovino in condizione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi sono interdetti allorché ciò sia necessario per assicurare loro adeguata protezione. Compete dunque al Giudice, valutata la gravità della situazione, pronunciare l'interdizione, ove sia convinto della sua ineludibilità al fine di assicurare l'adeguata protezione alla persona. Giova, inoltre, ricordare che secondo parte della dottrina il ricorso all'interdizione piuttosto che alla nomina dell'amministratore di sostegno sia giustificato in presenza di una particolare complessità e consistenza del patrimonio dell'interessato: cfr. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 36 s.

accompagnamento giudiziario (*mesure d'accompagnement judiciaire* - MAJ), che sostituiscono la vecchia *tutelle aux prestations sociales adulte* (TPSA).

Anche l'ordinamento francese, come quello italiano, ha optato per il mantenimento in vita degli strumenti tradizionali: *tutelle* e *curatelle*, seppure con una disciplina modificata atta a consentire una continua verifica dei presupposti e a rendere possibile un'ampia individualizzazione delle misure, troveranno applicazione nei casi in cui il bisogno di assistenza della persona debole derivi da una malattia (medicalmente accertata) che la renda in parte o *in toto* incapace d'intendere e di volere<sup>94</sup>.

Viene, poi, istituito, come si accennava già in precedenza, il mandato di protezione futura (*mandat de protection future*), tramite il quale qualunque maggiorenne capace d'intendere e di volere può designare una persona alla quale intende affidare la cura dei suoi interessi per il tempo in cui si troverà in una situazione che sia tale da giustificare il ricorso ad una misura di protezione<sup>95</sup>.

I principi cui si ispira la riforma sono, evidentemente, quelli di necessità, proporzionalità e sussidiarietà, in base ai quali non potranno essere adottate misure di protezione se non nei casi in cui si rendano indispensabili in considerazione della situazione o dello stato particolare della persona (art 425 c. 1 code civil). Rivelatasi necessaria l'adozione di una misura di protezione, dovrà in ogni caso essere scelta quella meno

---

<sup>94</sup> Sebbene l'ambito operativo delle misure di protezione tradizionali sia ancora particolarmente ampio, atteso il riferimento del code civil alla "malattia medicalmente accertata" che infici totalmente o parzialmente la capacità di intendere e di volere, includendo una *congerie* di situazioni amplissima, occorre evidenziare l'importanza della previsione della durata massima del regime di incapacitazione. Queste misure, infatti, stante il disposto dell'art. 441 code civil, non devono mai eccedere la durata di cinque anni e alla loro scadenza ne dovranno essere nuovamente accertati i presupposti: l'obiettivo del legislatore francese è chiaramente quello di assicurare la maggiore rispondenza possibile alla situazione concreta del provvedimento di protezione adottato. Quanto alla possibilità di rinnovare la misura l'articolo 442 stabilisce che " *Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée. Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine. Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure prévue au présent titre, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection. Il statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430, au vu d'un certificat médical et dans les conditions prévues à l'article 432. Il ne peut toutefois renforcer le régime de protection de l'intéressé que s'il est saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431*".

<sup>95</sup> Il nuovo istituto è disciplinato dall'art. 477 del code civil in base al quale " *Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié*".

invasiva, lasciando il più possibile intatta l'autonomia individuale della persona<sup>96</sup>. In ogni caso, giova precisare che, nel quadro della riforma francese, le misure di protezione dovranno essere adottate in via rigorosamente sussidiaria, ossia nei soli casi in cui gli altri strumenti predisposti dal diritto civile ed elencati nell'art. 428 code civil non siano idonei a proteggere gli interessi della persona debole.

Altro aspetto importante della riforma in esame è che secondo l'impostazione della legge alla famiglia spetta un ruolo primario nell'esercizio delle misure di protezione. L'art. 415 stabilisce, infatti, che la misura di protezione costituisce un dovere delle famiglie: sicché, la domanda di apertura di una misura di protezione spetta in primo luogo ai membri della famiglia in senso ampio e cioè al coniuge, al partner da patto civile di solidarietà (PACS art. 515-1 ss. Cc), al convivente di fatto, purché non sia cessata la convivenza, nonché ai parenti ed agli affini. Spetta, inoltre, anche alle persone che intrattengono rapporti stretti e stabili con la persona debole, alle persone che già esercitano una misura di protezione giudiziaria per la persona interessata nonché al pubblico ministero (art. 430). Coerentemente, saranno poi sempre i membri della famiglia gli "eletti" cui verrà preferibilmente affidato l'incarico di esercitare la misura di protezione disposta dal giudice, salva in ogni caso una possibile diversa designazione da parte dell'interessato<sup>97</sup>.

Ulteriore principio cui risulta ispirata la legge di riforma è la massima garanzia dell'autonomia individuale della persona debole. Ciò significa in particolare che la persona, ancorché beneficiaria di una misura di protezione, dovrà in ogni caso essere ampiamente informata sulla propria situazione personale e patrimoniale e su qualsiasi atto compiuto nel suo interesse (art. 457-1 code civil): trattasi di una disposizione di estrema rilevanza in quanto consente di auspicare, nell'ottica della salvaguardia delle residue capacità dell'incapace, il massimo coinvolgimento del soggetto interessato nelle scelte che lo riguardano. Sul punto giova segnalare che nel codice civile italiano, a seguito della riforma del 2004, sebbene sia stato previsto all'art. 410 che l'amministratore di sostegno debba

---

<sup>96</sup> Art. 415 code civil: *“Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique”*.

<sup>97</sup> Al riguardo l'art. 449 stabilisce che *“a défaut de désignation faite en application de l'article 448, le juge nomme, comme curateur ou tuteur, le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure. A défaut de nomination faite en application de l'alinéa précédent et sous la dernière réserve qui y est mentionnée, le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage”*.

informare tempestivamente il beneficiario circa gli atti da compiere, manca tra le disposizioni in tema di interdizione ed inabilitazione analogo regola. Ove si sia trattato di una scelta precisa del legislatore, non è dato comprenderne le ragioni, nella misura in cui è ben possibile che anche l'interdetto e l'inabilitato abbiano facoltà di comprensione sufficienti per essere coinvolti in alcune delle attività che li riguardano: ove, invece, la carenza sia il frutto di una mera dimenticanza, allora è auspicabile che proprio nell'ottica della valorizzazione delle residue capacità, cui lo stesso legislatore dimostra di aver dedicato particolare attenzione nella previsione dell'art. 427 1° co. c.c., nel provvedimento di nomina del tutore o del curatore sia espressamente sancito a carico di tali soggetti un dovere di informazione preventivo in ordine agli atti da compiere, in luogo o in assistenza della persona protetta.

Ritornando alla disamina della riforma francese, gli atti di natura strettamente personale (come per es. la dichiarazione di nascita di un bambino, il riconoscimento del figlio naturale ecc.) rimangono riservati alla persona stessa (art. 458 Cc). Nel caso in cui la persona protetta non sia in grado di provvedere personalmente, l'incaricato della protezione dovrà ottenere l'autorizzazione da parte del giudice tutelare (art. 459 code civil). Norme particolari valgono, poi, rispetto alla capacità di contrarre matrimonio nonché di concludere un patto civile di solidarietà (art. 460 ss *code civil*).

In assenza di una malattia medicalmente accertabile non possono essere disposte né la tutela né la curatela. Potrà tuttavia rendersi necessaria, in considerazione di altre esigenze soprattutto patrimoniali, una diversa misura di protezione. È per questo motivo che sono state introdotte la misura di accompagnamento sociale personalizzato e quella di accompagnamento giudiziario (art. 495, 495-1 ss. *code civil*).

Quando lo stato di salute della persona non giustifica l'adozione di una misura di protezione giudiziaria (curatela o tutela) ma nella vita del soggetto interessato dovessero tuttavia manifestarsi delle difficoltà nella gestione delle proprie risorse derivanti da prestazioni sociali, la persona può stipulare un contratto con il *Conseil général* della provincia (*département*) il quale provvederà ad assisterla e a farla recuperare la sua capacità di gestire autonomamente le proprie risorse economiche.

La gradualità delle misure di protezione, come disegnate nella novella legislativa francese, è di tutta evidenza ove si consideri che, se tale misura di accompagnamento sociale personalizzato dovesse fallire, il giudice potrà disporre la misura di accompagnamento giudiziario introdotta con la legge di riforma (artt. 495 ss): anch'essa lascia impregiudicata la capacità d'agire della persona limitandosi a fornire un ausilio alla

persona beneficiaria nella gestione delle prestazioni sociali da essa percepite, il tutto sempre con l'obiettivo primario di farle recuperare la propria autonomia patrimoniale.

Se poi dovesse risultare inidonea anche questa misura, il giudice potrà - ricorrendone i presupposti (malattia ed incidenza di quest'ultima sulla capacità di intendere e di volere) - disporre una misura di protezione giudiziaria (tutela o curatela).

Tirando le fila del discorso, vale sottolineare che mentre la riforma italiana, risalente al 2004 è ormai entrata in rodaggio, quella francese, in vigore all'inizio del 2009 ha il vantaggio di essere oggetto di analisi in un momento nel quale non ha ancora avuto modo di mostrare i suoi (eventuali) limiti, a differenza di quella italiana che, nelle numerose applicazioni, specie in tema di amministrazione di sostegno, ha evidenziato già diversi *handicap*, in parte dovuti alle difficoltà di orientarsi nella scelta di un istituto piuttosto che di un altro, in parte alla scarsa dimestichezza degli operatori con strumenti duttili, da adattare volta per volta al caso concreto.

Alla riforma francese va riconosciuto il merito di aver introdotto il limite temporale dei cinque anni all'efficacia delle misure di protezione più invasive, ovvero *tutelle* e *curatelle*, nonché di aver configurato un apparato rimediabile effettivamente improntato alla gradualità della protezione e della limitazione, su tutte la previsione delle misure di accompagnamento sociale, volte a sovvenire alle esigenze di quanti versino in condizioni tali da non poter gestire il proprio patrimonio, finché tale situazione di difficoltà persista.

### 3. La promozione delle residue capacità: obiettivi mancati della riforma italiana e nuove prospettive

La disamina degli strumenti di protezione degli incapaci prescelti nei diversi ordinamenti ci permette di individuare le criticità e le carenze di ciascun sistema e di addivenire alla conclusione che costituisce, tristemente, dato comune a tutti gli ordinamenti la limitata valorizzazione delle residue capacità dei disabili psichici: un elemento, questo, che induce a ritenere che la diffidenza e la paura verso la malattia mentale non siano soltanto un problema sociale ma anche, in qualche modo, istituzionale.

Si parla in dottrina dell'esigenza di "*proiezione terapeutica*"<sup>98</sup> della vita giuridica del malato di mente per sottolineare l'esigenza di promozione della sua soggettività possibile, del suo lato attivo, e ciò in conformità alla moderna psichiatria sociale, ma non si considera

---

<sup>98</sup> Così P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. Dir.*, 1986, 425 ss, che sollecita il passaggio dalla mera "*proiezione difensiva*" ad una "*proiezione positiva*" dei diritti del sofferente psichico.

che le barriere legislative, istituzionali prima che sociali, costituiscono il vero ostacolo, difficilmente sormontabile, alla costruzione di una sistematica di protezione finalizzata al conseguimento di un tal tipo di obiettivi.

La risocializzazione del disabile, il tentativo di ricollocare il soggetto emarginato in un contesto sociale che possa dirsi pronto ad accoglierlo, la rimozione del cd. “effetto ingessamento”<sup>99</sup>: mete queste per il raggiungimento delle quali in Italia non resta che affidarsi al nuovo strumento dell’amministrazione di sostegno, modulo elastico di incapacitazione speciale assistito da pubblicità generale, nella prospettiva strategica di assicurare un morbido e graduale reinserimento dei disabili psichici nel mondo giuridico.

Vale, tuttavia, sottolineare ancora una volta che il mutamento di rotta, espresso dalla riforma del 2004, non è sembrato sufficiente a quanti in dottrina auspicavano il superamento dello schema classico della contrapposizione tra capacità ed incapacità<sup>100</sup>: in alcuni casi, poi, le critiche si appuntano sui silenzi del legislatore delle diverse novelle susseguitesi negli ordinamenti europei rispetto ad alcune tematiche di rilievo, quali la responsabilità aquiliana del malato di mente, gli atti personalissimi, aspetti sui quali si auspicava un intervento positivo nell’ottica di quella finalità di promozione e valorizzazione più volte evidenziata.

I prossimi paragrafi saranno dedicati all’analisi di questi profili, in una prospettiva sì critica ma soprattutto di positiva individuazione dei possibili spiragli normativi utilizzabili dalla giurisprudenza e, più in generale, dagli operatori del diritto per sopperire alle carenze legislative, specie laddove vi corrisponda un’istanza sociale di segno inequivoco alla quale occorre far fronte.

### 3.1 Atti personalissimi e contrattualità della vita quotidiana

La sfera degli atti cd. personalissimi rappresenta il fulcro intorno al quale da sempre ruotano gran parte delle critiche della dottrina europea nei confronti degli istituti tradizionali dell’incapacità dichiarata ed, in particolare, dell’interdizione.

---

<sup>99</sup> La rimozione di questo effetto di forte privazione per il disabile psichico di ogni forma di partecipazione alla vita giuridica era oggetto di preoccupazione nella cd. bozza Cendon; si veda al riguardo P. CENDON, *Infermi di mente ed altri disabili*, cit., 626 e 639.

<sup>100</sup> Così G. FERRANDO, *op. cit.*, 140. Parla, con espressione suggestiva, di “*gabbia concettualistica capacità – incapacità*” R. PESCARA, *Tecniche privatistiche ed istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 1997, II ed., 761.

L'impossibilità per tali atti di essere ricompresi nell'oggetto della rappresentanza e, quindi, nell'ambito dell'intervento vicario del tutore, ha fatto sì che la dottrina francese ante riforma del 1968 ritenesse che “*l'incapacité d'exercice*”, connessa al regime di protezione, si traducesse, con riguardo agli atti personalissimi, in “*incapacité de jouissance*”, venendo così a limitare direttamente la personalità giuridica dell'infermo<sup>101</sup>, a meno di non voler ritenere che per il compimento degli stessi fosse sufficiente riscontrare nell'incapace la “*santè d'esprit*”.

Con riferimento al dato codicistico italiano, di fronte alla chiusura integrale posta dagli artt. 85 e 119 c.c., si è sottolineato che il concetto di incapacità di intendere e di volere non implica incapacità di amare, portandosi a modello la soluzione francese post – riforma che riconosce all'infermo la possibilità di contrarre matrimonio, con la cautela dell'autorizzazione del *conseil de famille* su parere medico (art. 506 code civil)<sup>102</sup>; altresì, si è sollecitato il superamento del rigore imposto dall'art. 266 c.c. per consentire all'interdetto, autorizzato dal giudice, di riconoscere il figlio naturale<sup>103</sup>, nonché si è ritenuto che il controllo giudiziale sia più che sufficiente per la *testamenti factio* attiva, totalmente inibita dall'art. 591, co. 2, c.c.<sup>104</sup>

È la Carta Costituzionale che spinge a rileggere le norme codicistiche in modo da salvaguardare le possibili esplicazioni della personalità in capo ai soggetti interdetti: cosicché l'agire esistenziale deve necessariamente essere espunto dall'ambito dell'incapacità legale per calarsi in quello più duttile ed elastico della mera capacità di discernimento<sup>105</sup>.

In questo senso la bozza di riforma Cendon profilava la possibilità per l'interdetto di essere ammesso al matrimonio su autorizzazione del giudice, ove questi avesse accertato che le condizioni dell'interessato non fossero tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale; inoltre, ipotizzava l'abrogazione dell'art. 266 c.c. ed il riconoscimento della

---

<sup>101</sup> Il punto è studiato approfonditamente in G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, 544 s.

<sup>102</sup> Così cfr. C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., 31 s. In ordine alla capacità matrimoniale dell'interdetto è nota l'avversione che la dottrina italiana ha manifestato sin dagli anni settanta nei confronti della rigida preclusione codicistica, instillando il dubbio della confliggenza con il principio costituzionale di uguaglianza (sul punto cfr. in particolare P. PERLINGIERI., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino – Napoli, 1972, 412 s.) ovvero sottolineandone la potenziale dannosità per la persona che pure si intenderebbe proteggere ed auspicandone il superamento *de iure condendo* (B. PANNAIN, *Considerazioni minime sull'interdizione*, in *Dir. giur.*, 1972, 506 s).

<sup>103</sup> Cfr. U. MAJELLO, *Filiazione naturale e comunità familiare*, in *Dir. giur.*, 1983, 1 s.

<sup>104</sup> Cfr, ancora C.M. BIANCA, *op. cit.*, 33. Al riguardo, G. FERRANDO, *op. cit.*, 305 s., sottolinea l'esigenza di innovare la norma dell'art. 85 c.c. prediligendo una soluzione di compromesso tra protezione dell'incapace e rispetto della sua sfera privata: sull'esempio di altri ordinamenti, come quello francese, si potrebbe ammettere l'incapace al matrimonio con provvedimento dell'autorità giudiziaria e sempre che non ricorra un disturbo tale da essere assolutamente incompatibile con la vita familiare.

<sup>105</sup> Così G. LISELLA, *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 773 ss.

capacità di fare testamento, previa autorizzazione del giudice e con l'ausilio del tutore o del curatore nominato *ad hoc*.

Ma il legislatore italiano del 2004 non ha ritenuto di poter inserire queste innovazioni nel codice civile; non ha approfittato dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno per aprire spazi di autonomia esistenziale in favore dell'infermo di mente.

Anche con riguardo alla capacità di testare dell'incapace, quanti auspicavano un intervento sulla norma dell'art. 591 n. 2 cpv c.c. sono stati delusi dalla l. 6/04: l'automatismo della citata disposizione è tale da mortificare una capacità che, in quanto attinente non solo alla volontà ma anche al sentimento dell'uomo, dovrebbe essere riconosciuta a determinate condizioni anche all'incapace, specie in considerazione del fatto che l'atto testamentario è l'unico che non comporta alcun pregiudizio per il suo autore dal momento che produce effetti dopo la sua morte e che, ove quell'atto arrechi pregiudizio ai suoi familiari, molteplici sono i rimedi apprestati dal legislatore.

Non solo la nuova legge non ha modificato l'art. 591 citato, eventualmente contemplando la possibilità per l'incapace di testare con l'assistenza del giudice ovvero riservandogli un'area di diritti disponibili, anche soltanto quella afferente alla sfera non patrimoniale (si pensi alle disposizioni circa la propria sepoltura); vi è, inoltre, il rischio che l'applicazione spregiudicata del disposto dell'art. 411 ult. cpv. c.c. possa determinare l'estensione del divieto previsto per l'interdetto anche per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno. È auspicabile che il giudice tutelare non si avvalga di tale possibilità, atteso che l'estensione del predetto divieto al beneficiario implicherebbe una fortissima limitazione per il soggetto interessato senza che gliene derivi al contempo alcun giovamento in termini di protezione.

A questo punto, in difetto di soluzioni legislative *ad hoc*, è bene che si faccia strada la tendenza, cui si è accennato già *supra*, verso l'abrogazione implicita (o per desuetudine) dell'istituto dell'interdizione: occorre proteggere senza interdire, disattivare le residue rigidità, perseguire nella prassi giudiziaria una politica che opti per un regime di sostegno, anche particolarmente ampio, evitando la pronuncia di interdizione<sup>106</sup>.

Quanto al beneficiario dell'amministrazione di sostegno giova evidenziare che le disposizioni introdotte dalla l. 6/04 tacciono, opportunamente, in ordine alla capacità di contrarre matrimonio: ciò induce a concludere nel senso del pacifico riconoscimento della

---

<sup>106</sup> Dovrà essere il giudice nell'esercizio degli ampi poteri discrezionali che gli sono riconosciuti a definire i compiti dell'amministratore di sostegno, ad indirizzarli nel modo più conveniente, a stabilire come debbano essere preservate le residue attitudini di discernimento ed autodeterminazione del disabile.

piena capacità matrimoniale in capo al beneficiario<sup>107</sup>. Ci si può chiedere, tuttavia, se il giudice tutelare, alla luce del disposto dell'art. 411 ult. cpv c.c. (“il giudice tutelare nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno o successivamente può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni”) possa estendere la limitazione relativa all'interdetto giudiziale, che discende dall'art. 85 c.c., anche al sottoposto ad amministrazione di sostegno. Al riguardo, è stato sostenuto in senso positivo che, in presenza di circostanze gravissime, sarebbe ipotizzabile l'emanazione di un decreto con il quale il giudice tutelare estenda al beneficiario il divieto previsto per l'interdetto<sup>108</sup>.

Sempre nell'ottica della promozione delle capacità residue dell'incapace, giova evidenziare che il legislatore italiano del 2004 codifica la nozione di “*contrattualità della vita quotidiana*”, in tal modo introducendo nella sistematica codicistica una nuova categoria dell'agire civile.

Nella giurisprudenza francese la nozione di *actes courants* era conosciuta già prima della riforma del '68: tale terminologia soleva identificare quel complesso di contatti negoziali che, in quanto essenziali al vivere quotidiano, potevano essere compiuti autonomamente dall'interdetto<sup>109</sup>.

Il fondamento della loro validità fu dapprima riscontrato, attraverso una *fiction iuris*, in una sorta di mandato tacito (conferito dal tutore all'incapace); in un secondo momento, la legittimazione dell'interdetto al compimento di validi *actes courants* fu agganciata ai principi dello stato di necessità, in forza dei quali non possono essere considerati illegittimi atti imposti da esigenze minime della vita.

---

<sup>107</sup> Analogamente si può concludere con riferimento al riconoscimento del figlio naturale.

<sup>108</sup> In tal senso si veda E. CALO', *op. cit.*, 133. Tuttavia è stato altresì affermato che l'invocazione a circostanze gravissime spinga ad escludere che il giudice tutelare possa dirsi legittimato ad imporre tale divieto, atteso che se la situazione dell'interessato all'amministrazione di sostegno è così grave appare verosimile che si versi in una di quella ipotesi nelle quali si avrà una pronuncia di interdizione, ovvero la conversione dell'amministrazione di sostegno in interdizione giudiziale e dunque l'operatività dell'impedimento al matrimonio di cui all'art. 85 c.c.. Se poi la situazione non è così grave da giustificare una pronuncia di interdizione, allora non si potrà avere incapacità matrimoniale, né il giudice tutelare potrebbe decretarla estendendo la limitazione dell'art. 85 c.c. al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, rivelandosi ingiustificata ed intollerabile la privazione tramite un decreto di una libertà preziosa com'è quella matrimoniale. Così si esprime G. BONILINI, in *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, 2004, 252 s.

<sup>109</sup> Sul punto particolarmente approfondita si rivela l'analisi di A. VENCHIARUTTI, *Verso una nuova disciplina dell'incapacità mentale nel diritto privato*, in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, cit., II, 1365 e nota 33, il quale peraltro evidenzia che la formale ammissione del minore al compimento degli atti di vita corrente operata dal Code Civil del 1964 si era già consolidata a livello giurisprudenziale.

La *ratio* della validità della cd. contrattualità minima, secondo l'opinione più diffusa nella dottrina italiana<sup>110</sup>, andrebbe ricercata in una rilettura costituzionalmente conforme della tradizionale incapacità dichiarata, che impone di interpretare le limitazioni giuridiche alla capacità dell'interdetto in ragione esclusiva della protezione del medesimo. In tal modo argomentando, nessuna restrizione si legittima per la capacità di compiere tutti gli atti negoziali della vita quotidiana, sempre che non siano suscettibili di arrecare un rilevante pregiudizio alla persona che si intende proteggere; infatti, se il regime di invalidità e di incapacitazione è posto a tutela del soggetto debole, potenzialmente pregiudicato dall'attività giuridica compiuta, si può agevolmente concludere nel senso che non si giustifica il presupposto della capacità d'agire per atti non intrinsecamente pregiudizievoli.

La proposta contenuta nella cd. bozza Cendon, più volte citata, intendeva sottrarre la microcontrattualità - tanto quella posta in essere in regime di incapacità dichiarata, quanto quella riferibile al mero incapace naturale - a qualunque forma di invalidazione, pur in presenza di effetti pregiudizievoli per l'infermo. Al riguardo, però, non erano mancate perplessità dei commentatori incentrate sull'incertezza di perimetro della prospettata categoria negoziale, in ragione della plausibile incidenza sulla stessa delle variabili soggettive afferenti la persona dell'infermo, nonché sulla totale abdicazione ad obiettivi di difesa del disabile dai pregiudizi potenziali del suo stesso agire<sup>111</sup>. In particolare, quanto alla delimitazione dei confini della nozione, appariva difficile individuare il *discrimen* tra microcontrattualità ed ordinaria amministrazione; cosicché, per effetto della L. 6/04 si è preferito inserire il riferimento agli "*atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana*" esclusivamente nel secondo comma dell'art. 409 c.c. dove si riconosce la relativa legittimazione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno<sup>112</sup>. Nulla si dice in ordine alla soggezione di tali negozi alla disciplina dell'incapacità naturale né in ordine all'eventuale

---

<sup>110</sup> Così tra gli altri C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., 29.

<sup>111</sup> In tal senso si espresse tra gli altri G. LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 58 ss.

<sup>112</sup> È stato osservato che, in base all'art. 1L. 6/04, l'amministrazione di sostegno viene in soccorso della persona priva in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana: tale formula, che riecheggia quella dell'art. 409 2° co. c.c., sembrerebbe evidenziare a prima vista un'antinomia del sistema, in quanto se l'amministrazione di sostegno è istituita in favore di chi sia impedito nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, ci si chiede come quest'ultimo possa poi essere considerato capace di compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. In realtà tale conflitto non sussiste affatto atteso che la vocazione di fondo dell'amministrazione di sostegno è quella di sopperire all'inetitudine del beneficiario a tutti quegli atti che possono dirsi comuni in relazione a ciò che normalmente avviene nella vita di un individuo, segnando in tal modo il confine con gli istituti tradizionali, cui resta ancora affidata la tutela della persona inidonea alla cura dei propri interessi sul presupposto di un'abituale infermità di mente. Così cfr. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 31 s.

analoga legittimazione al compimento di tali attività da parte dell'interdetto e dell'inabilitato.

In ogni caso, il primo problema resta comunque quello definitorio, atteso che l'area della contrattualità minima si profila come qualcosa di profondamente vago e di difficile inquadramento dogmatico: tant'è che si impone uno sforzo di chiarificazione e di oggettivizzazione della nozione, che eviti interpretazioni eccessivamente individualizzanti, frequenti nei casi dei *necessaries* inglesi, le quali appaiono rischiose, in ragione della diffidenza del terzo a stipulare atti claudicanti, suscettibili di essere annullati in virtù di presupposti sempre più labili ed incerti.

La contrattualità della vita quotidiana deve essere, dunque, individuata in termini oggettivi, in un'ottica di media sociale: si deve, cioè, far riferimento a quegli *standards* di negoziabilità che ciascuno pone in essere per il solo fatto di vivere e di vivere nella società. Un agire minimo che ognuno è in grado di riconoscere come tale senza incertezza perché membro di quella stessa comunità ed attore di quello stesso agire (un "*prontuario delle cose pratiche che sono uguali per chiunque e di cui ognuno ha bisogno allo stesso modo*"<sup>113</sup>).

Si può riconoscere come la norma alluda senza incertezza agli atti destinati a far fronte ai comuni bisogni dell'esistenza del beneficiario: l'esemplificazione possibile spazia, pertanto, dall'acquisto dei generi alimentari alla stipulazione di un contratto di trasporto urbano, agli acquisti dei beni necessari a soddisfare le esigenze quotidiane d'informazione, culturali, spirituali e così via<sup>114</sup>.

Gli interpreti hanno salutato con favore la nuova norma: del resto, la dottrina più accorta aveva già da tempo messo in luce l'utilità di riconoscere all'incapace l'idoneità a compiere gli "*atti della piccola e quotidiana amministrazione o almeno taluno di essi*"<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> L'espressione suggestiva è di P. CENDON, *I diritti delle persone deboli*, cit., 2120 s. secondo cui le condizioni economiche, esistenziali, cliniche dell'individuo rappresentano fattori per così dire "opachi" per il terzo potenziale contraente, introducendo un alto tasso di incertezza e di diffidenza sfavorevole all'instaurazione del rapporto e dunque alla realizzazione della personalità del soggetto debole; per contro, la contrattualità quotidiana deve integrare quell'agire minimo che ciascuno è in grado di riconoscere in modo inequivoco, perché membro di quella stessa comunità ed attore di quel medesimo agire.

<sup>114</sup> Appare evidente che a fronte di una formula tanto ampia e generica non potranno che essere molteplici le chiavi di lettura, dal momento che le esigenze della vita quotidiana non possono esaurirsi nell'alimentazione, nell'informazione etc. E' altresì evidente che le esigenze della vita quotidiana varieranno da beneficiario a beneficiario ed il legislatore dimostra di aver inteso valorizzare questo aspetto personalistico e dunque fortemente variabile, non optando per una terminologia astratta ed impersonale quale "atti della vita quotidiana" ma riferendosi a quegli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Ne deriva che ciascun soggetto interessato da un provvedimento di amministrazione di sostegno potrà e dovrà continuare a svolgere la propria vita come nel tempo antecedente la nomina dell'amministratore, comprensiva delle manifestazioni voluttuarie e dunque, ben al di là del soddisfacimento dei bisogni cd. primari.

<sup>115</sup> Così P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente*, cit., 60.

La riforma raggiunge così il risultato di affermare, *expressis verbis*, il principio di autonomia del beneficiario nella realizzazione di una contrattualità quotidiana nel rispetto per quanto possibile della sua residua volontà ed autodeterminazione. Non è mancato, tuttavia, chi ha evidenziato la scarsa innovatività della disposizione, nella misura in cui in via interpretativa già si era pervenuti ad affermare la piena legittimazione del soggetto incapace al compimento degli atti correnti che non comportassero un apprezzabile sacrificio economico<sup>116</sup>.

In questo contesto viene, poi, ad innestarsi il tema dell'annullamento per incapacità naturale che assume notevole rilevanza ove si consideri che, pur a fronte di una fattispecie negoziale riconoscibile come "quotidiana", il terzo potrebbe essere indotto ad allontanarsi da colui che gli appaia come incapace per timore dell'annullamento *ex art. 428 c.c.*. Le tesi dottrinali su esposte, in forza delle quali gli atti della contrattualità quotidiana andrebbero sottratti dall'area operativa dell'annullabilità *ex art. 428 c.c.*, non trovano conferma nel dato normativo. Ne deriva che l'obiettivo di eliminare il cd. "effetto ingessamento" deve necessariamente passare per una reinterpretazione dell'*art. 428 c.c.* che riduca l'incidenza della malafede del terzo contraente e restituisca centralità all'elemento del pregiudizio, l'unico realmente consono alle esigenze di protezione correlate al regime di invalidazione.

Alcune tipologie di disabilità psichica, per la loro condizione di "apparenza", sono tali da porre *tout court* il terzo in una condizione di malafede, ma non per ciò solo devono determinare l'emarginazione del disabile dalla vita giuridica quotidiana, sempre che questa si sviluppi in condizioni di equità e non arrechi oggettivamente pregiudizio alla persona da proteggere: cosicché, l'atto non pregiudizievole per l'incapace, pur se realizzato in presenza della piena consapevolezza da parte dell'altro contraente dello stato di incapacità, non dovrebbe essere passibile di annullamento in mancanza di quella *lesion* che la complessiva sistemica della tutela dei soggetti incapaci in ciascuno degli ordinamenti esaminati mira ad evitare.

Vale evidenziare che l'*art. 409* citato si riferisce esclusivamente al beneficiario dell'amministrazione di sostegno: il silenzio della norma in ordine all'interdizione induce a chiedersi se debba essere il giudice di volta in volta in ciascun provvedimento ad attribuire al disabile la legittimazione al compimento di questo genere di atti ovvero, se in via

---

<sup>116</sup> Tale critica è di S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 46.

interpretativa si possa concludere nel senso che la stessa debba essere riconosciuta in termini generali all'interdetto<sup>117</sup>.

Quanto al coordinamento tra autonomia quotidiana del disabile e poteri sostitutivi dell'organo vicario è stato affermato in dottrina che gli atti di contrattualità minima ricadrebbero in una “*sfera di incomprimibilità*” esistenziale dell'inabile che renderebbe inefficaci gli atti di ingerenza da parte dell'amministratore e nulla la statuizione del giudice tutelare tesa a violarla<sup>118</sup>.

Da ultimo, non può che leggersi con favore il novello disposto dell'art. 427 1° co. c.c. sebbene alcune questioni si siano poste con riferimento alla nota distinzione tra atti di ordinaria amministrazione e di straordinaria amministrazione: si è fatto rilevare che, se rispetto all'inabilitazione che comporta una limitazione della capacità nella sola sfera degli atti di natura patrimoniale ed in particolare di quelli di straordinaria amministrazione, appare logico che l'attenuazione dell'incapacità avvenga tramite la previsione che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore, per contro, il potere attribuito al giudice di stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore si rivela del tutto insufficiente a garantire l'elasticità del regime di interdizione, limitandosi alla sola attività di carattere economico la possibilità di attenuare un'incapacità che, nell'interdizione, investe tutti i profili dell'agire giuridicamente rilevante<sup>119</sup>.

Tuttavia, ove pure si aderisse a quell'opinione più volte citata in base alla quale la sfera degli atti personali e personalissimi dovrebbe essere espunta dal contesto di quelle attività che l'interdetto non può compiere *ex se*, residuerebbero comunque ulteriori problemi in riferimento agli strumenti atti a garantire un'efficace protezione preventiva dell'agente rispetto a conseguenze potenzialmente pregiudizievoli per il suo interesse.

La funzionalizzazione degli strumenti di protezione all'interesse del disabile, pur declamata nei principi della nuova legge, avrebbe dovuto tradursi nella previsione di un controllo giudiziale anche sulla sfera personale del soggetto, con la possibilità per

---

<sup>117</sup> L'opzione interpretativa preferibile è quella nel senso del riconoscimento in termini generali della capacità di porre in essere gli atti della contrattualità minima; tuttavia, appare evidente che il giudice dell'interdizione o dell'inabilitazione ben potrebbe delimitare l'area di autonomia quotidiana della persona, adoperando all'uopo la nuova elasticità strutturale della sentenza d'incapacitazione (art. 427 1° co. c.c.): è il giudice a dover aprire spazi di capacità di agire speciale, modulandone i profili oggettivi in considerazione delle peculiarità del caso concreto.

<sup>118</sup> Così si esprime M. R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 231 ss.

<sup>119</sup> Cfr. al riguardo F. NADDEO, in *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge..*, cit., 261.

l'interdetto di rivolgersi al giudice ove sorga un contrasto con il tutore in merito all'esercizio di situazioni personali e con l'attribuzione al giudice del potere di vagliare a monte la capacità concreta dell'infermo di manifestare validamente la propria volontà in ambito esistenziale<sup>120</sup>. Analogamente, con riguardo all'inabilitazione, il legislatore avrebbe potuto e dovuto prendere in considerazione l'eventualità che le esigenze di protezione dell'inabilitato vadano al di là della sfera patrimoniale, attribuendo al giudice il potere di stabilire per il compimento di atti specifici l'obbligo di ausilio del curatore. Autorevole dottrina sottolinea al riguardo come non si possa escludere a priori l'esistenza di forme meno gravi di infermità nelle quali la persona pur sapendo amministrare adeguatamente i propri interessi finanziari, non è in grado di realizzare da solo altri interessi per i quali ha diritto all'assistenza e quindi al controllo<sup>121</sup>.

In conclusione si deve evidenziare come scarsa sia stata l'attenzione mostrata dal legislatore del 2004 nei confronti degli interessi personali dei disabili psichici; a fronte di tali carenze è auspicabile che tanto la dottrina che la giurisprudenza contribuiscano a realizzare quel salto di qualità nella sistematica di protezione degli incapaci che la legge non ha saputo o potuto garantire.

### 3.2 Responsabilità aquiliana degli incapaci: prospettive di riforma

Il legislatore italiano del 2004 sembra aver trascurato del tutto alcuni aspetti importanti sui quali la nuova legge veniva ad incidere: basti pensare alle norme relative alla responsabilità civile.

Vale evidenziare che il codice del 1942 ha optato per un sistema improntato ai seguenti principi (le norme di riferimento sono gli artt. 2046 – 2047 c.c.): irresponsabilità dell'incapace naturale, responsabilità del sorvegliante, sussidiarietà dell'obbligo indennitario dell'incapace. Una combinazione di regole che, da più parti, è stata considerata anacronistica specie con riguardo alla regola primaria dell'irresponsabilità *tout court* dell'autore del fatto<sup>122</sup>.

Del resto, la moderna psichiatria ha più volte evidenziato come qualsiasi forma di deresponsabilizzazione del sofferente psichico, sia essa sociale, morale o giuridica,

---

<sup>120</sup> Prospetta tale soluzione, con riferimento all'ordinamento francese, G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale*, cit., 172 ss., la quale configura la legittimazione del soggetto protetto a ricorrere dinanzi al giudice delle tutele contro le decisioni assunte in materia esistenziale dal consiglio di famiglia.

<sup>121</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione*, cit., 54.

<sup>122</sup> La critica è di P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, cit., 39.

determini notevoli riflessi antiterapeutici sul malato; sarebbe, piuttosto, preferibile porre a carico dell'infermo danneggiante, in via diretta e non sussidiaria, in eventuale concorso in solido con il sorvegliante, le conseguenze risarcitorie del suo fatto illecito, salvo il potere del giudice di moderare l'ammontare del risarcimento<sup>123</sup> in considerazione dell'età, della gravità dello stato di incapacità e delle condizioni economiche delle parti.

In tale contesto, occorre affrontare la tematica dell'illecito civile commesso dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno, coordinando la normativa vigente (artt. 2046, 2047, 2048 c.c.) con la nuova disciplina.

In primo luogo, è necessario chiedersi se il beneficiario possa essere considerato un soggetto incapace: alla luce degli obiettivi della riforma e della lettura del dato positivo, che evidenzia la permanenza della capacità in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ciò va senz'altro escluso per coloro che ricorrono all'amministrazione di sostegno solo per problemi di disagio fisico, mentre per i restanti possibili beneficiari egualmente potrebbe porsi il problema.

Inoltre, nei casi in cui il beneficiario venga ritenuto incapace, occorre domandarsi se l'amministratore di sostegno possa essere considerato, ed in quali casi, la persona destinata alla sorveglianza dell'incapace stesso, cui si fa riferimento nell'art. 2047 c.c.. In altri termini, si dovrà valutare se l'amministratore di sostegno debba o meno rispondere (ed in base a quale norma) di comportamenti non a lui direttamente imputabili, ovvero dei danni cagionati dal beneficiario a terzi.

Vale precisare che il nuovo istituto si caratterizza per la conservazione della capacità di agire in capo al beneficiario "per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno" (art. 409, 1° comma, c.c.). Sicché, tenuto conto di questa premessa, occorre domandarsi se la fattispecie di cui all'art. 2047 c.c. sia applicabile al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, il quale cagioni un danno a terzi.

Il giudice sarà chiamato a compiere una valutazione del caso concreto: occorrerà, infatti, verificare se il soggetto amministrato fosse o meno capace di intendere e di volere al momento in cui ha commesso il fatto illecito. Si tratterà, quindi, di effettuare un'indagine sulla capacità naturale del soggetto: solo nel caso in cui l'amministrato sia incapace sarà applicabile l'art. 2047 c.c.; in mancanza, il soggetto beneficiario risponderà secondo gli ordinari principi della responsabilità civile.

---

<sup>123</sup> Così P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili*, cit., 650 s.

Ma può l'amministratore di sostegno essere considerato sorvegliante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2047 c.c.? Giova ricordare che per "sorvegliante" si intende il soggetto tenuto *ex lege*, per attività professionale, per contratto alla sorveglianza dell'incapace, "quindi quel soggetto che versa in una situazione di così stretto rapporto con l'incapace che ne deriva a suo carico un compito di vigilanza"<sup>124</sup>. Ne consegue che la qualifica di sorveglianti spetta indubbiamente ai genitori, ai tutori del minore incapace (naturale) o dell'interdetto, al personale medico e paramedico delle strutture sanitarie nei confronti dei soggetti ricoverati. L'obbligo di sorveglianza può inoltre nascere da una scelta di convivenza, qualora si accolga l'incapace nella propria sfera personale e familiare assumendo volontariamente il compito di prevenire o impedire che la condotta dell'incapace degeneri in pregiudizi nei confronti dei terzi.

Così enucleata una limitata casistica con riferimento alla nozione di "sorvegliante" occorre rispondere all'interrogativo appena esposto e cioè se l'amministratore di sostegno possa rientrare nell'ambito operativo dell'art. 2047 c.c., ossia se l'amministratore di sostegno possa essere ritenuto sorvegliante secondo la nozione di cui all'art. 2047 c.c.

Si potrebbe sostenere che sia necessario distinguere a seconda che il soggetto nominato amministratore di sostegno sia soltanto un amministratore "esterno", il quale si occupi esclusivamente della gestione dei beni del beneficiario ovvero sia chiamato a compiere soltanto atti di rappresentanza dell'amministrato, o si tratti di un parente del beneficiario convivente col medesimo. Infatti, nel primo caso difficilmente l'amministratore di sostegno potrà essere considerato responsabile dei fatti illeciti compiuti materialmente dal beneficiario; mentre, ove si tratti di familiare convivente, la maggiore ampiezza dei poteri tutori attribuiti all'amministratore dal decreto di nomina consentirà con alta probabilità di individuare nel medesimo un vero e proprio sorvegliante nel senso voluto dalla norma dell'art. 2047 c.c.<sup>125</sup>.

In altri termini, la responsabilità dell'amministratore andrà commisurata ai poteri che il giudice tutelare gli abbia concretamente attribuito e, pertanto, non potrà che dipendere, di volta in volta, dall'esame del caso concreto, dovendosi considerare nel

---

<sup>124</sup> Cfr. testualmente A. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno, Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005, 222.

<sup>125</sup> In tal senso cfr. G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 270, i quali sottolineano come non si possa dimenticare che uno dei tratti significativi del nuovo istituto dovrebbe essere proprio la cura della persona.

contempo il “*profilo quantitativo dell’assistenza che viene prestata*” e la circostanza che vi sia un’altra persona destinata alla sorveglianza dell’incapace<sup>126</sup>.

Qualora, infine, il beneficiario sia ricoverato presso una struttura di cura, pubblica o privata, il giudice chiamato a pronunciarsi in ordine all’azione di responsabilità sarà tenuto a valutare ancora una volta la situazione sostanziale (tenendo conto, in particolare, del tipo di struttura, della tipologia di assistenza prestata, dell’ampiezza dei poteri riconosciuti dall’amministratore) al fine di decidere se individuare il sorvegliante, e quindi il responsabile *ex lege* del fatto illecito, nella struttura stessa, nei singoli addetti sanitari e/o nell’amministratore.

Al riguardo, la giurisprudenza di merito ha posto in luce la circostanza che l’amministratore di sostegno non riveste di per sé alcun ruolo di “garanzia” con la conseguenza che non incombe sul medesimo, per il solo fatto di ricoprire questo ufficio pubblico, alcun compito di vigilanza o sorveglianza rilevante *ex art.* 2047 c.c.; ciò, naturalmente, nei limiti in cui le predette responsabilità non siano insite nel ruolo di fatto rivestito dall’amministratore di sostegno (familiare o meno) di effettivo “controllo” del beneficiario (es. quale genitore o parente presso cui si trovi il beneficiario, o responsabile di servizi o strutture che lo ospitano)<sup>127</sup>.

Appare evidente che la disciplina cui occorre far riferimento in tema di responsabilità dei soggetti incapaci e limitatamente capaci, come nel caso del beneficiario dell’amministrazione di sostegno, sarà sempre quella degli artt. 2047 – 2048 c.c.. Tuttavia parte della dottrina, con la dichiarata finalità di sovvenire all’esigenza di inserimento sociale dei disabili psichici e nell’intento di superare le negatività della deresponsabilizzazione totale di questi soggetti, ha proposto la sostituzione della regola di responsabilità a quella vigente di irresponsabilità dell’incapace per l’illecito commesso<sup>128</sup>.

Giova evidenziare che la Francia, con la legge 68-5 del 3 gennaio 1968 ha rivoluzionato il tradizionale regime di irresponsabilità civile dell’infermo di mente – fondato

---

<sup>126</sup> Così G. BONILINI, A. CHIZZINI, *Amministrazione di sostegno*, cit., pag. 270. In particolare G. BONILINI, rileva che in dottrina, con riguardo ai danni cagionati ai terzi dal beneficiario, si è sostenuta anche l’applicabilità all’amministratore di sostegno dell’art. 2048 c.c., nel caso in cui questi conviva con lo stesso.

<sup>127</sup> Così esplicitamente cfr. Trib. Venezia 13 settembre 2005, in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it) e in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com): può anche essere esplicitato nello stesso provvedimento di nomina dell’amministratore di sostegno che questi non riveste un ruolo di “garanzia”. V. anche Trib. Venezia n. 13 ottobre 2005 n. 2086, in [www.edscuola.it](http://www.edscuola.it).

<sup>128</sup> Nella bozza Cendon del 1986 era già contenuta una proposta in tal senso; la medesima proposta viene reiterata in una nuova bozza elaborata nel 2007, con la quale, a un triennio dall’entrata in vigore della legge n. 6 del 2004 sull’amministrazione di sostegno, si pongono le basi di un progetto diretto sia all’abrogazione dell’interdizione e dell’inabilitazione che alla riforma di tutti quei settori non toccati esplicitamente dalla legge del 2004: responsabilità civile, capacità d’agire del minore, filiazione, annullabilità dei contratti, negozi *mortis causa*, donazione, titoli di credito.

*ex art.* 1382 ss. *code civ.* sulla sequenza coscienza - imputabilità - *faute* - responsabilità, lasciando il posto all'equiparazione, ai fini della responsabilità aquiliana, dell'*alienè* all'*homme sensè* (art. 489-2 *code civ.*)<sup>129</sup>.

In Italia non poche riserve sono state manifestate da parte della dottrina nei confronti dell'opzione francese<sup>130</sup>: tuttavia, è indubbio che la sopravvivenza di un privilegio di immunità in favore dell'infermo di mente finisca col rappresentare un fattore di perpetuazione di meccanismi ostracistici, stigmatizzanti, cosicché la responsabilità potrebbe essere un "*prezzo necessario da pagare per l'accettazione sociale*"<sup>131</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della succitata legge, infatti, l'ordinamento francese nulla diceva a proposito della responsabilità civile dell'infermo di mente e, di conseguenza, la giurisprudenza non poteva che applicare le ordinarie regole fissate dagli artt. 1382 e ss. del *code civil* che ancoravano (ed ancorano) la risarcibilità del danno extracontrattuale alla sussistenza di un comportamento colposo dell'agente. Fino al 1968 la maggioranza degli autori, restando fedele ad una concezione soggettiva della colpa civile, riteneva che un soggetto incapace di intendere e di volere non dovesse essere obbligato al risarcimento in quanto non poteva versare in uno stato di colpa, presupposto della responsabilità, e la percezione dell'obbligo avrebbe potuto comportare riflessi antiterapeutici. Altra dottrina, invece, sosteneva il principio della totale responsabilità dell'individuo privo di ragione, sia esso infermo di mente o minore<sup>132</sup>.

A seguito dell'introduzione della nuova norma, che segna il netto mutamento di rotta rispetto al passato, la *querelle* si riaccende. La dottrina maggioritaria, comunque, individua in essa il trionfo della teoria oggettivistica della colpa, secondo la quale, al fine di valutare come giuridicamente colposa l'azione del danneggiante, è sufficiente riscontrare la semplice realizzazione di un errore nella condotta, o verificare la trasgressione di un obbligo imposto dalle regole giuridiche, senza indagare sulle condizioni psichiche in cui versava il soggetto al momento della produzione del danno.

---

<sup>129</sup> Sul punto *funditus* cfr. A. VENCHIARUTTI, *La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 507 s.

<sup>130</sup> Si veda G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, 369.

<sup>131</sup> Così P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, cit., 40 ss., il quale tuttavia evidenzia che il recupero di esigenze equitative dovrebbe restare affidato al giudice, a quel suo *pouvoir de moderation* la cui assenza dal testo dell'art. 489 -2 *code civ.* costituisce elemento di eccessiva rigidità del sistema francese.

<sup>132</sup> Dettagliatamente riepiloga gli orientamenti dottrinali francesi ante riforma del 1968 A. VENCHIARUTTI, *La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia*, cit. 493. Più di recente, per il seguito della *querelle* post riforma cfr. A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica del sofferente psichico*, in Ferrando - Visintini (a cura di), *Follia e diritto*, 2003, 86 e ss..

Tuttavia, l'introduzione *tout court* della regola di responsabilità nel nostro ordinamento sarebbe stata probabilmente una scelta azzardata: in realtà, la valvola di sfogo, attraverso la quale operare una responsabilizzazione, ove possibile, dell'incapace al fine del suo reinserimento sociale è già presente nel nostro ordinamento ed è rappresentata dalla cd. capacità naturale o di discernimento. Presupposto della responsabilità è la capacità naturale, ovvero quella di orientare con un minimo di discernimento le proprie azioni e non piuttosto la capacità di agire: ne deriva di conseguenza che, specie in seguito alla novella legislativa, il giudice sarà chiamato a verificare, laddove ricorra una fattispecie di illecito aquiliano posta in essere da un soggetto dichiaratamente incapace, perché assoggettato ad uno dei provvedimenti interdittivi tradizionali, ovvero limitatamente incapace (negli spazi individuati dal decreto di nomina dell'amministratore di sostegno), se in concreto l'autore del fatto era in grado di comprendere le conseguenze del proprio agire ovvero se, sempre nell'ottica della riforma del proteggere ma non troppo e soprattutto non inutilmente, abbia agito in dipendenza della propria disabilità o infermità mentale arrecando pregiudizio a terzi. Soltanto attraverso un approccio concreto si potrà realizzare la finalità di non ostracizzare il diverso, non stigmatizzare l'incapacità, valorizzando ogni aspetto della persona e della personalità del disabile che consenta di ricondurlo ad una condizione di normalità, ivi compresa l'assunzione di responsabilità per i fatti dei quali l'incapace è in grado di percepire l'ingiustizia.

Le regole ci sono, ma sono talmente flessibili, talmente volte a cucire l'abito sulla persona, che le vere regole dovranno farsi nella loro concretezza ad opera di quello che si chiama diritto vivente.

## CAPITOLO II

### *La persona incapace negli ordinamenti sovranazionali*

#### 1. I diritti della persona nell'ordinamento comunitario

Se abbandoniamo per un attimo il contesto degli ordinamenti nazionali per tuffarci in quello che, con una terminologia suggestiva, può essere denominato spazio normativo europeo, districandoci nel complesso sistema delle fonti sovranazionali e soffermandoci in particolare nella disamina delle norme internazionali e comunitarie che, in maniera diretta o indiretta, toccano il settore dei diritti della persona, l'approccio alle tematiche della tutela dell'incapace può essere arricchito con il richiamo a disposizioni che denotano novità di sostanza e di metodo.

È noto come il percorso verso l'approvazione della Costituzione Europea, tappa basilare per la fondazione dell'Europa dei diritti, abbia subito una prevedibile ma non meno deludente battuta d'arresto a causa del dissenso di pochi; tuttavia, di recente, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, cd. Trattato di riforma dell'Unione, la questione della tutela europea dei diritti della persona è ritornata di grande attualità e l'Europa dei più sta spingendo affinché si possa addivenire sul piano sovranazionale al riconoscimento, vincolante per tutti, dei diritti fondamentali dell'individuo.

Il predetto Trattato tende alla promozione dei valori comuni ai Paesi dell'Unione, ma soprattutto ad integrare la Carta dei diritti fondamentali, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000, nel diritto primario europeo.

Invero, non può non essere considerato come un grande limite del diritto comunitario (*recte*, delle competenze dell'Unione) quello di non trattare tematiche di estremo rilievo, quali quelle involgenti i più disparati settori della tutela della persona umana e dei valori ad essa collegati; ed è a questo limite che si cerca di porre rimedio laddove ci si adopera per l'approvazione di documenti il più possibile condivisi che delineino la misura minima della protezione dei diritti fondamentali.

In tale contesto si analizzeranno innanzitutto le tappe fondamentali del percorso che l'Unione sta affrontando verso la costruzione di una dimensione europea dei diritti dell'individuo; di seguito, andranno delimitati i poteri dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto comunitario con particolare riferimento alla tutela della persona.

## 1.1 La persona ed i suoi diritti fondamentali nell'*acquis communautaire*

All'indomani della fine della Seconda Guerra mondiale, la tutela dei diritti della persona si è andata via via arricchendo nella dimensione internazionale, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU del 10 dicembre 1948 fino ai successivi e aggiuntivi Patti internazionali del 16 dicembre 1966, i quali hanno portato alla costruzione di una sorta di statuto mondiale della protezione dei diritti umani, sopperendo, se pure solo in parte, al valore di mera risoluzione della Carta del 1948.

In questo quadro, l'ONU ha approvato dichiarazioni volte a fornire specifica tutela a determinate categorie di soggetti<sup>133</sup>: invero, sin da subito si è palesata la forza dirompente delle dichiarazioni internazionali a fronte dello scarso rilievo espansivo e trascinante delle iniziative adottate nelle diverse regioni del mondo tendenti alla formazione di carte generali dei diritti, inevitabilmente inficiate dalla dimensione ristretta della loro portata.

In tale contesto e sulla scorta di tali obiettivi, il 4 novembre del 1950 venne sottoscritta a Roma la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (entrata in vigore il 3 settembre 1953), la quale si presentava come un Trattato multilaterale i cui Stati contraenti erano i medesimi appartenenti all'organizzazione internazionale del Consiglio d'Europa, costituitasi a Londra il 5 maggio 1949: vale ricordare che lo Statuto di quest'ultima già aveva impegnato gli Stati a riconoscere il principio in base al quale ogni persona posta sotto la loro giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale convenzione ha rappresentato il primo tentativo verso la costruzione di una costituzione transnazionale, ove per "costituzione" deve intendersi l'insieme organico di principi e di regole, racchiusi *more solito* in un testo scritto, col fine precipuo di tutelare i diritti fondamentali, che derivano all'uomo non dalla sua appartenenza ad un determinato Stato, ma si innestano sugli attributi della persona umana.

Con la creazione della Comunità europea, sebbene non a caso fu deciso di non menzionare i diritti nel Trattato istitutivo di Roma, al precipuo fine di evitare che si potesse andare oltre le più circoscritte e condivise intenzioni di dar vita, in quel momento, ad una struttura di cooperazione economica, al contempo la mancata enunciazione non ne comportò l'assenza di tutela, diretta o strumentale, nell'ambito del nuovo Trattato;

---

<sup>133</sup> Sul tema cfr. G. GUARINO, *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo*, in <http://www.gjurcost.org/studi/guarino.html>.

nondimeno, la prospettiva era piuttosto limitata, in quanto si tendeva a guardare al soggetto comunitario solo come *homo oeconomicus*<sup>134</sup>.

Al fine di individuare l'attuale dimensione comunitaria dei diritti della persona occorre addentrarsi nelle dinamiche interne all'organizzazione comunitaria, considerando che, se da un lato vi è una continua tensione verso la tutela dei diritti fondamentali, d'altra parte, di là dai pur importanti riferimenti esterni all'organizzazione sovranazionale, l'obiettivo è la realizzazione di una tutela per così dire "autogena", ossia che si innesti all'interno delle fonti comunitarie.

*In primis*, appare opportuno evidenziare che in tale prospettiva ruolo fondamentale ha svolto e svolge la Corte del Lussemburgo, la quale ha posto e tuttora pone in essere una rilevante opera giurisdizionale di bilanciamento tra esigenze già insite *ab initio* nei Trattati fondativi.

La Corte, tuttavia, non sempre si è mostrata sensibile alla tematica dell'integrità dei diritti: infatti, nelle decisioni *Stork* (C-1/58), *Nold* (C-36, 37, 38 e 40/59), e *Sgarlata* (C-40/64), l'organo giurisdizionale europeo era sembrato maggiormente preoccupato di definire esattamente il suo ruolo di giudice esclusivo nell'ambito di quell'ordinamento giuridico di nuovo conio di cui s'era ragionato nella non meno famosa decisione *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963 (C-26/62), tanto da affermare la propria incompetenza a far valere direttamente regole e principi appartenenti alle singole costituzioni nazionali. A riprova invece della "disponibilità" della Corte all'apertura delle porte ai diritti può citarsi la decisione *Stauder*,<sup>135</sup> in cui il rapporto di continenza tra diritti fondamentali della persona e principi generali, questa volta, si noti, del solo ordinamento comunitario, è affermato *ex officio*, cioè senza nemmeno essere direttamente sollecitato dal giudice amministrativo di Stoccarda, che aveva effettuato il rinvio pregiudiziale.

Nella prospettiva sopra citata vale menzionare la decisione *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (C-11/70), che, se certamente conferma il rifiuto della Corte di Giustizia di assumere a parametro della validità degli atti comunitari le Costituzioni nazionali, pur quando risultino violate le disposizioni di tutela dei diritti, tuttavia costituisce un importante tassello verso il riconoscimento dell'autosufficienza dell'ordinamento comunitario al medesimo scopo. Sottolinea, infatti, la Corte come sia in ogni caso "*opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto*

---

<sup>134</sup> Del resto la Corte Costituzionale italiana con sent. n. 183/73 riconosce al Trattato valore assiologico al punto da consentire al nostro ordinamento di spogliarsi in favore dell'ordinamento sovranazionale di quote di sovranità.

<sup>135</sup> Il riferimento è alla dec. *Stauder* del 12 novembre 1969 (C-26/29).

comunitario”, in quanto la “*tutela dei diritti fondamentali costituisce (...) parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l’osservanza*”. La CGCE riporta la tutela dei diritti “*entro l’ambito della struttura e delle finalità della Comunità*”, in qualche modo mostrando di voler conformare e forse, al contempo, ridimensionare la portata di tali diritti; tuttavia, vale la pena di sottolineare che caratteristica peculiare propria delle Costituzioni prima e delle Corti costituzionali poi è proprio quella di occuparsi del bilanciamento delle posizioni soggettive individuali con gli interessi generali dell’ordinamento che ne condizionano l’integrità e persino la capacità di sopravvivenza.

La Corte, del resto, persegue l’obiettivo della realizzazione di un sostanziale parallelismo tra la dimensione dei diritti nell’ordinamento comunitario e negli ordinamenti nazionali: ciò appare confermato dal testo della sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 (C-4/73)<sup>136</sup>, decisione nella quale il richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri vale più per giustificare limiti ai diritti che non per predicarne una portata indiscriminata. Non a caso, sottolinea la Corte, sono le stesse Costituzioni nazionali a non qualificare i diritti di natura patrimoniale ed economica in termini di prerogative assolute, dovendosi tenere conto della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela; perché mai anche in ambito comunitario non dovrebbe apparire legittimo sottoporre i medesimi diritti “*a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d’interesse generale perseguiti*”, soprattutto se e in quanto non ne resti lesa l’essenza dei diritti stessi?

Nella citata decisione *Nold* e nella sentenza *Rutili* dell’anno successivo (28 ottobre 1975: C-36/75), si fa, poi, strada l’idea che l’ordinamento comunitario non si esaurisca nelle norme dei Trattati e delle fonti derivate, ma comprenda anche i principi generali del diritto ed, in particolare, i diritti fondamentali, non diversamente - viene sottolineato - da quanto accade per il diritto costituzionale degli Stati membri. L’accostamento, tuttavia, è più suggestivo che reale, visto che nel diritto costituzionale degli Stati membri proliferano i cataloghi dei diritti e non risulta che i diritti fondamentali coincidano con i principi generali, tanto è vero che almeno la Corte costituzionale italiana ha individuato in essi due distinti “controlimiti”<sup>137</sup>.

Per altro verso, si potrebbe rilevare come in realtà nel pensiero della Corte di giustizia, i diritti non si compendiano in una “sommatoria” o in una “media” dei diritti tutelati nei singoli ordinamenti nazionali, ma vanno sempre comunque tratti dai principi

---

<sup>136</sup> In tal senso si esprime chiaramente M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 19.

<sup>137</sup> Cfr. Corte cost. sent. da ultimo citata

generali del diritto comunitario, per quanto alle tradizioni costituzionali comuni debba essere accordato il ruolo di fonti ispiratrici, mentre i trattati di tutela dei diritti, cui gli Stati membri aderiscono, forniscono semplicemente elementi dei quali occorre tenere conto.

Dalle medesime sentenze discende, altresì, il riconoscimento da parte della CGCE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non di un mero ruolo di orientamento, ma di un valore sostanzialmente prescrittivo per le Istituzioni comunitarie. Se, infatti, si guarda alla decisione *Rutili*, nel testo della quale, tra le prime volte, la Convenzione di Roma appare espressamente menzionata, ci si avvede come sebbene non se ne affermi la diretta applicazione per la tutela di un diritto, la si richiama in quanto consente in via analogica di ricostruire, in termini di principio generale, il divieto per gli Stati membri di apportare restrizioni ai diritti degli stranieri in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, oltre ciò che è “*necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica*”.

Invero, nonostante l'indubbia mancanza di normatività della Carta Europea dei diritti dell'uomo<sup>138</sup>, nondimeno l'influenza esercitata dai contenuti di quella Carta fondamentale sulla Corte di Giustizia si evince anche nella già citata decisione *Liselotte Hauer* del 1979, nella quale si rinvia espressamente per la soluzione del caso al relativo Protocollo addizionale, considerato riassuntivo dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri, anche se evidentemente l'utilizzo del termine “*principi*” qui vale solo ad indicare le regole di conformazione a cui sono assoggettati i vari diritti negli ordinamenti interni.

Anche nella decisione *Wachauf* del 13 luglio 1989 (C-5/88), la Corte afferma che, nel garantire la tutela dei diritti fondamentali, “*essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni di tali diritti*”, mentre gli strumenti internazionali concernenti la stessa materia “*possono del pari fornire indicazioni di cui si deve tenere conto*”, ma ciò non vale ad archiviare una visione autonoma, cioè comunitaristica, del regime di tali diritti: fondamentali sì, sebbene non costituiscano prerogative assolute, in quanto sono sempre limitabili nel loro esercizio per finalità proprie dell'ordinamento comunitario, purché la limitazione non consista in un intervento sproporzionato rispetto allo scopo e, ancora una volta, lesivo della stessa sostanza dei diritti. Inoltre, con un inedito rovesciamento di fronti, la Corte arriva ad ammonire gli Stati membri a rispettare essi stessi tali esigenze di tutela laddove diano esecuzione alle discipline comunitarie.

---

<sup>138</sup> D'ora in poi nel testo CEDU.

Quello appena delineato è il quadro nel quale si inserisce l'intervento del legislatore comunitario, prima, per così dire in sordina, con l'Atto Unico e poi, con maggior forza, nel Trattato di Maastricht.

L'obiettivo da realizzare è quello dell'implementazione della tutela dei diritti: tuttavia, se da un lato vi è la conferma che l'Unione Europea deve attribuire un certo valore alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quali principi generali del diritto comunitario (art. F, 2° comma, TUE), dall'altro, nondimeno, la Corte di giustizia resta "padrona del campo", non solo perché l'ordinamento comunitario non viene assoggettato al controllo della Corte di Strasburgo, ma anche perché la stessa mancata attribuzione alla Corte di Giustizia di un qualche meccanismo specifico di tutela analogo a quello sperimentabile davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lascia alla discrezione dell'organismo giurisdizionale comunitario l'intera gestione processuale della tutela, laddove peraltro sul piano sostanziale spettano sempre alla CGCE in ultima istanza sia l'interpretazione della Convenzione di Roma, sia l'estrapolazione di esiti conformativi dall'esame delle tradizioni costituzionali nazionali.

Inoltre, sul diverso piano dell'integrazione generale, appare assai significativo che la Gran Bretagna abbia fatto per tempo constare il suo *opting-out* dal Protocollo sulla politica sociale allegato (n. 14) al Trattato sull'Unione Europea, chiaramente ispirato alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, già adottata nel 1989 sotto forma di dichiarazione da tutti gli Stati membri, ad eccezione appunto della Gran Bretagna, nonostante la portata semplicemente politica del documento.

Con il parere reso dalla Corte di Giustizia il 28 marzo 1996 (parere n. 2 del 1994), la reale portata del riferimento alla CEDU viene inequivocabilmente chiarita, sia pure in chiave minore rispetto al problema dell'ammissibilità o meno dell'adesione dell'Unione alla Convenzione, risolto, com'è noto, negativamente dalla Corte. In difetto, infatti, di un'adesione formale dell'Unione, la CEDU continua a svolgere il ruolo di comparsa, ovvero di mero sussidio interpretativo per l'attività della Corte di Giustizia, non essendo sufficiente il suo semplice richiamo a far gravitare l'Unione nel sistema istituzionale proprio della CEDU, obiettivo per realizzare il quale peraltro occorrerebbe, anche pregiudizialmente, definire le "*forme che dovrebbe concretamente assumere tale assoggettamento della Comunità ad una giurisdizione internazionale*", in questo, non potendosi riscontrare particolari differenze rispetto agli altri Trattati internazionali stipulati dagli Stati membri in materia di protezione dei diritti umani.

Da quest'ultimo punto di vista, molto più stringente risulta, se mai, il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni per il fondamentale motivo che la loro metabolizzazione è frutto esclusivo dell'attività interpretativa della Corte e che ai suoi esiti essa si trova successivamente astretta per ovvie ragioni di coerenza istituzionale.

Inoltre, sembra evidente che l'incompetenza dell'Unione a concludere accordi internazionali in materia di diritti finisca col far risaltare anche la debolezza dell'impianto dei Trattati circa la competenza stessa dell'Unione a legiferare sulla materia. In altri termini, un conto è riconoscere che i diritti sono precostituiti dalla loro dimensione internazionale e fungono da limite alla normazione comunitaria, altro è invece pretendere che essi possano costituire anche oggetto di conformazione diretta, oltre quanto cioè è implicato dalla disciplina delle politiche comunitarie.

Non a caso, è la stessa Corte a sottolineare come all'Unione difetti non solo la competenza a stipulare convenzioni internazionali in materia di diritti, ma – si direbbe – prima ancora, quella a statuire nello stesso dominio materiale; competenza che difetta in ogni caso, anche ove si faccia ricorso ai poteri potenziali di cui all'*ex art.* 235 (ora 308) del Trattato di Roma.

È in questo contesto che merita di essere valutata quella sorta di “costituzionalizzazione”, tentata ad Amsterdam (e perfezionata a Nizza), della competenza dell'Unione ad intervenire direttamente e apertamente sul punto, quanto meno ponendo il potere di controllo delle Istituzioni di governo comunitarie in concorrenza con la Corte di Giustizia<sup>139</sup>.

Con riferimento all'efficacia dei diritti fondamentali vale, inoltre, evidenziare la portata del nuovo inciso dell'art. 6 (*ex art.* F) del Trattato sull'Unione, che fissa in maniera ormai indiscutibile e ontologicamente necessaria l'omogeneità, se non di natura, certamente d'ispirazione, tra Unione e Stati membri, tutti fondati sui principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti fondamentali e dello stato di diritto, configurando l'Unione quale custode di tali principi nei confronti degli stessi Stati nazionali. Si allude, evidentemente, alla individuazione del rispetto dei detti principi *ex art.* 49 TUE come condizione per l'ingresso di nuovi Stati nell'Unione, e viceversa alla loro violazione come causa di sospensione di uno Stato già membro dalla fruizione di alcuni dei diritti previsti dal Trattato, laddove la procedura allestita per eventualmente pervenire ad un simile esito non

---

<sup>139</sup> La prospettiva di valutazione è suggerita da P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, 51 ss.

coinvolge, com'è noto, la Corte di Giustizia, se non limitatamente alle questioni concernenti la sua stessa regolarità.

È necessario, a questo punto, tornare a interrogarsi sul senso e sulla portata della c.d. Carta di Nizza, o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, rispetto al quadro finora assai succintamente descritto. In altri termini, se si condivide la premessa per cui alla vigilia del Consiglio europeo di Colonia del 1999 la dimensione dei diritti fondamentali della persona nell'Unione europea è tutt'altro che fragile, occorre intendere se ci sia stato ed in cosa consista esattamente l'eventuale plusvalore che, al proposito, la Carta ha inteso introdurre e perché esso, almeno fino a Lisbona 2007, abbia faticato ad affermarsi.

La risposta a queste domande non può però prescindere da una ricognizione conclusiva dell'assetto dei diritti fondamentali così come ricostruibile sulla base dei Trattati finora menzionati: che è quanto dire quale sia l'attuale stato dell'arte, ossia in attesa delle ratifiche e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Si è accennato in precedenza come l'idea dell'esistenza e della necessaria tutela dei diritti fondamentali non sia estranea alla genesi dei Trattati originari che, anzi, in un certo senso presuppongono la dimensione ed il riconoscimento transnazionale dei diritti in questione. Invero, proprio attraverso tale riconoscimento, espresso nella forma dei principi generali implicati dai Trattati e tramite il rinvio a quelli formali gravitanti nell'ordinamento internazionale (la Convenzione di Roma, ma non solo), la Corte di giustizia ha potuto elevarsi a custode dell'integrità dei diritti nei confronti degli atti comunitari, pur tenendo ferme e cogliendo le occasioni offerte dalle forme processuali previste per i diversi ricorsi (ricorso di annullamento in via diretta *ex art. 230 TCE* o in via di eccezione *ex art. 241*, o ancora in sede d'interpretazione pregiudiziale *ex art. 234* o di giudizio sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione *ex art. 288*).

Occorre sottolineare che, se sulla tematica della tutela dei diritti tra la Corte e le altre Istituzioni comunitarie vi è stato sempre sostanzialmente accordo, non altrettanto può dirsi nel rapporto tra Comunità e taluni Stati membri, non certo ostili alla tutela dei diritti umani, ma avversi invece agli effetti di maggior integrazione di qualsiasi "comunitarizzazione" della disciplina positiva dei diritti stessi.

In ogni caso, nel Trattato di Roma oggi è già possibile individuare un "catalogo" di libertà e diritti assicurati a cittadini e a soggetti extracomunitari quali l'eguaglianza tra uomini e donne di cui all'art. 2, rispetto al quale le proibizioni e le azioni analiticamente imposte alla Comunità dal successivo art. 3 costituiscono senz'altro un programma di eguaglianza sostanziale da far invidia alla più progressista delle Costituzioni (ma anche le

discriminazioni spesso enumerate come vietate in quest'ultime - si pensi al nostro art. 3, 1° comma, Cost. - sono fatte oggetto di possibili normative repressive o d'incentivazione alla loro rimozione da parte dell'art. 13 del Trattato).

Tutta la trama del Trattato, quale si presenta oggi, specie dopo Maastricht e Amsterdam, è dunque innervata da previsioni in termini di diritti, che vanno da quelli connessi con la circolazione delle persone, anche in esito agli accordi di Schengen e agli accordi internazionali sui rifugiati e richiedenti asilo (articoli da 61 a 69), a quelli di natura sociale, anch'essi menzionati tramite il richiamo delle due Carte sociali da parte del Trattato (articoli da 136 a 153, attraverso cui la Corte ha talvolta ancora garantito l'eguaglianza di trattamento tra sessi diversi), a quelli c.d. di ultima generazione tutelati, ad esempio, nell'ambito della disciplina dello sviluppo tecnologico e della protezione dell'ambiente (articoli da 163 a 176).

Una situazione, quindi, che risponde in pieno al paradigma di un'Unione sempre più irreversibilmente proiettata non solo verso il rispetto dei diritti, ma anche verso l'allestimento di discipline proprie di carattere per così dire conformativo, ostracizzando quell'atteggiamento "proprietario" dei diritti della tradizione statale e militando verso la realizzazione di una dimensione transnazionale (costituzionalismo sovranazionale) dei diritti stessi.

Tanto premesso, occorre soffermarsi sul contributo fornito dalla Carta di Nizza alla dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea.

Può affermarsi che l'Unione europea si è presentata all'appuntamento con la Carta di Nizza (7 dicembre 2000) già con una dotazione ragguardevole di diritti, tanto che alla medesima Carta potrebbe riconoscersi addirittura la natura giuridica di testo unico, ordinatore e riassuntivo di una situazione già in atto.

Indipendentemente comunque dal problema della portata della Carta, è noto che la soluzione data alla questione della sua efficacia è stata generalmente negativa, rimanendo tutto sommato poco decifrabile il senso da attribuire alla sua mera "proclamazione" ed alla sua successiva pubblicazione<sup>140</sup>.

Eppure, partendo da una portata non meramente ricognitiva delle regole poste ad Amsterdam in materia di tutela dei diritti, si sarebbe forse potuto, da parte della giurisprudenza comunitaria, procedere ad un uso qualitativamente meno guardingo della

---

<sup>140</sup> Per la verità, ad oggi si contano due proclamazioni, tenendo conto di quella replicata lo scorso 12 dicembre a Strasburgo ed almeno 4 pubblicazioni, se s'incluse quella compresa nel Trattato costituzionale. Sul punto cfr. *funditus* E. PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 94 s.

Carta, da qualificarsi, al fine di dare corpo ai diritti comunitari. non solo come un atto di *soft law* paragonabile alla Dichiarazione comune delle tre Istituzioni della Comunità europea del 1977, ma anche un documento orientatore di valore non dissimile dalla CEDU.

Nondimeno, a seguito delle previsioni di Lisbona<sup>141</sup>, appare potenzialmente risolvibile il problema della vigenza della Carta, in uno a quello della sua latitudine normativa, nodo da sciogliere nell'ambito del già descritto processo di comunitarizzazione dei diritti, dato che la loro tutela cesserà di costituire solo il limite "esterno" dell'attività delle Istituzioni, per configurarsi come una materia tutta "interna" alla competenza normativa dell'Unione (di cui la stessa Carta sarebbe già manifestazione nella misura in cui in essa siano rinvenibili diritti completamente "nuovi"). Inoltre, con l'acquisizione, da parte della Carta dello *status* di diritto originario dell'Unione, la tutela tradizionalmente offerta dalla giurisdizione comunitaria avrà modo di esplicitarsi in forme più organiche e meno accidentali, sia pure sempre incanalate nelle forme processuali tipiche del diritto dell'Unione.

Invero, la progressiva acquisizione di autonomia sostanziale da parte dell'Unione in tema di tutela dei diritti recherà con sé anche l'ampliamento delle competenze degli organismi sovranazionali; un ampliamento fortemente contrastato dagli stati cd. euroscettici che, non a caso, hanno da sempre la tendenza a ridimensionare la funzione integratrice della tutela dei diritti nella costruzione dell'Unione, negando che ad un'implementazione della tutela possa corrispondere l'ampliamento delle competenze dell'Unione e l'innalzamento del tasso d'integrazione. La posizione, anzi, degli Stati maggiormente "agguerriti" è stata quella di non accontentarsi nemmeno di simili enunciazioni, pretendendo piuttosto l'allestimento di meccanismi concreti di "blocco" di fronte a potenziali "derive" integrazioniste.

In tale prospettiva, per così dire negazionista, come si ricorderà, la mera proclamazione della Carta a Nizza non sembrò indurre apprezzabili reazioni, non realizzandosi nell'immediato alcuna delle soluzioni immaginate nella Convenzione quale esito istituzionale della Dichiarazione dei diritti<sup>142</sup>; in realtà, il suo innesto nel successivo Trattato costituzionale ha provocato l'adozione della distinzione tra "principi" e "diritti",

---

<sup>141</sup> Il riferimento è al Trattato di riforma approvato dal Consiglio europeo di Bruxelles, sotto la presidenza tedesca, il 23 giugno 2007, redatto per sostituire la Costituzione europea bocciata dal 'no' nei referendum francese e olandese del 2005.

<sup>142</sup> Sul punto cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e Trattati comunitari*, in S. GAMBINO (cur.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, Milano, 2006, 431.

escludendosi la giustiziabilità dei primi ancorché generatori di situazioni di vantaggio, se non addirittura, a loro volta, di veri e propri diritti.

Per altro verso, nelle “spiegazioni” apposte alla Carta stessa, sono state aggiunte clausole di salvezza, riferite all’art. 15 della CEDU, come quella che lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di derogare ai diritti in certe circostanze e per determinate fini. Né, in questa stessa ottica, può considerarsi irrilevante la circostanza che, nell’eventuale corrispondenza tra previsioni della Carta e previsioni del Trattato costituzionale, dovessero essere queste ultime a prevalere (ritenute evidentemente maggiormente idonee ad arginare interpretazioni estensive sul fronte delle attribuzioni dell’Unione).

La novità è ora costituita dall’*opting out* dalla Carta manifestato da Gran Bretagna e Polonia: tuttavia, trattasi di un fatto non così sorprendente, atteso che va ad innestarsi nel quadro delle riserve espresse dai due Paesi in ordine al progresso dell’integrazione (concretizzatesi per la Polonia addirittura nel recupero del c.d. compromesso di Ioannina)<sup>143</sup>; ciò che, se ce ne fosse stato ancora bisogno, conferma come sulla dimensione dei diritti umani nell’Unione abbia pesato e pesi sempre l’ipoteca delle posizioni meno condiscendenti nei confronti del potenziamento dell’Unione stessa.

Attualmente, sulla base della mera adesione degli Stati membri e specie dopo le decisioni *Cantoni c. Francia* (15 novembre 1996), *Matthews c. Regno Unito* (18 febbraio 1999) e *Bosphorus Airways c. Irlanda* (30 giugno 2005), sembra sufficientemente acclarata la competenza della Corte di Strasburgo a verificare la “convenzionalità” degli atti adottati dagli Stati stessi in applicazione del diritto comunitario sia originario, sia derivato. In particolare, nella terza delle decisioni dianzi ricordate, è stato precisato come il diritto nazionale applicativo del diritto comunitario (così come, del resto, di qualsiasi altro obbligo internazionale) non goda di alcuno statuto particolare, restando, dunque, lo Stato aderente alla Convenzione responsabile delle scelte effettuate in sede applicativa. Ove, viceversa, lo Stato risulti privo di discrezionalità applicativa e del tutto vincolato dal precetto comunitario, la Corte non ha negato come la sua verifica finisca con l’investire scelte appartenenti al livello comunitario, rispetto alle quali ha ritenuto però di dar prova di una sorta di *self-restraint*, sulla base di una presunzione (per quanto non assoluta) di affidabilità dell’ordinamento comunitario in ordine alla protezione dei diritti (c.d. protezione equivalente). Se, invero, fosse la stessa Unione ad aderire, come tale, alla Convenzione,

---

<sup>143</sup> L’aspetto è sviluppato ampiamente da O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 112 ss.

aprendosi per la prima volta la via del ricorso davanti alla Corte di Strasburgo per la tutela dei diritti protetti dalla stessa Convenzione, non sarebbe in linea di principio revocabile in dubbio che lo stesso diritto comunitario sarebbe direttamente sottoponibile al controllo di convenzionalità.

In questo quadro, non solo è facilmente immaginabile che le stesse decisioni rese dalla giurisdizione comunitaria possano essere sottoposte a verifica, ma non può nemmeno escludersi che le censure di Strasburgo vadano a colpire, ad esempio, le limitazioni che gli individui incontrano nell'attuale sistema dei ricorsi comunitari (limitazioni che usciranno ridimensionate in seguito all'approvazione del Trattato Lisbona) o la mancanza di contraddittorio rispetto alle conclusioni degli Avvocati generali, ritenuta non problematica da parte della Corte di giustizia nella decisione *Emesa Sugar* (C-17/98), ma censurata a Strasburgo con la precedente decisione *Vermeulen c. Belgio* del 20 febbraio 1996, o, più in generale, che la protezione comunitaria dei diritti perda – se non altro al fine di dare sostanza al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo – quella presunzione di affidabilità di cui ha finora goduto a Strasburgo - paradossalmente proprio nel momento in cui questa stessa presunzione potrebbe e dovrebbe, per effetto dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, ulteriormente rafforzarsi.

Sul piano procedurale, infatti, la presenza di questo nuovo catalogo di diritti è idonea a provocare maggiore visibilità per una mancanza, cui è stato possibile finora per la stessa Corte di giustizia sopperire, ma già segnalata in sede di elaborazione del Trattato costituzionale, allorché venne in rilievo la proposta (riunione del 4 ottobre 2002) d'introduzione di un ricorso individuale ed eventualmente su iniziativa del Mediatore europeo dinnanzi appunto alla Corte di Giustizia teso a tutelare direttamente i diritti fondamentali. La proposta non fu accolta, ritenendosi che i mezzi di ricorso esistenti fossero già di per sé sufficienti a veicolare le doglianze avverso le violazioni dei diritti umani, o paventandosi l'aggravio di lavoro che avrebbe investito un sistema ritenuto, allo stato, complessivamente piuttosto efficiente.

Per altro verso, c'è da chiedersi se potrà avere ancora corso quell'autonomia della giurisprudenza comunitaria manifestatasi attraverso interpretazioni della CGCE divergenti da quelle adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, o se invece questa verrà ad esercitare sulla Corte di giustizia un incisivo ruolo di orientamento, quale quello riconosciuto, ad esempio, dalla nostra Corte costituzionale nella recente sentenza n. 348 del 2007, per la quale “*tra gli obblighi internazionali assunti (...) con la sottoscrizione e la ratifica della*

*CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*<sup>144</sup>.

È in ogni caso certo che, per quanto concerne la dimensione dei diritti della persona nell'Unione europea, ci troviamo al cospetto di una prospettiva di trasformazione senza precedenti, di cui costituiscono testimonianza anche l'istituzione nel 2007 dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ed il nuovo disposto dell'art 6 del Trattato sull'Unione, come risulterà dopo l'eventuale ratifica del Trattato di Lisbona, che perviene finalmente (su richiesta, com'è noto, della Germania) a stabilire in particolare la caratterizzazione "sociale" dell'economia di mercato.

Tutti fattori, questi, che permettono di delineare un quadro piuttosto complesso nel quale gli interrogativi finiscono col prevalere sulle certezze. Interrogativi che è auspicabile siano per tempo affrontati dal legislatore comunitario, evidenziandosi che, a ben vedere, l'adesione alla CEDU, da ipotesi alternativa alla entrata in vigore di una Carta, ha finito invece coll'integrare un'ipotesi aggiuntiva, di cui non si percepiscono con esattezza le coordinate.

Si rileva da ultimo come la tutto sommato blanda capacità di reazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (semplicemente sentenze di condanne senza incisione diretta su atti e comportamenti dell'Unione) non sembri poter intaccare il ruolo di chiusura della Corte di Giustizia, e come, dall'altro, la "costituzionalizzazione" della Carta di Nizza non possa non indurre la stessa Corte di Strasburgo a tenerla in grandissimo conto, ancor più di quanto la stessa sembra essersi autonomamente avviata a fare a partire dalla sentenza *Christine Goodwin c. Regno Unito* (R. n. 28957/95), per cui si annoverano ad oggi già diverse pronunce nelle quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea gioca (sia nelle motivazioni della Corte, sia soprattutto in quelle delle parti) un ruolo di un certo rilievo sul piano esegetico e argomentativo.

## 1.2 I diritti dei soggetti deboli nella prospettiva della Carta di Nizza

Il mancato perfezionamento allo stato del processo cd. di comunitarizzazione dei diritti fondamentali della persona umana non può esimere dalla disamina, ai fini della presente ricerca, delle norme contenute nella più volte menzionata Carta di Nizza,

---

<sup>144</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XI, studi dell'anno 2007, Torino, 2008, 493

precipuamente quelle che riguardano l'oggetto dello studio, nella misura in cui l'approvazione unanime del Trattato di Lisbona, come si è accennato in precedenza, dovrebbe condurre alla definitiva acquisizione di efficacia anche delle disposizioni afferenti il settore della tutela dei diritti della persona trasfuse dalla Carta nel trattato cd. di riforma.

In particolare, dalla lettura della Carta discende la constatazione della sussistenza di peculiarità di metodo e di sostanza che connotano le disposizioni in tema di tutela dei soggetti incapaci. Infatti, esaminando le norme forgiate a Nizza, ci si rende conto immediatamente dell'opzione adottata dai contraenti in favore di una pregnante novità metodologica: per la prima volta in un documento dalla portata così impegnativa, quanto meno a livello di proclamazione di principi, si riconoscono diritti fondamentali non in maniera universale, non a tutte le persone senza limitazioni soggettive, bensì soltanto ad alcune categorie di persone, con particolare riguardo alle loro caratteristiche psicofisiche; *“é il trionfo non della persona considerata nella sua posizione astratta ed isolata di soggetto del diritto ma dell'homme situè, della persona in situazione, calata nella concretezza della sua dimensione vitale, dei suoi bisogni e delle sue esigenze esistenziali”*<sup>145</sup>.

Del resto, le categorie tradizionali, quali quelle di capacità e *status*, mal si conciliano con la misura di tutela che si intende assicurare: invero, l'eguaglianza sostanziale non può che essere garantita sul piano concreto delle tecniche di tutela piuttosto che su quello astratto delle categorizzazioni. Tuttavia, occorre tener presente che la mera equiparazione presuppone un processo di qualificazione che finisce, inevitabilmente, con l'esaltare le differenze, a meno che non si individui nella persona il parametro unificante che consente di elidere dannose limitazioni del principio di uguaglianza recate dalla stessa comparazione. In realtà, quello che viene in discussione non è tanto il rapporto tra individuo e comunità (concetto tradizionale di *status*), quanto piuttosto la considerazione del rilievo che le singole condizioni personali assumono.

Tra le categorie di “incapaci” astrattamente configurabili quella che sembrava sinora aver ricevuto la maggiore considerazione a livello internazionale e comunitario, sia attraverso le dichiarazioni di principi sia nel quadro dei trattati internazionali, è quella dei minori: sul punto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 24, focalizza l'attenzione sul concetto di “capacità di discernimento” del bambino, la quale deve essere

---

<sup>145</sup> Così testualmente cfr. P. STANZIONE, *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Itinerari di diritto privato*, cit. il quale peraltro sottolinea come il dibattito sugli aspetti giuridici della persona continua ad essere fortemente influenzato dal rapporto tra capacità e *status* cosicché non deve sorprendere il rilievo che la differenziazione giuridica delle persone continui a passare attraverso l'uso di tali categorie tradizionali.

valutata (in concreto) in relazione all'età, al grado di maturità raggiunto nonché alle situazioni che concretamente si presentano allo scopo di coinvolgere il minore d'età, ove possibile, nelle decisioni che lo concernono. Giova segnalare che la disposizione citata fa riferimento ai “*bambini*” e non, piuttosto, ai minori e ciò probabilmente in ragione dell'esigenza di eliminare il problema della differente soglia della maggiore età stabilita dalle legislazioni degli Stati membri.

In ogni caso, vale evidenziare che attualmente la tutela dei minori non è riconducibile a livello sovranazionale ad un *corpus* omogeneo di norme e, soprattutto, che alla proclamazione formale dei diritti non segue un apparato di strumenti giurisdizionali tesi alla concreta tutela dei soggetti interessati<sup>146</sup>.

Gli artt. 25 e 26 della Carta sono, invece, dedicati agli anziani, cui deve riconoscersi il diritto ad una vita dignitosa e indipendente mediante l'assicurazione delle garanzie di partecipazione alla vita sociale culturale e politica, nonché ai disabili, per i quali le legislazioni nazionali, nel rispetto del principio di non discriminazione, sono chiamate ad adottare le misure che garantiscano a tali soggetti l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Appare, *prima facie*, evidente che il carattere meramente programmatico di tali disposizioni ne rappresenta il grosso limite, in quanto, a fronte delle roboanti dichiarazioni di principi, è alla discrezionalità del singolo Stato che è poi rimessa la tutela in concreto dei diritti enunciati. Inoltre, non può non segnalarsi che, con riferimento alla tutela degli anziani, andrebbe respinto l'intento di circoscrivere le problematiche connesse a tali soggetti potenzialmente deboli in un'unica categoria, criterio unificante della quale sia il requisito della non autosufficienza, nella misura in cui l'incapacità di provvedere alle proprie esigenze per il soggetto anziano può discendere da cause disomogenee non necessariamente riconducibili ad un'unica prospettiva.

Occorre, comunque, rilevare che il tema della tutela degli anziani prima della Carta di Nizza non era sconosciuto a livello di ordinamento sovranazionale: vale richiamare, all'uopo, la Dichiarazione di principi dell'Unione europea del 6 giugno 1993 nella quale viene sancito l'intento degli Stati membri di promuovere l'integrazione degli anziani in tutti i settori della vita della società, al fine di evitare l'isolamento sociale e la discriminazione, obiettivo da realizzare promuovendo la solidarietà inter ed intragenerazionale per

---

<sup>146</sup> Non a caso, fa notare P. STANZIONE, *op. cit.*, 57, è significativo che nella Convenzione di New York, che è il testo preso a modello dalla Carta europea manchi del tutto la possibilità per i singoli o per gli Stati membri di denunciare unilateralmente l'inadempimento delle disposizioni oggetto della Convenzione.

consentire all'anziano di esprimersi nella società sotto il profilo della vita familiare, sociale, politica e culturale, ricreativa ed educativa<sup>147</sup>. Inoltre, la tutela degli anziani sotto il profilo assistenziale ha trovato ampio spazio nell'ambito della legislazione lavoristica comunitaria<sup>148</sup>.

L'art. 26, come si è detto, riguarda i soggetti disabili: trattasi di norma chiaramente ispirata all'art. 15 della Carta sociale europea nonché all'art. 23 della Carta sociale. I legislatori nazionali sono, innanzitutto chiamati, a non violare il principio di non discriminazione; inoltre, gli Stati membri dovranno adottare misure tese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale, dunque la partecipazione del disabile alla vita della comunità in tutti i suoi aspetti. Ciò che occorre necessariamente evitare, segnala autorevole dottrina, è il ricorso a politiche di compensazione sociale che pur offrendo servizi assistenziali finiscono semplicemente con l'acuire il problema dell'emarginazione e della sottopartecipazione alla vita sociale<sup>149</sup>.

Tuttavia, trattasi comunque di disposizione meramente programmatica, cosicché saranno gli Stati membri a dover riempire di contenuti l'enunciazione di principio, attraverso l'adozione di strumenti adeguati finalizzati alla realizzazione dell'obiettivo precipuo della valorizzazione della partecipazione dei disabili alla vita della comunità, nella prospettiva della salvaguardia massima delle residue capacità. Del resto, anche le disposizioni sulla cui falsariga l'art. 26 della Carta è costruito, pur sancendo astrattamente i diritti dei disabili, in ogni caso non si preoccupavano affatto di individuare gli strumenti ed i mezzi finalizzati alla loro concreta attuazione.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, in assenza di una norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo espressamente dedicata alla tematica della protezione dei disabili non è dato rinvenire un'univoca posizione nell'ambito delle pronunce della CGCE così come in quelle della Corte Europea dei diritti dell'uomo: deve, tuttavia, segnalarsi il recente caso *Botta c. Italia*<sup>150</sup>. Un soggetto handicappato fisico lamentava la possibilità di accedere ad alcuni locali presso uno stabilimento balneare, dolendosi in particolare della violazione degli artt. 8 e 14 della Cedu ed evidenziando la mancata attuazione delle disposizioni di cui alla legge 9 gennaio 1989 n. 13; la Corte, pur ribadendo la necessità di

---

<sup>147</sup> Cfr. doc. 6511/94 cit. in P. SCHEPISI, *Gli anziani nella politica sociale comunitaria, La terza età nel diritto interno ed internazionale*, a cura di G. CARLEO, M. SAULLE e G. SINISCALCHI, Napoli, 1997, 310.

<sup>148</sup> Il riferimento è in particolare alla direttiva n. 366/90 che in attuazione dell'art. 10 del Regolamento n. 1409/71 ha riconosciuto il diritto per i titolari di prestazioni in denaro per vecchiaia di ottenere questi benefici anche se residenti in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui ha sede l'ente erogatore; tale direttiva è anch'essa ampiamente commentata in P. SCHEPISI, *op. cit.*, 315.

<sup>149</sup> Così si esprime P. STANZIONE, *op. cit.*, 61.

<sup>150</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 1998, *Botta*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1998, 558.

garantire ai disabili la piena integrazione e lo svolgimento di una vita autonoma, ha rigettato il ricorso, argomentando dalla circostanza che l'attuazione delle politiche a sostegno degli handicappati rientra nella discrezionalità degli Stati membri. Nel caso di specie, la questione dell'accesso dei disabili “*concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu' aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable*”<sup>151</sup>.

Tale fattispecie paradigmatica evidenzia il forte limite della tutela giurisdizionale dei diritti dei disabili a livello comunitario: è auspicabile che per il futuro, l'Unione individui quantomeno delle linee guida vincolanti per gli Stati membri che garantiscano un livello minimo di tutela per tutti i cittadini dell'Unione, menomati da qualsiasi tipo di disabilità ed, al contempo, individui degli strumenti di tutela diretta per questi ultimi la cui attuazione non debba necessariamente passare per l'intervento mediato dello stato nazionale: “*l'Unione piuttosto che trincerarsi dietro l'impossibilità giuridica di intervenire direttamente nelle politiche degli Stati membri abbandoni il suo ruolo meramente propulsivo ed intraprenda un'efficace politica che assicuri standard minimi tesi a garantire effettivamente la partecipazione e l'integrazione dei cittadini affetti da disabilità fisica e psichica alla vita della Comunità*”<sup>152</sup>.

Al di là di quanto sinora premesso, resta comunque difficilmente superabile l'annoso dibattito circa la problematica dell'applicabilità della Carta nei rapporti tra privati, questione pregiudiziale rispetto a quello dell'individuazione degli strumenti attraverso i quali il singolo possa in concreto tutelarsi: l'esiguità della strumentazione *ad hoc* è dimostrata, *in primis*, dalla circostanza che l'ammissibilità del ricorso alla CGCE per violazione dei diritti previsti dalla Cedu rappresenta rimedio risalente ma non del tutto soddisfacente, nonostante la giurisprudenza della Corte abbia ampliato progressivamente il catalogo dei diritti dei quali si può invocare un tal tipo di tutela, così come altrettanto insoddisfacente si rivela la possibilità del ricorso *ex art. 230 Trattato*, strumento quest'ultimo che presuppone la lesione diretta ad opera di un atto comunitario della posizione del singolo.

Ma anche solo le basi per la realizzazione dell'effettività della tutela appaiono ben lontane dall'essere state poste: basti pensare, al riguardo, alla diffidenza di alcuni Stati che si evince peraltro già dalla differente terminologia adoperata dagli ordinamenti europei nella traduzione interna della convenzione europea dei diritti dell'uomo (lo “*shall secure*” del testo

---

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> Così testualmente P. STANZIONE, *op. cit.*, 64.

inglese, che determinerebbe *ipso iure* l'operatività dei diritti enunciati nella Carta, è subito smentito dal “*reconnaissance*” di quello francese che esclude tale operatività)<sup>153</sup>.

Allo stato attuale, la stessa Carta dei diritti fondamentali è priva di valore giuridico: a Nizza, concludendo la Conferenza intergovernativa sulla riforma delle Istituzioni, i capi di Stato e di Governo dei quindici stati membri si sono limitati a proclamare solennemente il documento redatto; resta, viceversa, aperta, la questione relativa all'eventuale integrazione della Carta all'interno del Trattato.

La tematica, peraltro, rievoca la questione ampiamente dibattuta nella dottrina tedesca della cd. *direkt drittwirkung*, afferente l'incidenza dei diritti costituzionali nell'ambito dei rapporti tra privati, la quale oscilla tra orientamenti contrastanti (il primo, in base al quale i diritti fondamentali trovano applicazione in via diretta nei rapporti tra privati laddove le norme di rango inferiore non garantiscano una loro effettiva tutela; il secondo, per il quale i diritti fondamentali non trovano diretta applicazione nei rapporti fondamentali ma riempiono di contenuto le clausole generali del BGB): in tale contesto, si deve dare atto dell'autorevole opinione di chi opta per la trasposizione della *direkt drittwirkung* dal campo costituzionale a quello europeo, sebbene a ciò costituisca insormontabile ostacolo l'alto valore politico della Carta europea cui non si accompagna un altrettanto rilevante peso giuridico<sup>154</sup>.

Nel contesto così delimitato occorre segnalare che la tendenza verso un Codice europeo dei diritti dell'uomo, che esista quanto meno in via di fatto e che riconosca, tra gli altri, il diritto fondamentale, anche dell'incapace, all'autodeterminazione individuale quale aspetto essenziale del suo diritto all'esplicazione della personalità in quanto soggetto di diritto, potrebbe essere favorita dall'attività delle giurisdizioni nazionali, specie quelle superiori: infatti, se anche a livello comunitario, è sancita a chiare lettere l'esigenza di assicurare la partecipazione alla vita della comunità del soggetto incapace, come potrà essere considerata legittima una limitazione delle capacità del soggetto che non trovi riscontro nell'esigenza di proteggere lo stesso da rilevanti pregiudizi? Peraltro, anche in difetto di giuridica vincolatività delle disposizioni della Carta, la circostanza che i diritti e le libertà fondamentali in essa enunciati siano fondati sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'UE dovrebbe contribuire ad assicurare nelle applicazioni concrete uno

---

<sup>153</sup> La tematica è affrontata ampiamente da G. ALPA, *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Danno e resp.*, 1999, 877 nonché da S. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, 1995.

<sup>154</sup> In tal senso si esprime P. STANZIONE, *op. cit.*, 66 s.

standard minimo di tutela, frutto di un'armonizzazione tra giurisprudenze di Stati diversi, sebbene non possa non considerarsi che l'entità della tutela sarà condizionata, da un lato, dalla forza orientatrice del testo costituzionale di ciascuno Stato, e dall'altro dalla maggiore o minore discrezionalità del giudice chiamato a dare attuazione al diritto del soggetto debole.

Giova precisare che, nonostante l'assenza di una legittimazione formale in tal senso, ben si potrebbe addivenire all'affermazione della giuridicità della Carta, desumendola dallo spirito con cui hanno lavorato i redattori della stessa, ossia con un impegno teso a redigere un documento destinato a divenire un testo giuridico vincolante, nonché dal modo con cui essa è stata adottata, a mezzo di solenne dichiarazione proclamata da ben 15 capi di stato e di governo. Ancora, rilevante in tal senso è la considerazione del valore che sembrano voler dare alla Carta medesima gli organi comunitari che hanno inteso attribuire una tal qual vincolatività al documento, anche in assenza dei tradizionali modi di riconoscimento giuridico (in particolare si pensi all'operato della Corte di Strasburgo nonché della CGCE, per quanto vi sia stato e continui a sussistere, in difetto di disposizioni che regolamentino i rapporti tra le due giurisdizioni, il rischio di un potenziale contrasto tra le decisioni delle due Corti).

In conclusione, le speranze sono riposte tutte nelle sorti del Trattato di Lisbona: il 13 dicembre 2007 i *leaders* dell'Unione Europea hanno firmato un trattato che modifica il Trattato Ue ed il Trattato Ce senza sostituirli. L'aspetto indubbiamente più suggestivo del Trattato ai fini che ci occupano è senz'altro quello della prevista integrazione della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario europeo, che la renda a tutti gli effetti fonte comunitaria giuridicamente vincolante.

Invero, la portata effettiva di tale innovazione andrà vagliata alla luce dell'adesione progressiva degli Stati dell'Unione al Trattato; vi è ancora tanta strada da percorrere per addivenire alla costruzione dell'auspicata ed auspicabile Europa dei cittadini e dei diritti.

## 2. Gli strumenti di tutela dei disabili e dei malati di mente a livello sovranazionale

Si è detto che, allo stato, il quadro complessivo della tutela dei diritti del valore persona in ambito sovranazionale appare piuttosto scarno, nella misura in cui ai passi importanti sinora compiuti si sono sempre frapposti ostacoli insormontabili, e probabilmente inevitabili, in considerazione della delicatezza delle tematiche che sono

coinvolte e della diffidenza manifestata da parte di alcuni stati membri rispetto all'individuazione dei valori condivisi da collocare all'apice dell'ideale piramide rappresentata da un trattato costituzionale.

Nondimeno, di recente, un importante tassello è stato aggiunto al mosaico in costruzione del quale si sta parlando: nel dicembre del 2006 è stata, infatti, approvata la convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e, proprio di recente, tale convenzione è divenuta legge anche in Italia, per il tramite della necessaria ratifica, arricchendosi in tal modo la strumentazione a disposizione di soggetti indubbiamente deboli ma non perciò solo necessitanti di una protezione sproporzionata e cieca, quanto piuttosto della valorizzazione delle residue capacità e della garanzia della partecipazione alla vita sociale, culturale e politica della propria comunità.

Cinquanta articoli per tutelare i diritti di 650 milioni di persone in tutto il mondo: è il primo grande trattato sui diritti umani ad entrare in vigore nel nuovo millennio e promette di rappresentare una pietra miliare nel percorso di accettazione, partecipazione e inserimento alla vita sociale e lavorativa dei disabili. La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, adottata da 192 paesi, firmata da 126 e ratificata da 49, è entrata in vigore il 3 maggio 2008: con il via libera della Camera anche l'Italia ha aperto alla ratifica.

Quattro anni di trattative, elaborata insieme alle più grandi associazioni e organizzazioni del settore, la Convenzione colma una lacuna del diritto internazionale e tratteggia nel dettaglio i diritti di cui godono le persone disabili, chiedendo quel cambiamento di atteggiamento da parte della società indispensabile per garantire ad essi il raggiungimento della piena uguaglianza.

Invero, la portata di tale documento andrà vagliata in concreto, con precipuo riferimento alle prime applicazioni che ne siano state fatte e che si faranno nelle differenti situazioni prospettate alle autorità giudiziarie chiamate a dare voce alla nuova legge.

## 2.1 La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità

Il 13 dicembre 2006 a New York è stato approvato un documento di basilare importanza nell'ottica della tutela in ambito extranazionale delle incapacità, *recte* delle disabilità: si tratta della convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia tramite gli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18.

Con una declamazione di principio, di indubbio valore anche assiologico, la lettera n) del preambolo di tale convenzione riconosce espressamente l'importanza, per le persone

con disabilità, della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte; scopo dichiarato della Convenzione è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, nonché promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità<sup>155</sup>.

Sono definite persone disabili “*coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con altri*” (art. 1 co. 2°): la definizione è, ad avviso di chi scrive, volutamente piuttosto generica, sì da evitare che situazioni al limite possano esserne escluse ovvero ricomprese *tout court* prescindendo da una valutazione in concreto della situazione da tutelare.

In linea di massima, la Convenzione non introduce nuovi diritti, ma si prefigge lo scopo di promuovere, proteggere e assicurare alle persone con disabilità il pieno ed eguale godimento del diritto alla vita, alla salute, all'istruzione, al lavoro, ad una vita indipendente, alla mobilità, alla libertà di espressione e in generale alla partecipazione alla vita politica e sociale.

La prima parte del documento é imperniata, anzitutto, sull'uguaglianza, declinata con riguardo alla lotta ai pregiudizi, in modo particolare rispetto alle donne e ai bambini: il testo riconosce che queste categorie sono spesso vittime di una doppia discriminazione e stabilisce che gli Stati devono impegnarsi ad adottare misure per assicurare loro il pieno ed eguale godimento dei diritti umani.

L'elencazione dei diritti comprende quelli fondamentali, ad iniziare da quello alla vita, all'integrità fisica, nonché il divieto di essere sottoposti a tortura e a sfruttamento: un riferimento quest'ultimo alle prassi, diffuse soprattutto nei paesi poveri, di usare persone con disabilità, anche minori, per raccolte di elemosine, espanto di organi, sfruttamento sessuale o lavorativo, e simili pratiche criminali. Il testo della Convenzione enumera poi i cosiddetti “diritti di seconda e terza generazione”, ad iniziare da quello alla libertà, declinata nei diversi ambiti: di locomozione (eliminazione delle barriere architettoniche e senso – percettive), di manifestazione del pensiero (rispetto delle persone con disabilità intellettiva) e di partecipazione alla vita politica (diritto di voto effettivo), come pure i diritti all'assistenza sanitaria e sociale, all'abilitazione ed alla riabilitazione, all'istruzione, al lavoro ed alla liberazione dalla povertà (endemica per tutti i disabili dei paesi poveri).

---

<sup>155</sup> Cfr. art. 1 co. 1° Convenzione.

Il testo affronta, poi, la tematica dei “diritti di quarta generazione”, fra i quali si possono ricordare il diritto alla privacy, il diritto alla vita indipendente ed all’inclusione sociale (che si traduce in un sostanziale divieto di realizzazione di quelle strutture o istituti speciali che separano la persona dall’ambiente circostante, i cosiddetti “ghetti” denunciati da molte associazioni), e poi ancora il diritto ad una vita nel proprio nucleo familiare originario o ad una vita autonoma, fuori famiglia, assistiti dai servizi sociosanitari di territorio.

Nell’ambito del diritto alla salute, la Convenzione dispone, inoltre, che le persone disabili hanno diritto a godere del più alto livello di salute potenzialmente raggiungibile, senza alcuna discriminazione basata sul loro grado di disabilità e che, a tale scopo, gli Stati mettono in campo misure appropriate per assicurare l’accesso dei disabili ai servizi sanitari dovendo garantire ad essi lo stesso livello e la stessa qualità dei servizi sanitari offerti alle altre persone, siano essi gratuiti o a pagamento, e compresi quelli inseriti nell’area della salute sessuale e riproduttiva. Una specificazione, quest’ultima, che ha incontrato le riserve dello Stato del Vaticano, che vi ha letto una legittimazione dell’aborto: considerazione che ha portato la Santa Sede a non sottoscrivere la Convenzione.

La seconda parte del documento affronta, invece, le modalità di entrata in vigore della Convenzione ed il monitoraggio del suo rispetto da parte degli Stati firmatari, a partire dall’istituzione del Comitato dei diritti che ha il compito di ricevere segnalazioni di inadempienze o violazioni della Convenzione e di redigere un rapporto periodico sullo stato di attuazione del testo nei singoli paesi. Il Protocollo aggiuntivo, firmato finora da 71 paesi (c’è anche l’Italia) e ratificato da 13, prevede che a presentare segnalazioni e denunce al Comitato possano essere anche persone singole o gruppi non nominati dagli Stati firmatari<sup>156</sup>.

Ciò premesso in ordine alla struttura del documento, procedendo nella disamina delle disposizioni più significative, occorre evidenziare innanzitutto il disposto dell’art. 13, il quale stabilisce che gli Stati parti sono tenuti a garantire l’accesso effettivo alla giustizia per le persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, anche attraverso la previsione

---

<sup>156</sup> Una forma di controllo “dal basso”, da parte della società civile, assai apprezzata dalle associazioni dei disabili, che sottolineano la possibilità di sottrarre i ricorsi agli eventuali calcoli di tipo politico: proprio per questa sua valenza, questa opportunità è stata separata dal testo della Convenzione, andando a trovare spazio nei diciotto articoli del Protocollo aggiuntivo non obbligatorio: il Comitato Onu dunque non potrà prendere in considerazione eventuali segnalazioni provenienti da persone e gruppi di quegli stati che non l’abbiano espressamente accettato.

di idonei accomodamenti in funzione dell'età, allo scopo di facilitare la loro partecipazione effettiva, diretta ed indiretta in tutte le fasi del procedimento giudiziario<sup>157</sup>.

Tuttavia, la novità più significativa, specie ai fini che ci occupano, è costituita senz'altro dall'introduzione, nella materia della protezione dei soggetti deboli, di una serie di principi generali che dovranno guidare l'interpretazione delle norme di diritto interno sul tema: trattasi del rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale e la libertà di compiere le proprie scelte, l'indipendenza, la non discriminazione, la piena ed effettiva partecipazione ed inclusione nella società, il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità<sup>158</sup>.

Al riguardo, la normativa italiana che disciplina le misure di protezione degli incapaci deve considerarsi già in parte ossequiosa, quanto meno in astratto, di tali principi: infatti, specie se si considerano le finalità della legge di introduzione della nuova misura dell'amministrazione di sostegno, ci si accorge che vi è una sostanziale convergenza con il portato delle declamazioni di cui alla convenzione in esame.

Tuttavia, in seguito all'entrata in vigore della convenzione, ed in ciò consiste l'aspetto più rilevante, il legislatore nazionale sarà tenuto ad intervenire per modificare l'attuale assetto normativo nella parte in cui prevede ancora misure di protezione con carattere interdittivo, le quali inevitabilmente, come già si è ampiamente sottolineato<sup>159</sup>, confliggono con le finalità di promozione della persona e, dunque, con i principi di cui alla esaminanda convenzione.

Peraltro, la stessa disciplina dell'accesso alle misure di protezione appare non pienamente conforme ai principi enucleati dal testo del documento: l'art. 12 co. 3° stabilisce infatti che “*gli Stati parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica*”. L'attuale sistema normativo italiano non prevede, in particolare, una disciplina speciale dell'accesso al patrocinio legale, adeguata per coloro che siano in tutto o in parte privi della capacità di autodeterminarsi e pertanto di conferire un mandato professionale. Ancora, il 4° comma dello stesso articolo impone agli Stati di assicurare che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano idonee ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani; tali garanzie devono tendere a far sì

---

<sup>157</sup> Con il termine “accomodamento” la Convenzione sembra riferirsi alle modifiche ed agli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

<sup>158</sup> Tali principi sono enucleabili dall'art. 3 della Convenzione in commento.

<sup>159</sup> Cfr., *funditus*, *supra* Cap. I.

che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita.

Non meno interessante ai fini che ci occupano si rivela il contenuto del preambolo della convenzione che deve essere esaminato nel dettaglio, nella misura in cui proprio da esso si traggono gli obiettivi avuti di mira dagli stati parte nonché i criteri per orientare l'interpretazione delle disposizioni di cui al documento.

Gli Stati parte richiamano *in primis* i principi proclamati nella Carta delle Nazioni Unite: la dignità individuale su tutti e l'uguaglianza, la quale assicura che a ciascun individuo sia garantito il rispetto dei diritti umani senza alcuna distinzione; i disabili devono godere di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali senza discriminazioni.

È importante evidenziare che gli Stati parte riconoscono che la disabilità è un concetto in evoluzione: ciò anche al fine di assicurare che le definizioni contenute nella convenzione possano sempre essere adattate in funzione dei cambiamenti, sia pure non radicali, che dovessero interessare la categoria. Inoltre, viene sottolineata la diversità delle persone con disabilità: una diversità che va intesa in senso positivo, nella misura in cui l'uguaglianza formale non è nel caso di specie sinonimo di uguaglianza sostanziale; anzi, il mancato riconoscimento della diversità impedirebbe di addivenire a quelle soluzioni indispensabili per eliminare le barriere, non solo architettoniche, che ostacolano nel quotidiano il cammino di soggetti deboli che, nondimeno, vogliono essere membri effettivi della società in cui vivono.

Ancora, di non poco momento appare il riconoscimento dell'apporto che le persone disabili conferiscono alla società<sup>160</sup>: si prende, quindi, coscienza che soltanto valorizzando le residue capacità, promuovendo il saper fare di tali persone si addiverrà al risultato di assicurare ai disabili la fruizione concreta dei diritti riconosciuti in astratto.

Da ultimo, giova segnalare che vi è, quanto meno negli intenti astrattamente proclamati, l'obiettivo di assicurare alle famiglie dei disabili il sostegno necessario per permettere al soggetto debole di godere, nella stessa misura di tutti gli altri individui, dei propri diritti<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Lett. m) “Riconoscendo i preziosi contributi esistenti e potenziali apportati da persone con disabilità in favore del benessere generale e della diversità delle loro comunità, e del fatto che la promozione del pieno godimento dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della piena partecipazione nella società da parte delle persone con disabilità porterà ad un accresciuto senso di appartenenza ed a significativi progressi nello sviluppo umano, sociale ed economico della società e nello sradicamento della povertà”, cfr. testo della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità tratto dal sito [www.vividown.org](http://www.vividown.org).

<sup>161</sup> Lett. x) “Convinti che la famiglia è il naturale e fondamentale nucleo della società e merita la protezione da parte della società e dello Stato e che le persone con disabilità ed i membri delle loro famiglie dovrebbero ricevere la necessaria protezione ed

## 2.2 Le iniziative per il rafforzamento della tutela delle disabilità nelle istituzioni comunitarie

La recente Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili dianzi esaminata si inserisce in un più ampio percorso extranazionale verso il raggiungimento dell'obiettivo di una tutela adeguata di soggetti bisognosi di protezione ed, al contempo, necessitanti di valorizzare le proprie potenzialità nell'ottica della positiva salvaguardia delle residue capacità.

Un percorso, che prende le mosse dall' "Anno europeo delle persone con disabilità" (2003) e nel quale si inseriscono, con il proprio apporto, tutte le istituzioni comunitarie. Sulla base dell'impulso proveniente dalle iniziative ivi intraprese, la Commissione europea ha scelto di avvalersi dei risultati conseguiti per inaugurare un piano d'azione pluriennale; obiettivo del piano d'azione è quello di integrare, entro il 2010, le questioni legate alla disabilità nelle pertinenti politiche comunitarie e realizzare azioni concrete in settori chiave al fine di migliorare l'integrazione economica e sociale delle persone con disabilità.

In questo quadro si innestano la Comunicazione della Commissione del 30 ottobre 2003, intitolata "Pari opportunità per le persone con disabilità: un Piano d'azione europeo"<sup>162</sup>, nonché la Comunicazione della Commissione del 28 novembre 2005, intitolata "La situazione dei disabili nell'Unione europea allargata: piano d'azione europeo 2006-2007"<sup>163</sup>.

Il piano d'azione proposto riguarda il periodo 2004-2010 e mira a definire un approccio sostenibile ed operativo alle questioni della disabilità nell'Europa allargata; tale piano si articola in tre fondamentali obiettivi: 1) completare l'attuazione della direttiva sulla parità di trattamento in tema di occupazione e di condizioni di lavoro; 2) rafforzare l'integrazione delle questioni legate alla disabilità nelle pertinenti politiche comunitarie; 3) migliorare l'accessibilità per tutti.

In ordine al contesto politico, nel quadro del quale viene a maturare il piano di azione europeo in oggetto, giova evidenziare che l'impegno assunto dall'Unione europea nei confronti dei cittadini con disabilità si combina con una nuova strategia nei confronti della disabilità non più legata all'idea di un'assistenza passiva, bensì ai concetti di

---

*assistenza per permettere alle famiglie di contribuire al pieno ed eguale godimento dei diritti delle persone con disabilità*", cfr. testo della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità tratto dal sito [www.vividown.org](http://www.vividown.org).

<sup>162</sup> COM (2003) 650 def. – non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

<sup>163</sup> COM (2005) 604 def. – non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

integrazione e di partecipazione attiva alla vita economica e sociale. L'azione comunitaria è, dunque, principalmente incentrata sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti delle persone affette da disabilità. Al riguardo, è opportuno segnalare alcuni precedenti interventi, più o meno vincolanti per gli Stati membri, sul tema: la direttiva comunitaria per la parità di trattamento in tema di occupazione e di condizioni di lavoro e il programma per combattere le discriminazioni (2001-2006).

Invero, in base alla comunicazione della Commissione del maggio 2000 "Verso un'Europa senza ostacoli per le persone con disabilità", occorre provvedere alla eliminazione delle barriere ambientali, tecniche e giuridiche che si frappongono all'effettiva partecipazione delle persone con disabilità a un'economia e ad una società basate sulla conoscenza<sup>164</sup>.

Quanto ai risultati già conseguiti a livello comunitario, giova evidenziare che nel novembre 2000 il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/78/CE, che vieta qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, basata su religione, convinzioni personali, handicap, età o orientamento sessuale<sup>165</sup>.

In ordine alla Convenzione Onu sopra esaminata, deve rilevarsi che la Commissione ha manifestato il proprio pieno sostegno verso gli sforzi compiuti a livello internazionale per assicurare alle persone con disabilità la piena parità nel godimento dei diritti fondamentali.

È indubbio che il già menzionato "Anno europeo delle persone con disabilità" abbia rappresentato per i disabili un'occasione unica a livello nazionale, regionale e locale per esprimere ciò che li preoccupa e per contribuire a definire priorità politiche mirate, oltre ad incoraggiare azioni specifiche. Migliaia di manifestazioni, conferenze e dibattiti sono stati organizzati per promuovere i diritti delle persone con disabilità e la loro piena partecipazione alla vita sociale ed economica, nonché per fare opera di sensibilizzazione in

---

<sup>164</sup> Del resto, è evidente che l'accesso all'occupazione è un aspetto determinante per l'integrazione delle persone con disabilità. I principali programmi finanziati dal Fondo sociale europeo, dall'iniziativa comunitaria EQUAL e dalla strategia europea per l'occupazione mirano a facilitarlo; la modernizzazione dei regimi di sicurezza sociale dovrebbe inoltre agevolare il passaggio dalla dipendenza da prestazioni passive di assistenza sociale a misure di incentivazione sotto forma di prestazioni legate al lavoro.

<sup>165</sup> Per quanto concerne la disabilità, tale direttiva riconosce che il fatto di non fornire una "soluzione appropriata" nel posto di lavoro può costituire discriminazione. Sul punto cfr. anche la decisione 2001/903/CE del Consiglio del 3 dicembre 2001 relativa all'Anno europeo dei disabili 2003[Gazzetta ufficiale L 335 del 19.2.2001].

merito alle barriere contro le quali queste persone si scontrano quotidianamente nella società.

Oltre al recepimento della direttiva comunitaria che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in tema di occupazione e di condizioni di lavoro, sono state annunciate nuove misure politiche che attualmente sono in fase di attuazione negli Stati membri. A titolo d'esempio, si può citare la Danimarca, che ha definito un piano d'azione sulla disabilità e ha predisposto un bilancio per creare da 800 a 1200 nuovi alloggi per persone con disabilità nel prossimo biennio, nonché la Germania, che ha attuato la nuova legge sulla parità di trattamento delle persone con disabilità, parallelamente alla precedente legislazione quadro.

Tanto per gli Stati membri quanto a livello comunitario, l' "Anno europeo" ha costituito un riferimento essenziale per dare impulso a nuovi sviluppi politici e portare avanti diverse iniziative politiche importanti. Il principale obiettivo della Commissione per gli anni a venire consisterà nel dare impulso alle pari opportunità per le persone con disabilità. In tal modo, si costituirà una dinamica durevole, finalizzata alla piena integrazione di queste persone nella società.

Il risultato strategico della Commissione andrà raggiunto facendo leva su tre obiettivi operativi e complementari che si intersecano l'uno con l'altro: 1) pervenire alla piena applicazione della direttiva per la parità di trattamento in tema di occupazione e di condizioni di lavoro e avviare il dibattito sulla futura strategia per combattere la discriminazione; 2) realizzare un'efficace integrazione delle tematiche della disabilità nelle pertinenti politiche comunitarie e nei processi esistenti (strategia europea dell'occupazione, strategia europea dell'inclusione sociale, ecc.); 3) migliorare l'accessibilità ai beni, ai servizi e alle infrastrutture edilizie.

Al fine di conseguire questi obiettivi operativi, la Commissione introduce un piano d'azione evolutivo, su base pluriennale con un orizzonte temporale fissato al 2010. I passi successivi del piano d'azione saranno definiti e supportati da una relazione biennale che esaminerà la situazione complessiva delle persone con disabilità. La relazione servirà quale base per fissare le nuove priorità da affrontare nelle fasi successive del piano d'azione.

La prima fase del piano d'azione, di durata biennale (2004-2005), è stata finalizzata alla creazione delle condizioni necessarie per promuovere l'occupazione delle persone con disabilità, consentendo loro una maggiore autonomia in questo ambito. I settori d'intervento prioritari sono raggruppati in base a quattro tematiche: accesso all'occupazione

e mantenimento della stessa, apprendimento lungo tutto l'arco della vita, sfruttamento delle potenzialità delle nuove tecnologie e accessibilità alle infrastrutture pubbliche.

La seconda fase del piano d'azione, della durata di due anni (2006-2007), è stata indirizzata all'integrazione attiva e dell'autonomia (diritto per i disabili di beneficiare di misure previste per garantire la loro indipendenza, il loro inserimento sociale e professionale, nonché la loro partecipazione alla vita della comunità). Tale fase prevedeva quattro priorità distinte: incoraggiare l'attività professionale; promuovere l'accesso ad un'assistenza ed a servizi terapeutici di qualità; promuovere l'accessibilità da parte di tutti ai beni e ai servizi; migliorare la capacità di raccolta e di analisi dei dati da parte dell'Unione.

L'attuazione di tali obiettivi passa anche per l'istituzione di strutture di controllo e monitoraggio: al gruppo interservizi della Commissione, che si occupa di questioni relative alle persone con disabilità è assegnato, all'uopo, il compito di portare avanti il processo del piano d'azione e di monitorare l'attuazione della strategia integrata da parte dei diversi servizi della Commissione. Il gruppo deve, inoltre, riferire ai Commissari per le pari opportunità in merito ai progressi realizzati.

Il gruppo europeo di alto livello sulla disabilità (gruppo di esperti presieduto dalla Commissione cui partecipano esperti inviati dagli Stati membri) ha invece il compito di sostenere lo sviluppo di sinergie tra le politiche nazionali<sup>166</sup>.

Giova, poi segnalare una recente proposta di direttiva del Consiglio europeo (2 luglio 2008), recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Il principio di parità di trattamento corrisponde al divieto di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta: esso si applica a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico. Il suo campo d'applicazione comprende la protezione sociale (comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria), le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, inclusi gli alloggi e i trasporti. Con specifico riferimento ai disabili devono essere adottate

---

<sup>166</sup> Giova segnalare che L'Unione europea rafforzerà la propria cooperazione con organizzazioni quali le Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa, l' Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, le organizzazioni europee di normalizzazione, come il centro europeo di normalizzazione (CEN), l'Agenzia europea per gli studenti con bisogni speciali, la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, al fine di sviluppare relazioni reciprocamente utili e di condividere la loro esperienza e il lavoro dei loro gruppi di riflessione. La Commissione, poi, propone di rafforzare la cooperazione con rappresentanti di associazioni delle persone con disabilità, in particolare con il forum europeo sulla disabilità. Essa propone, inoltre, al gruppo di alto livello di intensificare gli scambi di vedute con la società civile ed invita le parti sociali a contribuire pienamente alla promozione della parità per le persone con disabilità.

soluzioni specifiche per consentire loro l'accesso effettivo e non discriminatorio al campo d'applicazione della direttiva.

Tutte le persone che si ritengono lese in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio di parità di trattamento o che abbiano un interesse legittimo a garantire il rispetto di tale principio dovrebbero avere il diritto di ricorrere a procedimenti giudiziari e amministrativi.

In tal guisa gli Stati membri devono prendere misure intese ad adattare il loro sistema giudiziario, in particolare ripartendo l'onere della prova fra la parte attrice e la parte convenuta ed introducendo misure che consentano di proteggere da eventuali ritorsioni le persone che hanno presentato una denuncia di discriminazione. Essi devono altresì istituire degli organismi indipendenti il cui compito sarà quello di sostenere le vittime nelle loro azioni giudiziarie, nonché pubblicare studi e relazioni sulle discriminazioni.

Giova, da ultimo, evidenziare che tale proposta di direttiva si basa sui principi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, firmata dagli Stati membri e dalla Comunità europea.

In data 24 dicembre 2008, il Parlamento europeo ha stilato una relazione recante raccomandazioni alla Commissione sulla protezione giuridica degli adulti, con particolare riferimento alle implicazioni transfrontaliere: il tema oggetto della relazione è di particolare rilievo ai fini che ci occupano nella misura in cui evidenzia quali siano o possano essere, dalla prospettiva sovranazionale, i grossi limiti delle legislazioni nazionali in materia di protezione dei soggetti incapaci<sup>167</sup>.

Tra i numerosi “considerando” di peculiare importanza si rivela il riferimento alla necessità di favorire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie o amministrative assunte nei confronti di persone che formano oggetto di misure di protezione, nonché all'attenzione da annettere alle situazioni caratterizzate dalla fragilità e vulnerabilità delle predette persone<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> L'atto è, in concreto, una proposta di risoluzione realizzata nel quadro del disposto di cui all'art. 192, 2° co., Trattato CE. Peraltro, non a caso, il Parlamento, nel preambolo della proposta richiama la convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, nonché la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del 13 dicembre 2006.

<sup>168</sup> Il considerando l) evidenzia, poi, il dato della disparità esistente tra le legislazioni dei vari Stati membri in tema di misure di protezione; tuttavia, l'obiettivo cui deve tendere l'Unione in materia di diritti della persona, e segnatamente dei soggetti deboli oggetto della presente ricerca non è tanto l'uniformazione delle legislazioni, risultato irraggiungibile e probabilmente nemmeno auspicabile, quanto piuttosto la realizzazione di un *plafond* comune a tutti gli Stati che assicuri un livello minimo di protezioni delle situazioni soggettive rilevanti. Non a caso il Parlamento chiede, al riguardo, che la Commissione finanzia uno studio comparativo sulle normative vigenti negli Stati membri in materia di adulti vulnerabili e misure di protezione, allo scopo di accertare da un lato le aree in cui potrebbero sorgere problematiche di tipo giuridico e dall'altro le misure che sarebbero necessarie, a livello comunitario o degli Stati membri, per risolverle; in particolare, lo studio

Non di poco momento è anche il richiamo alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: il Parlamento riconosce e promuove la portata del documento dianzi esaminato nel quadro del rafforzamento della tutela dei soggetti deboli in ambito europeo<sup>169</sup>. Inoltre, nella consapevolezza della necessità di individuare strumenti adeguati per realizzare gli obiettivi declamati, il Parlamento prospetta alla Commissione l'adozione di un formulario unico nei casi di incapacità di intendere e di volere per favorire l'informazione su quelle che, con una terminologia semplicistica ma efficace, denomina "decisioni di protezione", nonché la circolazione, il riconoscimento e l'esecuzione di tali decisioni .

La raccomandazione si rivolge, poi, direttamente agli Stati membri: è indubbio che la mancanza di vincolatività dell'atto in esame lo deprivi di quell'efficacia che, *prima facie*, la sua portata contenutistica lascerebbe supporre; nondimeno, è auspicabile che gli Stati membri, consapevoli dell'esigenza di addivenire alla creazione di quell'Europa dei diritti, da più parti promossa, assicurino, come chiede l'istituzione comunitaria maggiormente rappresentativa, la proporzionalità delle misure di protezione rispetto alla condizione dell'adulto vulnerabile in questione, in modo da evitare che il singolo cittadino dell'UE possa vedersi negato un diritto legale quando ancora possiede la capacità di esercitarlo. Proporzionalità, elasticità, duttilità: tutti caratteri che le riforme realizzate all'interno dei Paesi europei riferimento oggettivo della presente ricerca hanno tentato, non sempre con successo, di assegnare alle novelle misure di protezione ovvero alle trasformazioni più o meno profonde che hanno intrapreso rispetto agli strumenti tradizionali.

Interessante si rivela, altresì, il contenuto dell'allegato alla proposta di risoluzione: infatti, nell'allegato il Parlamento enuclea quelli che sono i principi e gli obiettivi della proposta nonché la "motivazione" dell'azione promossa. L'allungamento della durata della vita reca con sé la problematica dell'invecchiamento delle popolazioni, cosicché è innanzitutto alla protezione degli anziani che guarda il Parlamento nel momento in cui adotta la proposta di risoluzione. Tale "situazione" richiede l'introduzione di opportuni meccanismi specifici di protezione rivolti a questi soggetti al fine di garantire loro la parità di diritti e di doveri in tutti i settori della vita della società, il rispetto dell'individualità di ciascuno ed il loro diritto alla privacy.

---

dovrebbe affrontare anche la questione degli adulti istituzionalizzati con disabilità intellettuali per quanto riguarda la loro tutela e la loro capacità di esercitare i propri diritti legali.

<sup>169</sup> Vi è, all'uopo, l'invito a tutti gli Stati membri che non l'abbiano ancora firmata o ratificata, ad aderire alla Convenzione "dal momento che tale azione può solo migliorare la protezione degli adulti vulnerabili all'interno dell'UE".

Il Parlamento prende atto che gli Stati membri dispongono di legislazioni specifiche per garantire regimi di protezione rivolti alle persone ed al loro patrimonio: all'uopo richiama le più importanti riforme che, a partire dagli anni '90, hanno interessato l'Europa<sup>170</sup>. Dette riforme legislative hanno, in particolare, lo scopo di garantire una maggiore individualizzazione delle misure adottate, onde assicurare, ai soggetti protetti, la possibilità di conservare l'esercizio di determinati diritti, nonché quella di attivare in anticipo eventuali dispositivi di protezione: è il caso, ad esempio, del *Lasting power of Attorney* del diritto inglese, una scrittura privata redatta liberamente da un individuo (solo o assistito da un consulente), o del *Vollmacht* del diritto tedesco, che può essere reso sotto forma di scrittura privata o di atto notarile (laddove sia implicato un atto dispositivo). Anche il mandato di protezione futura del diritto francese permette a un soggetto di organizzare in anticipo la propria protezione e di dare opportuno mandato a un soggetto di sua scelta tramite scrittura privata o atto notarile (quando sia prevista l'esecuzione di atti dispositivi).

Non a caso vi è il richiamo alle legislazioni nazionali: la proposta di risoluzione è finalizzata, tra l'altro, alla facilitazione del riconoscimento e dell'esecuzione dei regimi di protezione nelle situazioni cd. transfrontaliere che dovessero verificarsi in ambito comunitario, ovvero laddove il soggetto protetto sia costretto a trasferirsi all'estero o sia preso in carico o accolto in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede abitualmente, oppure nel caso in cui il suo patrimonio sia distribuito nel territorio di più Stati<sup>171</sup>.

Devesi, da ultimo, evidenziare che, grazie alla Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000, l'UE dispone di potenziali strumenti di cooperazione tra gli Stati membri che permettono di assicurare il riconoscimento e l'esecuzione delle misure di protezione adottate in seno agli Stati membri.

---

<sup>170</sup> È il caso, ad esempio, della Germania (1° gennaio 1992), con la legge del 12 settembre 1990 sulla riforma della tutela e della curatela dei soggetti maggiorenni che introduce un dispositivo unico di assistenza atto a modernizzare i dispositivi di protezione, della Spagna (18 novembre 2003), con la legge relativa alla salvaguardia del patrimonio di soggetti incapaci, dell'Italia (9 gennaio 2004), con la legge che riforma i regimi di tutela e curatela e introduce misure di protezione più snelle, o ancora del Regno Unito (aprile 2007), con la legge del 7 aprile 2005. In Francia, la legge del 5 marzo 2007, che riforma il diritto in materia di tutela giuridica dei maggiorenni, è destinata a entrare in vigore il 1° gennaio 2009.

<sup>171</sup> La questione è tanto più rilevante se si tiene conto, da un lato, delle forti disparità esistenti da Stato a Stato in materia di regimi di protezione e, dall'altro, dell'accresciuta mobilità dei soggetti interessati, fenomeno peraltro in continua espansione. Infatti, sono sempre più frequenti i casi di soggetti protetti che risiedono in un Stato membro diverso da quello di residenza abituale o che vengono ricoverati in uno Stato differente da quello in cui è situato il loro patrimonio, situazione in parte dovuta alle condizioni di accesso facilitato ai sistemi sanitari esistenti tra gli Stati membri. I regimi di protezione giuridica, in tali casi, devono poter continuare ad avere effetto, in particolare per assicurare la continuità delle decisioni assunte dal soggetto o adottate a livello giudiziario o amministrativo.

La predetta convenzione dell'Aia stabilisce che le autorità giudiziarie e amministrative dello Stato in cui il soggetto protetto ha la propria residenza abituale sono competenti ad adottare le misure di protezione del soggetto o dei suoi beni, garantendo altresì, in maniera elastica, la competenza delle autorità di Stati terzi, in particolare quelle del paese in cui è presente il soggetto: è questo il caso dei soggetti ricoverati o presi in carico in uno Stato diverso dal paese di residenza abituale. Le autorità dello Stato competente applicano la propria legge, salvo nel caso in cui risulti necessario applicare quella di uno Stato che presenti una relazione più stretta con la situazione del soggetto, segnatamente in materia patrimoniale (articolo 13), o nell'ipotesi di un conflitto mobile. Un'innovazione importante è rappresentata dal fatto che nell'ambito di tale convenzione vengono presi in considerazione i mandati per la protezione dei soggetti incapaci; vengono in quella sede affrontate, cioè, le situazioni dei soggetti che, per mezzo di un accordo o di un atto unilaterale, abbiano conferito a un terzo dei poteri di rappresentanza. L'evoluzione delle normative in materia a livello degli Stati membri e l'introduzione di numerosi meccanismi di questo tipo devono portare, di fatto, a garantire la circolazione di tali mandati e ad assicurarne l'effettività in tutti i paesi dell'Unione europea.

La convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 pone anche un principio di riconoscimento automatico delle misure assunte dalle autorità di uno Stato contraente; sono altresì concepite misure di cooperazione, tra cui la designazione, a livello nazionale, di autorità centrali preposte a garantire la cooperazione e lo scambio di informazioni sulle legislazioni e sui servizi disponibili negli Stati membri. All'occorrenza, quando la situazione dell'adulto lo richieda, tali autorità possono trasmettere richieste di informazioni a una o più autorità competenti di un altro Stato non appena venga contemplata una misura di protezione. Le autorità competenti possono, inoltre, incoraggiare la mediazione per favorire intese amichevoli riguardo alla condizione dell'adulto o dei suoi beni.

La ratifica di tale convenzione da parte dell'Unione consentirebbe di mettere a disposizione delle istituzioni comunitarie uno strumento adeguato in linea con i recenti sviluppi legislativi degli Stati membri in materia di tutela giuridica dei soggetti maggiorenni e sancire una stretta cooperazione con la conferenza dell'Aia.

Allo stato, si assiste ad una cooperazione giudiziaria di fatto limitata: molto utile, ad avviso del Parlamento, risulterebbe l'elaborazione di un formulario unico relativo ai mandati di protezione di incapaci, che costituirebbe un veicolo comunitario armonizzato atto a garantire la circolazione, il riconoscimento e l'esecuzione di tali negozi. I soggetti che abbiano conferito a terzi dei poteri di rappresentanza in forza di un accordo o di un atto

unilaterale, potrebbero quindi vivere o risiedere in uno Stato membro diverso da quello di origine senza pregiudizio alcuno, e senza perdere il beneficio stabilito dal mandato.

Quanto al contributo fornito sul tema dalla Corte di Giustizia, appare opportuno richiamare una recente pronuncia nella quale la Corte ha manifestato tutto il suo impegno verso il rafforzamento effettivo della tutela delle disabilità: l'obiettivo avuto di mira è quello di assicurare che non siano compiute discriminazioni nei confronti di coloro che si occupano del disabile, di quel familiare tante volte abbandonato del quale la persona disabile ha fortemente bisogno e dalla cui serenità e stabilità, non solo lavorativa, dipende a sua volta la serenità del disabile.

La Corte si è pronunciata, con sentenza del 17 luglio 2008, sul caso della signora Coleman, una lavoratrice inglese licenziata perché il suo impegno per il figlio disabile la rendeva meno efficiente sul lavoro. La protezione della persona con disabilità è un principio che vale anche di per sé: la Corte afferma che la direttiva 2000/78/CE deve essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone disabili, sicché, qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto ad un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato nella direttiva.

Con riguardo alle molestie, la Corte adotta un ragionamento identico e conclude nel senso che le disposizioni della direttiva in ordine a tale punto non sono limitate alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore è connesso alla disabilità del figlio, un siffatto comportamento viola il divieto di molestie enunciato nella direttiva<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Appare interessante riassumere in breve le tappe giudiziali del caso, poi approdato alla Corte di Giustizia. La signora Coleman ha lavorato dal gennaio 2001 in uno studio legale a Londra come segretaria; nel 2002 ha avuto un figlio, disabile, le cui condizioni di salute esigono cure specializzate e particolari, fornite essenzialmente dall'interessata. Il 4 marzo 2005 la signora Coleman ha accettato di rassegnare le proprie dimissioni, con conseguente risoluzione del contratto con il suo *ex* datore di lavoro. Il 30 agosto 2005 ella ha proposto dinanzi all'Employment Tribunal, London South, un ricorso nel quale sosteneva di essere stata vittima di un licenziamento implicito e di un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato agli altri lavoratori in ragione del fatto di avere un figlio disabile principalmente a suo carico, sostenendo che tale trattamento l'aveva costretta a smettere di lavorare per il suo *ex* datore di lavoro. A sostegno della sua domanda ha dedotto diversi fatti configuranti, a suo parere, discriminazione o molestie, in quanto in circostanze analoghe i genitori di bambini non disabili venivano trattati in maniera diversa; in particolare ha evidenziato il rifiuto del suo datore di lavoro di reintegrarla, al ritorno dal congedo per maternità, nel posto di lavoro da lei occupato, il rifiuto di concederle una flessibilità nell'orario di lavoro e commenti sconvenienti e

La Corte rileva che se la direttiva 2000/78 contiene disposizioni volte a tener conto specificamente delle esigenze dei disabili, ciò non permette di concludere che il principio della parità di trattamento in essa sancito debba essere interpretato in senso restrittivo, vale a dire nel senso che esso vieterebbe soltanto le discriminazioni dirette fondate sulla disabilità e riguarderebbe esclusivamente le persone che siano esse stesse disabili. La Corte ricorda, altresì, che la direttiva definisce il principio della parità di trattamento come l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata, in particolare, sulla disabilità e si applica a tutte le persone per quanto attiene all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione.

### 2.3 L'approccio del giudice nazionale: un caso italiano

La disamina delle iniziative comunitarie volte alla realizzazione di un'area comune a tutti i Paesi europei nella quale soggetti disabili e malati di mente percepiscano un elevato livello di tutela dei propri diritti ed un'adeguata valorizzazione delle residue capacità, in uno all'individuazione delle fonti tuttora vigenti a livello sovranazionale sul tema che ci occupa, vale ad introdurre un interessante caso di recente applicazione della Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili operata dal giudice tutelare italiano in una procedura di amministrazione di sostegno<sup>173</sup>.

Il *case* è particolarmente rilevante, ed altrettanto la soluzione concreta adottata dal giudice tutelare, *in primis* in ragione delle peculiarità proprie della situazione nella quale la figura dell'amministrazione di sostegno viene ad essere collocata; in secondo luogo, in quanto vi è il primo riferimento sostanziale alla Convenzione Onu sulle disabilità, da poco ratificata in Italia e già messa in opera dall'autorità giudiziaria nello svolgimento di quella delicatissima funzione che è propria del giudice tutelare.

La principale novità consiste nel presidio realizzato, appunto, con l'attivazione dell'amministrazione di sostegno di interessi apparentemente contrapposti perché facenti capo a soggetti diversi: da un lato, l'interesse del beneficiario, secondo il paradigma classico

---

ingiuriosi espressi sia nei confronti suoi sia nei confronti di suo figlio. Pertanto, l'Employment Tribunal si è rivolto alla Corte chiedendo se la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro debba essere interpretata nel senso che essa vieta la discriminazione diretta fondata sulla disabilità e le molestie ad essa connesse unicamente nei confronti di un lavoratore che sia esso stesso disabile o se essa si applichi altresì ad un lavoratore vittima di un trattamento sfavorevole a causa della disabilità del figlio, cui egli presta la parte essenziale delle cure che le sue condizioni richiedono.

<sup>173</sup> Il riferimento è a Tribunale di Catanzaro, decreto 9 aprile 2009, G.T. Gioia; il decreto è pubblicato su *Famiglia e minori*, 2009, 6, 64.

dell'istituto, dall'altro, le aspettative di salvaguardia delle esigenze degli stretti congiunti, messe a repentaglio proprio dalla condizione di difficoltà in cui l'amministrando versa, e dalle condotte conseguentemente tenute.

L'intreccio tra l'incarico proprio dell'amministratore di sostegno, consistente nell'ausilio gestionale a chi risulta privo in tutto o in parte di autonomia e le dinamiche negative sviluppatesi all'interno del nucleo familiare si coglie, del resto, fin dai primi passaggi del decreto in commento, nel particolare risalto riservato proprio alle problematiche relazionali rappresentate al giudice, da parte della moglie - ricorrente. La donna, infatti, di fronte alle condotte inadempienti del coniuge, generate a loro volta dall'abuso di alcoolici e dalla dedizione patologica al gioco, aveva presentato querela nei suoi confronti per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) e si era quindi rivolta al giudice tutelare confidando precipuamente nell'adozione di misure a salvaguardia del nucleo familiare<sup>174</sup>.

Punto di forza del provvedimento in esame è senz'altro il riferimento alla Convenzione di New York sui diritti delle persone disabili: sui suoi contenuti, infatti, il giudice tutelare si sofferma ampiamente richiamando testualmente i principi che vi si trovano consacrati, quali autonomia, libertà di scelta, considerazione e rispetto della volontà e delle preferenze; proporzione della misura di protezione rispetto alle necessità e alle condizioni della persona; contenimento temporale dello strumento di sostegno; sua revisione periodica.

I riflettori vengono puntati, in particolare, sui principi di "proporzionalità" e di "temporaneità" della misura di protezione, come può agevolmente ricavarsi dal seguente passaggio: *"tutte le norme a tutela dell'incapace (...) devono essere improntate ai seguenti principi: 1) la misura deve essere proporzionata ed adatta alle condizioni della persona; 2) la misura deve essere applicata per il più breve tempo possibile"*.

Nella specie, l'amministrazione di sostegno viene attivata per la durata iniziale di un solo anno (salva la possibilità di proroga alla scadenza); essa, poi, viene modellata tenendosi conto specificamente della condizione dell'amministrando e delle sue necessità di sostegno e, perciò stesso, disattendendo in parte le richieste formulate nel ricorso. La moglie-ricorrente, in effetti, aveva richiesto: - l'attribuzione dei poteri vicariali a se medesima; - che

---

<sup>174</sup> Nel testo del provvedimento si leggono le motivazioni che hanno indotto la moglie del potenziale beneficiario della misura a ricorrere al giudice tutelare per aprire la procedura di amministrazione di sostegno: *"la sig.a C. denuncia una condotta del marito tale da esporre l'intero nucleo familiare a seri pregiudizi di natura economica e personale. F. sarebbe dedito all'abuso di sostanze alcoliche ed affetto, altresì, da ludopatia: condizioni personali che, in simbiosi, avrebbero provocato, da parte del suddetto F., la violazione degli obblighi discendenti dal matrimonio, sia verticali che orizzontali (...) da ultimo è stata addirittura depositata rituale querela dalla C. per il reato di cui all'art. 570 cod. pen."*.

il salario del marito le venisse versato integralmente; - ed, infine, che l'amministrato venisse sottoposto coattivamente a terapia di recupero e riabilitativa. Al riguardo, però, la risposta del giudice è categorica e da ritenersi pienamente condivisibile: *“le misure in esame non possono essere disposte, per come richieste”*, ostandovi – questo il fulcro della motivazione – i motivi ispiratori dell'amministrazione di sostegno, ed i criteri mutuabili dalla richiamata Convenzione internazionale.

Il giudice tutelare esalta la fonte sovranazionale, con particolare riguardo al profilo della temporaneità della misura, valorizzandone l'aspetto estremamente positivo a fronte della carenza in merito del dato legislativo interno; tuttavia, se è vero che nella disciplina italiana dell'amministrazione di sostegno manca un riferimento espresso al carattere temporaneo della istituzione dell'a.d.s., nondimeno la *law in action* mostra la propensione – seppure non generalizzata – ad attivare amministrazioni di sostegno a tempo determinato ed, in ogni caso, la possibilità di stabilire la misura anche a tempo indeterminato non impedisce l'assunzione di provvedimenti modificativi, incidenti sulla stessa durata, assicurando, anzi, un monitoraggio di lungo periodo, da parte del giudice tutelare<sup>175</sup>.

Quanto, poi, al contenuto del provvedimento<sup>176</sup>, il giudice tutelare sceglie la moglie ricorrente come amministratore di sostegno: invero, è l'amministrando stesso, consapevole del proprio stato, ad avere espresso favore per l'investitura della moglie (*“questi si è dimostrato favorevole alla nomina della moglie come amministratrice di sostegno”*), dunque dimostrando di riporre piena fiducia nelle sue doti gestionali.

Del resto è lo stesso legislatore, all'art. 408 c.c., ad aver manifestato nettamente la propria preferenza per l'individuazione dell'amministratore di sostegno all'interno della cerchia domestica; scelta, verosimilmente più idonea a conservare unito il nucleo, per una sorta di fiducia accordata istituzionalmente, dal magistrato stesso, senza dover ricorrere, perciò, a presidi esterni che non siano quelli di un controllo discreto, da parte dello stesso giudice tutelare.

Il Giudice tutelare, poi, tratteggia in maniera chiara i compiti dell'amministratore di sostegno e, per converso, gli spazi di autonomia del beneficiario; e ciò mediante una chiara ripartizione tra compiti di rappresentanza esclusiva e compiti di assistenza, come segue: sostituzione piena nella riscossione e destinazione della metà del salario

---

<sup>175</sup> Invero, il confezionamento di pacchetti di intervento obbligatoriamente di breve durata rischierebbe di risultare non adeguato al bisogno effettivo di protezione, allorché la necessità di un presidio costante del disabile sia presso che certo o altamente probabile.

<sup>176</sup> Al cui esame si procede nell'ottica di una esigenza di valutazione, che ben si colloca nel quadro complessivo degli obiettivi della presente ricerca, degli sviluppi della figura dell'amministrazione di sostegno a cinque anni dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano.

dell'amministrato e nel compimento degli atti di straordinaria amministrazione; assistenza, invece, per la riscossione della restante metà, con l'utile specificazione che per assistenza deve intendersi la “*presenza dell'amministratore di sostegno all'atto della riscossione delle somme*”.

Ora, la combinazione adottata nel caso mostra di ben delimitare gli spazi di manovra sostitutiva dell'amministratore di sostegno; e questi, oltretutto, risultano orientati a preservare gli interessi di tutti i membri della famiglia<sup>177</sup>. Nel medesimo solco si colloca la determinazione della sfera di autonomia conservata all'amministrato, mentre l'aspetto più qualificante di tale parte del provvedimento è da riconoscersi nell'attribuzione all'amministratore di sostegno dell'ulteriore compito di sostegno del rapporto genitoriale tra padre e figli. Il giudice adito per l'attivazione della misura di protezione – ecco il punto – ha saputo ritagliare una risposta a misura, dell'amministrando *in primis*, e al contempo di tutti i componenti di quella realtà domestica, le cui interazioni sono destinate ad incidere sulla stessa possibilità di recupero dell'amministrato. Inoltre, l'incarico vicariale – nella forma di assistenza – risulta esteso, nel decreto, anche alla *cura personae*, e, più esattamente, al versante sanitario. In presenza di una condizione di indubbia fragilità psichica del beneficiario (afflitto da problematiche di dipendenza) non poteva certo sfuggire la necessità di un intervento anche in tale ambito, rispettoso dell'autodeterminazione della persona, ed al contempo sufficientemente protettivo nel quadro dei principi affermati dalla Convenzione sulle disabilità.

---

<sup>177</sup> Lo si coglie, del resto, nel passaggio in cui è stabilito che l'amministratore dovrà destinare la parte del salario (quella da lui solo riscuotibile) alle esclusive esigenze del nucleo familiare ed in particolare al pagamento delle rate del mutuo e alle spese di quotidiana necessità.

## CAPITOLO III

### *Il consenso informato dell'adulto incapace in area europea*

1. Atti terapeutici ed autodeterminazione dell'individuo privo in tutto o in parte di capacità

Da alcuni decenni si registra un'attenzione sempre maggiore degli operatori del diritto, e non solo, verso la tematica della tutela della persona e delle sue dichiarazioni di volontà, quali manifestazioni libere e consapevoli, espressione del volere interiore del soggetto.

Più di recente, i diversi ambiti di operatività dell'individuo si sono arricchiti di forme e strumenti di tutela che consentono di attuare i principi generali espressi ed enunciati allorché il soggetto di diritto è stato inquadrato quale “*portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e di garanzie che si collegano immediatamente alla sua personalità*”<sup>178</sup>; sicché, la posizione centrale del soggetto nell'ordinamento esclude che vi possano essere aree normative che gli vengano precluse per la mancanza di qualità costanti o *status*.

La qualificazione giuridica come posizione formale pare, tuttavia, esprimere una collocazione sott'ordinata dell'uomo rispetto all'ordinamento stesso: in tale prospettiva, è l'ordinamento ad attribuire alla persona un insieme di diritti e garanzie, a prescindere dalla valutazione delle sue concrete esigenze di vita. Nondimeno, l'evoluzione del sistema sociale ha portato ad evidenziare l'esistenza di un'ulteriore dimensione di rilevanza dell'individuo nell'ordinamento giuridico, logicamente preesistente rispetto alla soggettività, ovvero quella di “*persona*”: la persona, in quanto portatrice di interessi particolaristici, diviene così il valore principale ed il parametro privilegiato per commisurare gli altri valori del sistema positivo.

L'essere umano, in quanto tale, deve dunque considerarsi quale individuo portatore di interessi che si impongono all'ordinamento giuridico, il quale non può far altro che prenderne atto; si assiste, così, ad un auspicabile ed atteso mutamento della prospettiva in cui deve essere inquadrato il rapporto della persona con l'ordinamento: non è più l'ordinamento con il suo sistema di regole formali a definire e delimitare gli ambiti di tutela

---

<sup>178</sup> Così si esprime testualmente A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 242.

della persona, ma sono piuttosto le esigenze e gli interessi dell'essere umano ad imporsi, reclamando tutela celere ed effettiva.

È in tale contesto di centralità della persona che deve essere inquadrata la tematica del cd. consenso informato: costituisce, invero, aspetto fondamentale dell'autodeterminazione individuale di ciascun soggetto, a prescindere dalla sua capacità, la facoltà di manifestazione del consenso al trattamento sanitario che lo riguarda<sup>179</sup>.

Di notevole interesse si rivela pertanto, ai fini della ricerca che ci occupa, la disamina della tematica afferente la manifestazione del consenso al trattamento sanitario da parte del soggetto privo in tutto o in parte della capacità atteso che, tramite il recupero di residue sfere di manifestazione di volontà da parte dell'incapace ovvero attraverso la salvaguardia ed il rispetto del volere espresso anteriormente alla sopravvenuta incapacità, si mira a valorizzare ed a promuovere l'essere persona, al pari delle altre, di soggetti indubbiamente deboli.

La questione dibattuta dalla dottrina, specie italiana, della natura giuridica (quale atto o negozio) del consenso informato<sup>180</sup> deve essere in tale sede necessariamente obliterata, soccorrendo allo scopo la constatazione che la rigida dicotomia atto – negozio, traslata in ambito personalistico – esistenziale, perde i suoi contorni netti e definiti, dovendosi piuttosto privilegiare la prospettiva preferibile della funzionalizzazione degli interessi sottesi<sup>181</sup>. Proprio in quest'ottica teleologica si intende affrontare, nell'ambito del presente lavoro, la problematica della manifestazione del consenso al trattamento sanitario da parte del soggetto incapace, bypassando la problematica della sua qualificazione come atto (per il quale sarebbe sufficiente la capacità naturale) o come negozio (rispetto al quale occorrerebbe la capacità legale) ed approdando direttamente all'individuazione della *ratio* del consenso e della sua finalità. Ciò, allo scopo di addivenire a conclusioni il più possibile condivise a livello dei diversi ordinamenti in ordine alla sussistenza o meno della

---

<sup>179</sup> Quando ci si accosta al delicato tema del consenso, è inevitabile lo scontro con una realtà concettuale complessa e diversificata, nella quale l'espressione assume significati differenti a seconda che la si guardi da una visuale esclusivamente patrimonialistica ovvero dalla distinta prospettiva esistenziale – personalistica. La definizione di “consenso” che interessa ai fini del presente studio è quella di “unilaterale manifestazione di volontà con la quale si conferisce ad altri la facoltà di agire nella propria sfera di interesse”, così cfr. G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1, 237.

<sup>180</sup> Emblematica in tal senso è la posizione di G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania, Italia*, Milano, 1989, 166, che considerando precipuamente il consenso all'atto medico, pur di non rinunciare a meccanismi uniformi di tutela dal punto di vista della capacità, della libertà e del corretto formarsi del volere, discorre di *negozio giuridico sui generis*.

<sup>181</sup> In tal senso si esprime P. STANZIONE, *Rapporto giuridico*, II) Diritto civile, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1991, 1 ss.

legittimazione dell'incapace, ovvero del suo sostituto, alla manifestazione di questo peculiare volere.

Dato ormai acquisito al diritto vivente e consegnato alla “*law in the books*”, il consenso del soggetto che si sottopone ad un trattamento medico deve essere libero, informato, consapevole, revocabile; inoltre, il consenso informato rappresenta il presupposto di legittimità dell'atto medico, quale espressione del diritto di ciascun individuo a consentire o rifiutare trattamenti sanitari non obbligatori (art. 32 Cost.) e della libertà personale (art. 13 Cost.).

Vale premettere che la nozione di “consenso”, che ci interessa ai fini del prosieguo del discorso, è quella di unilaterale manifestazione di volontà con la quale si conferisce ad altri la facoltà di agire nella propria sfera di interesse; va da sé che l'atto in questione deve essere collocato al di fuori di qualsiasi logica patrimoniale: l'eliminazione *in nuce* di ogni attinenza con profili proprietari si fonda sull'assunto che il consenso può essere considerato libero non soltanto se la volontà non è viziata, ma altresì se la stessa volontà non è influenzata da profili ultronei rispetto alla tutela della propria integrità fisica<sup>182</sup>.

I dati argomentativi dianzi tratteggiati possono dirsi comuni ai diversi ordinamenti, considerati quale area di interesse ai fini della ricerca che si sta svolgendo; per contro, risultati differenti saranno riscontrabili con riguardo alla problematica del rifiuto di cure e delle cd. direttive anticipate di trattamento, anche alla luce dei diversi approcci adottati dagli ordinamenti di riferimento nei confronti della tematica delle cc.dd. direttive anticipate di trattamento.

### 1.1 Il consenso informato dell'incapace: premessa

Il superamento del tradizionale paternalismo medico e la nuova sensibilità nei confronti delle ragioni del paziente si misurano, in tutti gli ordinamenti considerati, sul piano del consenso quale condizione di legittimità dell'intervento medico, la cui importanza si ricava tanto dalla crescente attenzione che vi dedica il formante giurisprudenziale quanto

---

<sup>182</sup> Altrimenti, a voler ragionare diversamente dovrebbe ammettersi che il soggetto proprietario del proprio corpo possa liberamente disporre ed autorizzare ad esempio pratiche sperimentali sulla propria persona in vista di una controprestazione monetaria; il che significa legittimare un consenso non già viziato ma addirittura coartato dalle “attrattive” del mercato. Così si esprime P. STANZIONE, *Itinerari di diritto privato*, cit., 150.

da un sempre più articolato dettato normativo, pur se spesso in mancanza di una disciplina *ad hoc*<sup>183</sup>.

Sul tema, l'evoluzione dottrinale che si è registrata a partire dalla scarna formulazione dell'art. 5 c.c. dimostra per un verso il progressivo ridimensionamento subito dalla norma in esame, in considerazione dell'abbandono di quella logica proprietaria che ne aveva dettato la formulazione e, per l'altro, testimonia il valore assunto dal consenso alla luce del dettato costituzionale.

Il consenso, dunque, diviene elemento fondante di un rapporto curativo di cui si esalta la dimensione partecipativa: nondimeno, di là da astratte formulazioni di principio, l'effettività del consenso va garantita attraverso la chiarezza e comprensibilità dell'informazione.

Ad avviso di autorevole dottrina<sup>184</sup>, la vera partita, messi da parte i profili qualificatori, deve necessariamente giocarsi sul terreno dell'informazione la quale dovrà investire sia gli aspetti tecnici che quelli strutturali, onde consentire al paziente di comprendere la portata del rischio medico: così, i contenuti dell'obbligo informativo andrebbero individuati di volta in volta alla luce di un criterio soggettivo ponderato, cioè a dire che il richiamo non deve essere tanto alla ragionevolezza dell'informazione, quanto piuttosto al concetto di "paziente ragionevole", dovendosi in tal modo escludere tutte quelle informazioni che riguardino rischi di lontana verificabilità o che potrebbero inficiare inutilmente la tranquillità del paziente<sup>185</sup>.

La netta tendenza a reprimere l'intervento senza consenso non sempre però fa emergere con chiarezza quale sia il tipo di valore tutelato, né tanto meno dà vita a soluzioni coerenti. Sicché, ad esempio, in Francia in mancanza di specifici riferimenti normativi si è fatto ricorso ai principi fondamentali del sistema atteso che "*les corps humain est, dit on, inviolabile. C'est le noli me tangere fundamental*"<sup>186</sup>. Invero, nel nostro ordinamento, esclusa la configurabilità di un diritto della persona sul proprio corpo, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono orientate verso una forma di tutela che facesse dipendere la liceità o

---

<sup>183</sup> In Italia, pur in mancanza di una specifica disciplina che regolamenti in tutti i suoi aspetti il consenso informato, il panorama normativo si presenta piuttosto ricco ed a partire dall'art. 33 l. 833/78 si è ulteriormente incrementato: basti pensare, a mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, alla legge 194/78 sull'aborto, alla legge 107/90 sulla donazione di sangue, alla legge 91/99 sui trapianti nonché ad una serie di d.m. volti a disciplinare la sperimentazione clinica, in attuazione della disciplina comunitarie 91/507, ovvero i d.m. 27 aprile 1992 e 15 luglio 1997.

<sup>184</sup> P. STANZIONE, *Itinerari di diritto privato*, cit., 222.: "il riferimento - afferma testualmente l'Autore - non è ad una figura astratta di paziente ma alla capacità di intendere l'informazione che possiede un soggetto calato nel concreto delle circostanze, avuto riguardo al suo specifico bagaglio culturale".

<sup>185</sup> Cfr. M. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 480 ss.

<sup>186</sup> In tal senso si esprime J. CARBONNIER, *Droit civil, I, Introduction. Les personnes*, 10 ed., Paris, 1975, 215.

l'illiceità del trattamento terapeutico dal verificarsi o meno di una lesione, individuandosi in tal modo nel bene salute l'oggetto della tutela; tuttavia, rappresenta corollario negativo di tale impostazione l'attribuzione del carico probatorio in capo al paziente circa l'intervenuto inadempimento all'obbligo di informazione<sup>187</sup>. Non a caso, anche in Francia i giudici avevano avuto modo di sottolineare l'illogicità di un tal tipo di ripartizione dell'*onus probandi* sul presupposto che risulterebbe più conforme ad esigenze di tutela del paziente ritenere che questi debba fornire esclusivamente la prova del danno e del nesso causale, dovendo poi gravare sul medico la prova dell'esistenza di un consapevole consenso. In Germania, grazie all'elencazione del § 823 BGB che ha fornito criteri abbastanza chiari e dettagliati per configurare la violazione dell'obbligo di informazione quale lesione personale, l'onere di provare la presenza dell'informazione grava da sempre sul medico, venendo così a costituire una vera e propria arma a disposizione del paziente che la giurisprudenza tedesca ha cercato di bilanciare attraverso la fissazione di limiti alle richieste risarcitorie<sup>188</sup>.

La circolazione di soluzioni argomentative tra i vari ordinamenti, in uno alla valorizzazione del profilo dell'autodeterminazione del paziente nel rapporto di cura, hanno indotto la Corte di Cassazione italiana a rivedere il precedente orientamento in tema di riparto dell'onere probatorio medico – paziente, facendo gravare la dimostrazione della prestazione del consenso informato da parte del paziente in capo al medico<sup>189</sup>.

Fatte queste brevi premesse, la partecipazione alla relazione terapeutica del soggetto legalmente incapace, che stia sviluppando o abbia conservato una residua capacità di discernimento, è stata compiutamente analizzata dalla dottrina sulla scorta di numerosi appigli normativi<sup>190</sup>; in particolare, si è indagata la necessità del coinvolgimento del minore nelle decisioni mediche in proporzione alla sua progressiva maturazione psichica<sup>191</sup> nonché

---

<sup>187</sup> In tal senso cfr. tra le altre Trib. Roma 5 maggio 1997, in *Giur. merito*, 1998, 671; App. Milano, 30 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2855; Cass. civ. 10014/1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

<sup>188</sup> BGH, NJW, 1985, 1399; OLG Schleswig, in *VersR*, 1996, 634. In dottrina, invece, la teoria della violazione di un diritto della personalità è sostenuta in modo piuttosto isolato da LAUFS, *Arztrecht*, 5 ed., 176.

<sup>189</sup> Cfr. tra le altre, Cass. civ. 7027/2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2066.

<sup>190</sup> Tra le norme che consentono il compimento autonomo di atti relativi alla cura della salute ai soggetti giuridicamente privi, in tutto o in parte, di capacità vale richiamare l'art. 2 della legge 194/78 sull'interruzione di gravidanza, ove stabilisce che “la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori”; gli artt. 12 e 13 della medesima legge sull'aborto della donna minore e interdetta; l'art. 95 della legge 685/1975 sulla disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope ove si prevede che gli accertamenti diagnostici ed i relativi interventi terapeutici e riabilitativi possono essere richiesti personalmente dai minori d'età e dagli incapaci; l'art. 2, co. 2, della legge 458/1967 sul trapianto del rene che facendo esplicito ed esclusivo riferimento alla capacità di intendere e di volere induce a negare valore decisivo all'esistenza o inesistenza di una incapacità legale dipendente da interdizione o inabilitazione; l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia con legge n. 145/2001.

<sup>191</sup> Di recente ha affrontato la tematica M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007; ma v. anche P. CENDON, *Malattia terminale e minore d'età*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 467 ss.

la possibilità per il soggetto infermo di mente e privo di capacità di agire di prendere parte al processo di informazione e di valutazione in ordine alle cure, di carattere ordinario o sperimentale<sup>192</sup>.

Invero, l'introduzione dello strumento dell'amministrazione di sostegno ha offerto un nuovo terreno per riflettere sulle modalità con cui persone che versino in condizione di debolezza a causa di una malattia mentale ovvero di infermità fisiche, anche transeunti, possano essere assistite nelle scelte di carattere medico. Tuttavia, non può considerarsi ancora sufficientemente articolata la risposta giuridica riguardo alle forme di coinvolgimento dell'incapace nelle decisioni inerenti i trattamenti terapeutici, sia nel suo atteggiarsi isolato sia nel rapporto con la funzione di rappresentanza dei genitori, del tutore e dell'amministratore di sostegno.

D'altra parte, esigenze di certezza dei terzi e di tutela dell'affidamento nella validità ed efficacia di una manifestazione di volontà, che assume talvolta il ruolo di scriminante di un comportamento altrimenti illecito, risultano scarsamente compatibili con soluzioni partecipative modulate caso per caso sul grado di maturità e di comprensione dell'incapace, imponendo piuttosto l'adozione di criteri di relazione netti e predefiniti. Nondimeno, svariati spunti normativi che orientano nella prima direzione e la sensibilità della dottrina hanno consolidato la prospettiva di un impiego degli istituti di protezione dei minori e dei disabili psichici e fisici nel senso della condivisione da parte del soggetto incapace delle scelte di carattere esistenziale e, segnatamente, delle decisioni che importino atti invasivi della sfera corporea.

Per altro verso, nei confronti di pazienti legalmente incapaci ed altresì privi di ogni residua capacità di fatto si apre l'interrogativo in ordine alla sussistenza ed entità di spazi di esercizio della funzione sostitutiva del rappresentante legale quando il tipo di decisione da assumere – di sospensione delle cure o di rifiuto del sostegno vitale – sembrerebbe richiedere per la sua qualità e per gli effetti ad essa connessi una personale espressione di volontà, non surrogabile in nessun caso dall'intervento di terzi<sup>193</sup>.

Occorre, preliminarmente, dare atto della difficoltà di soluzione, alla luce della normativa italiana, della problematica della legittimazione al compimento di un atto, quale la prestazione del consenso al trattamento sanitario, di natura eminentemente personale,

---

<sup>192</sup> Cfr. sul tema P. ZATTI, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato ed occasionale*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di Busnelli-Breccia, Milano, 1978, 101 s. ed ancora P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. D.*, 1986, 425 ss., nonché G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, *ivi*, 1999, 147 s.

<sup>193</sup> La problematica è ampiamente trattata *infra*: cfr. III.2 par. A.

tale da non ammettere *prima facie* rappresentanza, da parte del sostituto o rappresentante legale<sup>194</sup>. Non esiste, infatti, una norma dalla quale poter trarre positivamente, e senza tema di smentite, la legittimazione in capo al tutore alla manifestazione della suddetta volontà, sebbene in dottrina si sia ritenuto di poter trarre una regola di tal fatta dal combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c. (sul presupposto che il tutore ha, con formula ampia, la “*cura della persona*”)<sup>195</sup>.

Volgendo, per un attimo, lo sguardo alle diverse esperienze europee, la recente Loi 5 mars 2007 sembra operare nel senso di escludere la sostituzione da parte del rappresentante nella manifestazione del consenso/dissenso al trattamento terapeutico: il legislatore avrebbe, cioè, inteso riconsegnare all’incapace la signoria nelle decisioni in tema di salute, escludendo che le stesse possano afferire alla sfera dei poteri di un sostituto o rappresentante<sup>196</sup>; viceversa, argomenti positivi in favore del riconoscimento della legittimazione del rappresentante legale possono essere tratti dalla Convenzione di Oviedo, il cui art. 6 co. 3 sancisce che, allorché il soggetto non sia in grado di dare il proprio consenso ad un intervento, questo non potrà essere effettuato senza l’autorizzazione del suo rappresentante, di un’autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.<sup>197</sup>

Si è autorevolmente affermato che ciascun ordinamento, a fronte di tematiche che coinvolgono prima ancora che profili giuridici scelte di tipo etico, religioso, sociale, può approcciarsi alle stesse in tre modi differenti: *il diniego, il diritto che attende, l’autonomia amministrata*<sup>198</sup>. Con riferimento alla questione del trattamento sanitario di colui che versi in una condizione di incapacità, in tutti gli ordinamenti presi in considerazione dal presente

---

<sup>194</sup> Il divieto di rappresentanza si spiega alla luce della particolare caratteristica dell’atto stesso che non tollera sostituzioni, legato com’è alla manifestazione di volontà del diretto interessato: in tal senso cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2004, p. 133. Sottolinea invece la necessità di valutare la capacità di discernimento caso per caso P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino – Napoli, *passim*.

<sup>195</sup> In particolare si distingue tra atti personalissimi, come il matrimonio o l’adozione che non ammetterebbero sostituzione, e atti personali, tra cui andrebbe annoverato il consenso informato. Così G. FERRANDO, *Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno*, in *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, S. PATTI (a cura di), Milano, 2002, p. 138 ss.

<sup>196</sup> Vale sottolineare che il tutore, anteriormente a quest’ultima riforma, era considerato lo strumento attraverso il quale il soggetto incapace tentava di affrancarsi dall’isolamento e dalla istituzionalizzazione in cui la sua condizione rischiava di gettarlo. La *Loi du 11 février 2005* si soffermava in particolare *sur les personnes handicapées* a favore delle quali costruisce uno strumentario di tutela il cui fine ultimo si riassume nell’espressione emblematica “*droit à compensation*”.

<sup>197</sup> Peraltro, la persona interessata dovrà essere associata nei limiti del possibile alla procedura di autorizzazione. Riveste, altresì, importanza il disposto dell’art. 7 della stessa Convenzione nella parte in cui prevede che il soggetto affetto da disturbo mentale non potrà essere sottoposto senza il proprio consenso ad un intervento che abbia ad oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l’assenza dello stesso rischi di pregiudicare gravemente la sua salute.

<sup>198</sup> In tal senso G. AUTORINO, *Relazione al XVI Colloquio Associazione Italiana di diritto comparato su “Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato”*, Pisa, 22 – 24 Maggio 2003

studio sembra essere stato preferito l'approccio dell'autonomia amministrata: la volontà del soggetto incapace deve essere rispettata il più possibile, ma sussiste ovunque il limite invalicabile del suo stesso interesse (se l'assenza di trattamento è pregiudizievole alla sua salute, lo stesso potrà essere praticato anche in difetto di consenso)<sup>199</sup>.

Tuttavia, se il rappresentante legale, come si è visto, può in base alla fonte sovranazionale prestare il consenso, nell'ordinamento italiano dobbiamo prendere atto della divergenza di orientamenti giurisprudenziali in ordine all'ammissibilità o meno del potere del tutore di prestare il consenso al trattamento sanitario per l'interdetto<sup>200</sup>. All'uopo, sia consentito esprimere sin d'ora un'opinione, basata sulla recente introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, nonché sulle argomentazioni che hanno condotto la dottrina, specie italiana e francese, al riconoscimento di una sfera intangibile di autodeterminazione anche in capo al soggetto incapace<sup>201</sup>: posto che il dato codicistico sembra suggerire la volontà legislativa di non attribuire al tutore il potere di compiere atti a contenuto personale al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (annullamento del matrimonio, impugnazione del riconoscimento quale figlio naturale, interruzione volontaria della gravidanza), tuttavia, se abbandoniamo per un attimo la prospettiva tradizionale del distinguo atto – negozio e ci affidiamo a quella logica, già richiamata in precedenza, di funzionalizzazione degli interessi sottesi a ciascuna attività<sup>202</sup>, ci rendiamo conto che ciascuna situazione merita di essere trattata con gli strumenti che più le si confanno e avuto riguardo agli aspetti peculiari che la contraddistinguono.

Potrebbe, pertanto, ipotizzarsi un distinguo tra diverse situazioni concrete. Se il soggetto incapace (legale) non è in grado di essere coinvolto nella decisione medica che lo riguarda, impedire al tutore di prestare il consenso in sua vece significherebbe obliterare il requisito di legittimità dell'atto medico per eccellenza con riferimento ad un'intera categoria di soggetti, venendosi a creare in tal modo una palese (ed ingiustificata) disegualianza, e ritornandosi a quel paternalismo medico che la dottrina ha cercato di superare proprio

---

<sup>199</sup> Vi è spazio per l'autonomia decisionale dei soggetti partecipi dei trattamenti ma nel contempo si garantisce un margine di intervento finalizzato a tutelare la particolare situazione di minorità. In tal senso si esprime peraltro S. RODOTA', *Persone, riservatezza identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 600 ss.

<sup>200</sup> Cfr. per tutte nel senso dell'inammissibilità Corte d'Appello Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022; apre alla possibilità ma con alcuni limiti Cass. civ. 21748/07.

<sup>201</sup> Cfr. per tutti sul tema della valorizzazione delle capacità degli incapaci G. AUTORINO, *Amministrazione di sostegno e tutela del "disabile": principi generali* in AA.VV., *L'amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004

<sup>202</sup> Valorizza tale prospettiva teleologica P. STANZIONE, *Rapporto giuridico*, II, *Diritto Civile*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1991, p. 1 e ss.

tramite la teoria del consenso informato; bypassando il dato giuridico e considerando l'aspetto umano della vicenda, se il tutore è colui che conosce le aspirazioni, le convinzioni, le potenziali decisioni in una data situazione, del soggetto incapace, egli rappresenterà una sorta di *alter ego* di quest'ultimo, contribuendo a ridurre al minimo il *gap* tra persona e tutela della sua personalità che inevitabilmente si viene a determinare quando la decisione relativa all'attuazione del diritto personale è assunta da soggetto diverso dal suo legittimo titolare. Per contro, quando il tutore è un estraneo, in quanto non sia stato possibile affidare ad un familiare la cura degli interessi dell'incapace, mancherà la conoscenza personale, presupposto imprescindibile per esprimerne i convincimenti, ma d'altra parte si verrà a creare quel distacco e quell'oggettività che difficilmente si potranno ritrovare in un familiare e che probabilmente consentiranno di addivenire ad una scelta più lucida e ponderata, da assumere nell'interesse dell'incapace e assieme al medico.

Se, per converso, il soggetto incapace (legale) è in grado di essere coinvolto nella decisione che lo riguarda, perché gli residua in concreto quella capacità di discernimento che gli consente di valutare in modo il più completo possibile le conseguenze del trattamento cui si sottoporrà in virtù dell'informazione compiutamente e correttamente fornitagli, in tal caso il medico potrà e dovrà rivolgersi esclusivamente a lui, instaurando così quella relazione personale indispensabile per una proficua alleanza terapeutica.

Al fine di meglio comprendere le argomentazioni su esposte, appare utile un richiamo all'art. 427 c.c., nuova formulazione, in base al quale il giudice nel pronunciare la sentenza di interdizione può escludere che per alcuni atti di ordinaria amministrazione l'interdetto debba essere sostituito dal tutore. Sia consentita un'interpretazione all'apparenza un po' forzata ma motivata, ancora una volta, da quella medesima logica di funzionalizzazione degli interessi autorevolmente suggerita: si potrebbe così partire dal criterio distintivo atti di ordinaria amministrazione – atti di straordinaria amministrazione, basato sull'entità del rischio ad essi riconducibile, trasladolo sul piano personalistico – esistenziale, e sostenere che per un intervento di *routine* dal margine di rischio assolutamente esiguo la prestazione del consenso possa essere richiesta esclusivamente all'interdetto, previo accertamento della sua persistente e sufficiente capacità di discernimento al momento della manifestazione del volere; mentre con riferimento ad un intervento speciale si riespanderebbe il potere sostitutivo del tutore legittimato, secondo le argomentazioni su enucleate, a ricevere l'informazione sull'atto medico e a prestare o meno il relativo consenso.

Per ciò che concerne il sottoposto ad amministrazione di sostegno, è dalla dottrina nonché dai provvedimenti concreti che si attendono le risposte al quesito se il nuovo organo possa prestare il consenso al trattamento sanitario in luogo del beneficiario. In dottrina, si è tentato di dare concretezza alla situazione delineata dall'art. 404 c.c., prospettandosi il caso in cui l'interessato sia alla vigilia di un intervento chirurgico, e si imponga la nomina di un amministratore di sostegno, il quale assuma decisioni anche in ambito medico nel tempo in cui quel soggetto non sarà in grado di intendere e di volere<sup>203</sup>.

Quanto al formante giurisprudenziale, si deve prendere atto dell'esistenza di provvedimenti di nomina di amministrazioni di sostegno che hanno affrontato in modo diametralmente opposto il problema: mentre il Trib. di Modena<sup>204</sup> motiva la soluzione positiva in base al riferimento normativo alla cura della persona e all'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, nonché argomentando dalla duttilità e flessibilità dello strumento nuovo, e da ultimo dal consenso cd. indiretto di cui alla Convenzione di Oviedo in precedenza richiamata, il Trib. di Torino<sup>205</sup> ha fondato il rigetto del ricorso sul carattere tassativo delle ipotesi di consenso indiretto, nelle quali non sarebbe contemplata la figura dell'amministratore di sostegno e che, peraltro, si riferirebbero esclusivamente a casi di totale incapacità e dunque di sostituzione legale. Da ultimo, la legittimazione dell'amministratore di sostegno alla prestazione del consenso informato è stata esclusa sulla base del rilievo che al nuovo organo non sarebbero estese le norme degli art. 357 – 358 e 371 c.c., dai quali si suole argomentare per contro la legittimazione del tutore alla prestazione del consenso in luogo dell'interdetto, sicché non vi sarebbe alcun dato positivo cui ancorare la legittimità di quella che per contro si tradurrebbe in una illecita intromissione nella sfera personale dell'individuo con violazione dei principi costituzionali in materia di libertà personale e volontarietà della cura<sup>206</sup>.

È auspicabile che ciascun giudice tutelare prima ancora che allo stretto dato normativo si affidi alla logica, nonché alla specificità del caso concreto affinché il rigetto del ricorso per la nomina non si traduca in una forma di denegata tutela di un diritto fondamentale qual è quello alla salute. Invero, appare fuor di dubbio che più che la legge,

---

<sup>203</sup> Sul punto cfr. S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 29 ss., nonché G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, p. 137 ss., che sottolinea in particolare come il ricorso alla figura dell'amministratore di sostegno non deve divenire un *escamotage* penoso per sostituire una volontà negativa già espressa dal destinatario del trattamento.

<sup>204</sup> Cfr. Trib. Modena, decreto 28 giugno 2004.

<sup>205</sup> Cfr. Trib. Torino, sez. distaccata di Moncalieri, decreto 15 maggio 2004.

<sup>206</sup> Cfr. Trib. Torino, decreto 26 febbraio 2007.

sono i giudici a dover dare al soggetto debole quella tutela che non appare in grado di procurarsi da sé.

## 1.2 *Betreuer* ed amministratore di sostegno: la legittimazione alla manifestazione del dissenso alle cure in vece dell'incapace

Le premesse sinora poste consentono di addentrarsi, *cognita causa*, nella complessa tematica della legittimazione del sostituto legale ovvero dell'assistente dell'incapace alla manifestazione del dissenso al trattamento sanitario o rifiuto di cure.

Innanzitutto, giova preliminarmente introdurre, se pur senza alcuna pretesa di completezza, l'argomento del cd. rifiuto di cure; all'uopo si rivela quanto mai opportuno lo spunto offerto sul tema da un recente e famoso caso italiano, quello di Piergiorgio Welby, soggetto in stato di totale immobilità determinato da una gravissima patologia degenerativa con sicuro esito infausto, il quale, a fronte del rifiuto opposto dal medico curante e dalla struttura ospedaliera, chiedeva in maniera informata e consapevole la cessazione dell'attività di sostentamento a mezzo ventilatore artificiale e la contemporanea somministrazione di una terapia sedativa terminale. Il Tribunale di Roma, cui Welby si era rivolto azionando un ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, con provvedimento del 16 dicembre 2006, ha dichiarato inammissibile il mezzo proposto sul presupposto che la misura cautelare richiesta non avrebbe in alcun modo potuto esplicare la propria funzione strumentale ed anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito, stante l'impossibilità di far valere dinanzi all'autorità giudiziaria il diritto di opporsi all'accanimento terapeutico<sup>207</sup>.

Con riferimento alla possibilità di opporre un cosciente ed informato diniego ai trattamenti indispensabili ad assicurare la sopravvivenza, eventualmente espresso anche in via anticipata rispetto al sopravvenuto stato di incapacità (che ne impedisca in fatto la reiterazione), si assiste attualmente ad un acceso dibattito tra gli operatori del diritto e non solo, incrementato dall'assenza di una chiara indicazione legislativa sul punto: dibattito che, non essendo sfociato nella individuazione di criteri guida e precisi limiti operativi, fa sì da un lato che il medico versi in una situazione di incertezza che lo priva sostanzialmente dei mezzi per decidere e, dall'altro, che il paziente, al contempo, non possa confidare serenamente nel rispetto delle sue volontà.

---

<sup>207</sup> L'ordinanza in commento è reperibile su *Famiglia e diritto*, 3/2007, 297, con nota di commento di CAMPIONE R., "Caso Welby": il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazioni degli interpreti".

Secondo un primo orientamento, il diniego di cure, pur consapevolmente espresso dal paziente, non potrebbe mai tradursi in un pregiudizio per la salute dell'individuo fino a ricomprendere il diritto di lasciarsi morire: deporrebbero in tal senso, *in primis*, il carattere indisponibile della vita di cui agli artt. 579 – 580 c., i limiti agli atti dispositivi del corpo previsti dall'art. 5 c.c., nonché la posizione di garanzia ricoperta dal medico che imporrebbe a quest'ultimo l'obbligo giuridico di intervenire<sup>208</sup>. In tale prospettiva, si ritiene che ove il rifiuto di un trattamento esponga il paziente ad un grave ed irreparabile pregiudizio, la condotta del medico, nonostante il rifiuto del paziente, non integrerebbe gli estremi del reato di violenza privata in quanto scriminata dallo stato di necessità. La bontà di tale ultimo assunto viene contestata da quanti riconoscono che il nostro ordinamento attribuisce all'individuo un incondizionato diritto di opporsi alle cure, il quale verrebbe pregiudicato laddove si ricorresse in maniera sistematica allo stato di necessità, considerandosi di fatto irrilevante la volontà del paziente la quale finirebbe con l'essere frequentemente sovrastata in tal guisa dall'iniziativa del medico<sup>209</sup>. I sostenitori di tale diverso indirizzo fanno leva sulla presenza di significativi indici normativi che rimetterebbero alla libera iniziativa dell'individuo ogni decisione inerente alla salute, quali tra gli altri le norme di rango costituzionale poste a presidio dell'inviolabilità della persona (2, 13 Cost.) nonché l'art. 32 della stessa Carta, che permetterebbero di inferire la totale volontarietà dei trattamenti terapeutici, salva l'ipotesi dei trattamenti sanitari obbligatori, ispirati ad esigenze di tutela della salute pubblica.

Invero, i richiami alle norme del codice penale, operati dai sostenitori dell'orientamento negativo, non sarebbero determinanti nel senso dell'esclusione della legittimità del rifiuto di cure, atteso che trattasi di disposizioni le quali affondano le proprie radici in un contesto storico - giuridico molto distante da quello attuale e che necessiterebbero, pertanto, di una rilettura costituzionalmente orientata, suscettibile di determinare un ridimensionamento della tutela penale della vita<sup>210</sup>.

Con riguardo al dovere di cura dei sanitari, che impedirebbe *in nuce* l'ammissibilità del rifiuto di cure, si sostiene, infine, che il riferimento alla clausola di equivalenza di cui

---

<sup>208</sup> Cfr. In tal senso A. FIORI – G. IADECOLA, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 311; ma anche G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue salvavita rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, 662.

<sup>209</sup> Così A. SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, Nota a Trib. Messina, Uff. GIP 26 luglio 1995, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 206; S. FUCCI, *Rilevanza giuridica del rifiuto delle cure da parte del paziente*, in *Bioetica*, 2000, 123 ss.

<sup>210</sup> In merito è interessante l'approccio di G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale: parte speciale, II, I delitti contro la persona*, Bologna 2006.

all'art. 40 co. 2 c.p., oltre a svilire in modo eccessivo il capovolgimento dei ruoli cui si è assistito nella relazione medico – paziente e che ha portato a privilegiare i diritti di quest'ultimo rispetto ai doveri del primo<sup>211</sup>, sconfiggerebbe la difficoltà di individuare una fonte normativa fondante il dovere del sanitario di intervenire.

In questo contesto, ricco di spunti argomentativi, ma nondimeno confuso e reso particolarmente complesso dalle difficoltà inevitabilmente insite in tematiche che coinvolgono interessi a dir poco sensibili, si viene ad inserire il caso Welby e, quindi, la decisione del Tribunale di Roma di negare la tutela interinale al ricorrente in quanto, a fronte del rimedio anticipatorio richiesto, difetterebbero gli strumenti concreti che nel merito consentano di tutelare il diritto al rifiuto dell'accanimento terapeutico. In buona sostanza, il Tribunale di Roma finisce col realizzare un'inscindibile correlazione tra il diritto a rifiutare le terapie e l'accanimento terapeutico, subordinando l'esistenza del primo alla ricorrenza del secondo e negando, pertanto, che il diritto a rifiutare le cure possa estendere la propria operatività all'infuori delle ipotesi in cui le stesse rivelino una conclamata inattitudine a recare un beneficio alla salute. Il Giudicante enfatizza, peraltro, l'eccessivo coefficiente di indeterminatezza da cui sarebbe caratterizzata non soltanto la nozione di accanimento terapeutico, ma anche la definizione dei principi allo stesso sottesi, il che impedirebbe di apprestare forme di tutela ai diritti scaturenti da tali evanescenti principi. In realtà, il “principio evanescente” cui il Tribunale sembra fare riferimento, è in realtà la dignità della persona, sufficientemente chiaro e delineato nel nostro ordinamento sia alla luce dei numerosi indici infrasistematici<sup>212</sup> e sovranazionali<sup>213</sup>, sia in virtù delle numerose pronunce della giurisprudenza, le quali sono idonee a conferire rilievo assoluto alla dignità della persona, cosicché sarebbe ben possibile assicurare una sufficiente effettività di tutela a tale valore fondamentale.

---

<sup>211</sup> Tra gli altri cfr. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 946, ove si afferma che la posizione di garanzia del medico non può legittimare un'imposizione della cura, ponendosi ciò in evidente contrasto con il disposto dell'art. 32 Cost.

<sup>212</sup> Per quanto attiene al campo medico basti pensare all'art. 1 co. 2 della l. 33/1978 con la quale fu istituito il Servizio sanitario nazionale, secondo il quale “la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana”. Com'è noto, poi, riferimenti espressi alla dignità dell'individuo sono rinvenibili negli artt. 3, 36 co. 1 e 41 Cost.

<sup>213</sup> Al riguardo si veda l'art. 1 della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, 4 aprile 1997 (ratificata in Italia con l. 145/2001), secondo il quale “le Parti di cui alla presente convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina”; v. anche Parte II, Titolo I, art. II – 61, Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa – a tenore del quale “La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”, che riproduce a sua volta il disposto dell'art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza, 7 dicembre 2000).

Peraltro, nelle argomentazioni dell'ordinanza del Tribunale di Roma si legge altresì che il diritto di richiedere l'interruzione della respirazione assistita, pur trovando accoglienza nell'ordinamento, si rivela non concretamente tutelato anche in ragione del fatto che la sua realizzazione sarebbe rimessa alla discrezionalità del medico cui spetterebbe di valutare, caso per caso, se ricorra o meno una situazione di accanimento terapeutico. Sotto questo profilo il provvedimento evidenzia elementi di contraddittorietà, nella misura in cui dopo aver conferito, in linea di principio, valore assoluto all'autodeterminazione del paziente, finisce inspiegabilmente con l'asservire la volontà del medesimo di non essere curato non solo alla ricorrenza di una situazione di accanimento terapeutico ma anche al positivo apprezzamento da parte del medico della sussistenza di un'ostinazione irragionevole alle cure.

In realtà, rifiuto di cure ed accanimento terapeutico si muovono su piani distinti e soltanto eventualmente coincidenti; invero, il rilievo assunto dal principio di autonomia decisionale del malato induce a ritenere che la sussistenza del primo possa escludere la possibilità di appellarsi al secondo. Come si è già ampiamente detto, costituisce dato acquisito che il rapporto di cura sia fondamentalmente incentrato sul rispetto della volontà del degente quale frutto del continuo rapporto dialogico tra lo stesso ed il medico curante: dovranno essere, pertanto, le determinazioni espresse in maniera consapevole attuale ed informata dall'interessato a guidare in maniera assolutamente prevalente l'operato del sanitario ed a garantire quest'ultimo, al contempo, dal pericolo di sconfinare in una ostinazione nelle cure<sup>214</sup>.

È, tuttavia, evidente che il processo valutativo del medico in merito alle questioni predette assumerà rilievo preminente laddove il paziente di cui si tratta non sia in grado di esprimere all'attualità la volontà, ma l'abbia espressa in precedenza ovvero non l'abbia espressa affatto, per quanto la stessa possa essere ricostruita in base alle opinioni personali ed i convincimenti del paziente, come manifestati espressamente o implicitamente, tramite *facta concludentia*, in un momento anteriore al sopravvenuto stato di incapacità.

L'assenza di qualsivoglia dato normativo nell'ordinamento italiano, cui sia possibile fare riferimento laddove si presentino situazioni come quella del caso Welby, si manifesta in tutta la sua drammaticità se solo si considera che proprio nell'esempio fatto, la mancata

---

<sup>214</sup> Sul punto acuto si rivela l'osservazione di U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano, 2005, 51, secondo il quale “i pazienti [...] se hanno anche una piccola chance di guarire chiedono disperatamente di essere curati. Per questo non si può parlare di accanimento terapeutico senza parlare della volontà del paziente di essere curato o di non essere curato: è questa la volontà che conta”.

legittimazione giudiziale dell'interruzione della vita artificiale non ha impedito ad un infermiere di accogliere la richiesta di Welby, determinandone la morte.

Invero, è auspicabile che il legislatore italiano intervenga al più presto, eventualmente prendendo a modello il recente approdo della legislazione francese<sup>215</sup>, che con la Loi n. 2005/370 ha disciplinato la complessa tematica delle direttive anticipate di trattamento e della eutanasia: il criterio di fondo cui si ispira il predetto articolato normativo risiede nella dicotomia tra *laisser mourir* e *donner la mort*, vale a dire nel discriminare tra la condotta del medico che consenta alla patologia di seguire il suo corso naturale sino alle estreme conseguenze e l'azione che, diversamente, cagioni in maniera diretta il decesso del malato, fattispecie quest'ultima sanzionata dalle norme del codice penale, rimaste inalterate in seguito alla legge di riforma<sup>216</sup>.

Di notevole rilevanza nel quadro delle riforme, già in atto o soltanto potenziali nel resto dell'Europa sul tema che ci occupa, è un recente disegno di legge presentato al Parlamento tedesco, il quale mira ad introdurre alcune importanti nuove disposizioni nel BGB. Qualora un maggiorenne, capace di intendere e di volere (*Einwilligungsfähigkeit*) con atto scritto abbia consentito o rifiutato determinati esami o trattamenti sanitari, spetterà all'amministratore di sostegno (*Betreuer*) di verificare se tale scelta, fatta nel passato, possa considerarsi tuttora corrispondente all'attuale situazione di vita e di trattamento del paziente (*aktuelle Lebens- und Behandlungssituation*). Una volta che sia stata accertata l'attualità della scelta, l'amministratore di sostegno ha l'obbligo di provvedere all'attuazione della volontà della persona a lui affidata; è, inoltre, prevista la possibilità di revocare il proprio testamento biologico in ogni momento e senza formalità. Tale è l'ipotesi in cui una volontà sia stata espressa; nei casi in cui, viceversa, il paziente non abbia fatto alcuna scelta o la scelta pur fatta si riveli non più attuale, sarà l'amministratore di sostegno a decidere, conformandosi alla volontà ipotetica o presunta del paziente. Ai fini dell'individuazione di tale volontà ipotetica occorreranno elementi concreti, quali per esempio eventuali dichiarazioni rese oralmente o per iscritto in passato, convinzioni etiche o religiose, altre concezioni personali di valori nonché la sensibilità della persona al dolore. Per reperire tali elementi che consentono di individuare la volontà ipotetica in assenza di una dichiarazione espressa dell'interessato, l'amministratore di sostegno dovrà sentire i parenti e altre persone di fiducia del paziente purché non ne derivi un ritardo rilevante.

---

<sup>215</sup> La Loi leonetti sarà oggetto di approfondito esame nel par. III.2, A). Inoltre, per un ampio commento alla legge francese, cfr. G. CAPRINO, *Francia: l'approvazione della legge sulla fin de vie*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>216</sup> Cfr. In particolare l'art. 221 – 1 Code penal: “*Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle*”.

La volontà espressa o, in alternativa, la volontà ipotetica dell'interessato dovrà essere rispettata sempre e a prescindere dalla specifica malattia e dalla fase (più o meno avanzata) della patologia in cui si trova il paziente. Ciò significa, in particolare, che secondo la nuova legge la volontà del paziente rimane sempre valida e deve essere dunque rispettata, anche se l'interessato è ormai diventato incapace d'intendere e di volere o la malattia potrebbe ancora essere curata, il che equivale a dire che non esistono limiti esterni alla rilevanza della volontà del paziente.

È richiesta l'autorizzazione del giudice tutelare nei soli casi in cui il medico curante e l'amministratore di sostegno non siano in grado di trovare un accordo sulla scelta corrispondente alla volontà del paziente. In tali casi di dissenso tra medico e amministratore di sostegno interviene il giudice per autorizzare la scelta dell'amministratore di sostegno, quando da essa derivi un fondato pericolo per la vita o la salute dell'interessato. Ai fini dell'autorizzazione il giudice tutelare deve individuare la volontà dell'interessato e accertarne la piena corrispondenza con la scelta fatta dall'amministratore di sostegno.

A norma dell'ultimo comma del § 1904 BGB, l'amministratore di sostegno può essere sostituito anche da un rappresentante volontario, purché l'interessato gli abbia conferito i relativi poteri.

La legittimazione dell'amministratore di sostegno alla prestazione del consenso con o in luogo dell'incapace, a seconda del grado di incapacità (o meglio dell'ambito operativo del provvedimento di protezione, come delimitato dal giudice che emette il decreto di nomina), che emerge nettamente dalla disamina del progetto di riforma tedesco, può essere affermata attualmente anche con riguardo al dato codicistico italiano se interpretato alla luce dei valori costituzionali che sottendono la tematica del consenso informato nonché tenendo in considerazione le finalità della stessa legge istitutiva della nuova misura di protezione.

La legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno fa menzione della cura della persona nell'art. 405 c.c., il quale prevede che il giudice tutelare possa adottare i provvedimenti urgenti *“per la cura della persona interessata”*, e nell'art. 408 c.c., laddove nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice deve avere *“esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario”*. Se, dunque, il potere di cura trova già espressa menzione nel codice in materia di funzioni del tutore (art.357 c.c.), quale compito distinto dal potere di rappresentanza negli atti civili e dalla funzione di amministrazione dei beni, dall'entrata in

vigore della legge n. 6/2004 il termine suscita particolare interesse in quanto la cura della persona diviene la finalità primaria della novella misura di protezione.

Invero, il problema su accennato della dubbia surrogabilità da parte del rappresentante al rappresentato nelle decisioni cd. esistenziali o personalissime sarebbe suscettibile di superamento alla luce della constatazione che la cura della persona non trova legittimazione nella sostituzione dell'amministratore al beneficiario nelle scelte terapeutiche. Tale schema logico-giuridico, infatti, afferisce al potere di rappresentanza, mentre l'atto di cura si esprime nel compimento di gesti e di scelte che non hanno necessariamente rilevanza come atti giuridici e che sono funzionali alla tutela dell'integrità psichica e fisica della persona al fine di assicurarne il benessere o porre rimedio al malessere.

Non a caso, nella normativa sull'amministrazione di sostegno scompare il termine "potere" e si parla di "atti di cura" o di "fini di cura della persona", come categorie ampie all'interno delle quali vanno ricomprese le scelte residenziali, l'assunzione di personale dipendente per l'assistenza e la somministrazione di terapie, l'attivazione dell'intervento dei servizi socio-sanitari, lo svolgimento di pratiche burocratiche per assicurare l'erogazione dell'assistenza da parte del servizio sanitario nazionale ed il consenso informato ad atti terapeutici.

Vale ricordare che elemento tipico dell'amministrazione di sostegno sia la funzione strumentale della gestione del patrimonio rispetto alle esigenze di cura della persona: in questa strumentalità del profilo economico si evidenzia una differente impostazione dell'impianto normativo che regola i compiti dell'amministratore di sostegno rispetto a quelli del tutore, atteso che l'amministrazione di sostegno rappresenta la risposta dell'ordinamento alle esigenze di cura e sostegno di coloro che non sono in grado di 'autodeterminarsi adeguatamente'. Invero, la distinzione tra potere di cura e potere di rappresentanza della persona disabile consente di individuare l'aspetto di maggiore modernità dell'amministrazione di sostegno rispetto alla tutela nell'attribuzione di rilevanza formale e sostanziale all'espressione di volontà del beneficiario nelle scelte di cura che lo riguardano. Volontà che non può essere ignorata.

Il legislatore del 2004 parla di bisogni e richieste del beneficiario<sup>217</sup> ed impone d'informarlo degli atti da compiere<sup>218</sup>; con riguardo alla cura della persona in senso stretto le più rilevanti scelte da compiere mediante la sottoscrizione di atti giuridici concernono soprattutto la soluzione residenziale ed il consenso informato alle terapie. Tali scelte di cura

---

<sup>217</sup> Cfr. art. 407 2° co. c.c.

<sup>218</sup> Cfr. art. 410 1° co. c.c.

non possono considerarsi atti personalissimi in senso vero e proprio: infatti, il significato tecnico di 'atto personalissimo' è quello di un atto che non può essere compiuto da altri se non dal diretto interessato. In diritto, la natura personalissima di un atto nega la possibilità di attribuire il potere di compierlo ad un rappresentante: espressi divieti in tal senso sono normativamente sanciti con esclusivo riferimento ad atti giuridici quali il matrimonio (art. 85 c.c.), il riconoscimento del figlio naturale (art. 266 c.c.), il testamento (art. 591 c.c.), la donazione (art. 774 c.c.), definiti pertanto 'atti personalissimi'. Altra cosa, però, è, come si accennava in precedenza, il potere di cura, che non presuppone il conferimento di poteri di rappresentanza.

Di là da eventuali dispute teoriche pur giustificabili data la complessità della tematica, in questo ambito non è, quindi, esatto definire l'amministratore di sostegno come rappresentante del beneficiario. Con particolare riguardo al consenso informato ad atti terapeutici, ciò che emerge è, piuttosto, la necessità di un soggetto che abbia il compito di comunicare la volontà del beneficiario, ove quest'ultimo sia nell'impossibilità di farlo, ovvero di sostenere il beneficiario nelle scelte di cura, ove quest'ultimo non sia del tutto in grado di autodeterminarsi, ovvero ancora di interpretare la volontà presunta del beneficiario (il riferimento positivo potrebbe essere alla volontà ipotetica del disegno di legge tedesco su esaminato), ove quest'ultimo non sia attualmente in grado di manifestarla e non abbia avuto in precedenza occasione di farlo espressamente.

L'amministratore di sostegno è, dunque, in primo luogo, tenuto a conoscere e rispettare la volontà del beneficiario con riguardo alle scelte di cura; analogo dovere incontra il medico che dovrà acquisire il consenso informato al trattamento sanitario, posto che il diritto alla salute e la libertà di coscienza sono beni di pari rango costituzionale.

Occorre, poi, in fatto valutare quali siano le ipotesi in cui la volontà della persona non autosufficiente possa essere concretamente conosciuta. E' lecito distinguere, in proposito, tra la volontà espressa e la volontà presunta. All'amministratore di sostegno può essere conferito il compito di comunicare la volontà del beneficiario, ove quest'ultimo sia attualmente nell'impossibilità di farlo, se in passato egli abbia espressamente dichiarato di consentire o meno a determinati trattamenti terapeutici.

Sempre nell'ambito della volontà espressa, all'amministratore di sostegno può essere conferito il compito di comunicare la volontà del beneficiario, sostenendolo nel formarsi di un determinato convincimento, ove si tratti di persona con capacità di autodeterminazione o di espressione solo parzialmente compromesse.

In ogni ipotesi in cui la disabilità non impedisca all'interessato di partecipare alla scelta, di collaborare con chi ha il compito di proteggere il suo benessere, la misura dell'amministrazione di sostegno si rivela particolarmente idonea a promuovere la finalità di rimuovere gli ostacoli che impediscono alla persona disabile di esprimersi. All'amministratore di sostegno potrà essere, inoltre, conferito il compito di comunicare la volontà presunta del beneficiario, ove quest'ultimo sia attualmente nell'impossibilità di farlo, nei casi in cui lo stile di vita, la personalità, le convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche del beneficiario suggeriscano in quale direzione egli si sarebbe orientato rispetto alla singola scelta di cura.

Può ritenersi, alla luce del dato normativo nonché avuto riguardo alle finalità della legge istitutiva, che l'amministratore di sostegno abbia la legittimazione ad esprimere il consenso informato, o a negare il consenso, ad un determinato trattamento terapeutico nell'eventualità in cui un paziente si trovi in condizione di incoscienza o limitata coscienza, ma si conosca con certezza la sua volontà con riguardo a quel determinato trattamento.

Più seria è la difficoltà di indirizzare le scelte di cura dell'amministratore di sostegno in favore di coloro che, affetti da infermità mentale congenita o incapaci di autodeterminarsi, non possano beneficiare di ipotesi ricostruttive di una loro volontà presunta. In tal caso, le scelte di cura non potranno che essere orientate dai principi generali che tutelano il diritto alla salute ed il divieto di sperimentazioni cliniche che non presentino un beneficio reale e diretto per la salute dell'interessato con un grado minimo di rischio.

L'incarico circa la scelta di cura a persona diversa dall'interessato va, in ogni caso, inteso singolarmente con riferimento al concreto trattamento sanitario che si renda necessario, contrastando con il potere di vigilanza del giudice tutelare la preventiva attribuzione in materia di un generale potere di scelta all'amministratore di sostegno.

Attualmente anche nel formante dottrinale e giurisprudenziale sembra essere prevalso l'indirizzo che ammette la possibilità di annoverare tra i potenziali compiti dell'amministratore di sostegno quello di manifestare il consenso ai trattamenti sanitari nell'interesse del beneficiario<sup>219</sup>. Nell'anzidetta prospettiva, buona parte degli interpreti<sup>220</sup> ha

---

<sup>219</sup> Sul punto cfr. Trib. Modena 28 giugno 2004, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 185, con nota di M. BARNI, *L'amministrazione di sostegno tra opzioni mediche ed autonomia del paziente*, Trib. Milano 11 marzo 2005, in *Lessico di diritto di famiglia*, 2006, 91; Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, *ivi*, 94; Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 249, con nota di E. CALO', *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali ed adeguamenti pratici*; Trib. Modena, 15 settembre 2004, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it); in dottrina v. G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno cit.*; G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, 131.

<sup>220</sup> Cfr. tra gli altri M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?* In *AA.VV.*, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi cit.*; E. CALO', *op. cit.*, 106 s.

colto significative assonanze tra le funzioni dell'amministratore di sostegno e quelle proprie del fiduciario per la salute, soggetto designato nel testamento biologico con il compito di assicurare il rispetto dei desideri del disponente e la cui attività, oltre a trovare compiuta disciplina in alcuni ordinamenti stranieri<sup>221</sup>, è stata presa in esame dagli ultimi disegni di legge in tema di direttive anticipate di trattamento. L'accostamento tra queste due figure, che consentirebbe di colmare parzialmente il vuoto legislativo in materia, è efficacemente suggerito dal disposto dell'art. 408 co. 1 c.c., in virtù del quale la scelta dell'amministrazione di sostegno può essere effettuata dallo stesso interessato in previsione della propria futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata<sup>222</sup>, sebbene tale designazione non sia assolutamente vincolante per il giudice che può sempre discostarsene in presenza di gravi motivi<sup>223</sup>.

Dunque, la giurisprudenza di merito si è orientata prevalentemente nel senso di conferire all'amministratore di sostegno il compito di rendere noti gli intendimenti in ordine alle cure manifestati dal soggetto interessato antecedentemente al sopravvenuto stato di incapacità: è l'amministratore di sostegno che deve interloquire con il personale medico formalmente in vece del beneficiario ma sostanzialmente con lui, ovvero traducendo in chiare ed attuali esternazioni la volontà già espressa dall'incapace e prestando, quindi, il consenso o il dissenso al trattamento terapeutico nell'interesse dell'incapace.

Ciò posto, deve ritenersi che le direttive anticipate, in quanto recepite nel decreto di nomina, vincolino l'amministratore e non possano essere disattese da questi, tanto più se si pensi che nello svolgimento dei suoi compiti egli deve rispettare le aspirazioni e gli interessi, anche morali, del disabile di cui si fa in buona sostanza portavoce. In tal guisa, non residuerà alcuno spazio per autonome valutazioni volte a superare o sostituire i *desiderata* del beneficiario, neppure nell'ipotesi in cui si tratti di proteggere quest'ultimo da eventuali conseguenze pregiudizievoli dei propri comportamenti<sup>224</sup>. Nondimeno, sembra lecito

---

<sup>221</sup> *Durable power of attorney for health care* nello Stato della California; *Health care representative* nello Stato dell'Oregon; *Patient advocate for health care* nello Stato del Michigan.

<sup>222</sup> Al riguardo cfr. V. ZAMBRANO, in *Amministrazione di sostegno cit.*, 151, la quale intravede nella citata disposizione "il primo significativo tassello di quel più ampio mosaico di rivalutazione legislativa della persona umana che [...] sembrerebbe destinato a completarsi con la futura (ed attesa) disciplina sul testamento di vita"

<sup>223</sup> La dottrina suole identificare i "gravi motivi" nella inidoneità del designato ad attendere in maniera adeguata alla cura dell'incapace. In tal senso cfr. tra gli altri S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit. 44. Lo stesso Autore ritiene che non si ponga alcuno ostacolo particolare, stante il silenzio della legge sul punto, ad ammettere che la nomina dell'amministratore possa essere accompagnata da una serie di indicazioni tese a guidarlo nello svolgimento dei suoi compiti, le quali, tuttavia, acquisterebbero valore vincolante solo nell'ipotesi in cui venissero recepite nel decreto di nomina, *ibidem*, 45.

<sup>224</sup> Il che, ovviamente, presuppone che il beneficiario nel momento in cui ha manifestato il proprio volere rispetto a cure o trattamenti terapeutici, anche nel senso del rifiuto degli stessi, fosse pienamente consapevole

affermare che un'eccezione a tale regola possa essere consentita laddove sopraggiungano validi motivi – il caso potrebbe essere quello della scoperta di nuove terapie – in base ai quali si possa fondatamente ritenere che la volontà espressa dal malato non rispecchi più i suoi reali interessi.

Con riferimento a quanto invece non sia stato espressamente manifestato dall'incapace, il margine di discrezionalità del sostituto sarà maggiore, sebbene, nel prestare il consenso alle cure sarà sempre chiamato a verificarne la rispondenza alle convinzioni dell'interessato, ossia ad adottare le scelte che, plausibilmente, quest'ultimo avrebbe compiuto laddove fosse stato perfettamente *compos sui*.

In realtà, il nodo nevralgico della questione non risiede tanto nel valore che le direttive anticipate vengono ad assumere nei riguardi dell'amministratore di sostegno, quanto piuttosto nella difficoltà di individuare l'efficacia che assumono nei confronti del personale sanitario. Ci si deve chiedere, infatti, se l'intervento di un terzo – portatore delle aspirazioni del malato – sia idoneo a conferire al testamento biologico la medesima impegnatività del consenso espresso personalmente e consapevolmente nell'immediatezza del ricovero. Tuttavia, se si ritiene che la legge 6/04 consenta all'amministratore di sostegno di prestare il consenso al trattamento sanitario nell'interesse dell'incapace, non si può non rispondere positivamente all'interrogativo posto: infatti, ove in linea generale e senza particolari difficoltà, si ammetta che le decisioni dell'amministratore siano idonee a vincolare il medico quando si sostanzino nel consenso che il beneficiario avrebbe presumibilmente espresso ove fosse stato capace, non possono poi ravvisarsi ostacoli ad ammettere che le determinazioni dello stesso amministratore siano idonee ad impegnare il sanitario qualora, più semplicemente, si limitino a ribadire o a precisare una chiara indicazione lasciata dal malato.

Peraltro, escluso che il consenso alle cure rientri nel novero dei cd. atti personalissimi, non si può ritenere che le determinazioni dell'amministratore, lungi dal rivestire forza giuridica vincolante, costituiscano solo un ulteriore indice volto ad orientare lo svolgimento del rapporto di cura, potendo invece il sostituto – in costante dialogo con il personale medico (in buona sostanza in tali ipotesi l'interlocutore del medico nell'alleanza terapeutica deve essere l'amministratore di sostegno) – assumere le scelte idonee a

---

delle conseguenze delle proprie decisioni, ovvero che fosse stato adeguatamente informato in merito ai rischi connessi a quel tipo di intervento al quale egli ha scelto di essere o non essere sottoposto ove si presenti la situazione concreta che giustifica il trattamento sanitario.

soddisfare il *best interest* del malato<sup>225</sup>. Del resto, in tal senso depone anche la circostanza che la *cura personae* del disabile costituisce la prioritaria funzione dell'amministratore di sostegno, il quale assicurando il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità dell'individuo, viene a rappresentare lo strumento volto a superare gli ostacoli che si frappongono alla libera e piena realizzazione della personalità del soggetto non perfettamente in grado di autodeterminarsi *ex se*<sup>226</sup>.

### 1.3 Paziente in stato vegetativo permanente e decisioni di fine vita: il caso Englaro

Sul tema sinora esaminato ulteriori aspetti di complessità emergono laddove si abbia riguardo alla situazione in cui versano pazienti in stato vegetativo permanente; tale complessità è determinata, a sua volta, da una molteplicità di fattori, tra i quali posizione preminente riveste senza dubbio la questione dell'ambito di liceità delle cc. dd. decisioni di fine vita, in particolare allorché siano qualificabili in termini di scelte eutanasiche.

Alla forma, in verità ancora incompiuta, assunta dalla tutela della volontà che si estrinsechi in un'opposizione alle cure proposte si aggiungono altri nodi irrisolti per i pazienti in stato vegetativo: anzitutto, la problematica qualificazione delle attività di alimentazione e di idratazione artificiali in termini di veri e propri trattamenti medici, che possano essere soggetti a rifiuto ovvero configurarsi come accanimento terapeutico già ad un apprezzamento oggettivo; il legame istituito tra valore legittimante del consenso all'intervento sul corpo e carattere personale, attuale e pienamente consapevole del consenso stesso; lo statuto incerto delle direttive anticipate; l'ampiezza del potere di cura e sostitutivo di un terzo in rapporto alla problematicità della decisione da assumere.

Il principio di autodeterminazione su cui si fonda la tematica del consenso informato è sintomatico di una signoria, di un dominio sulle proprie decisioni restituito alla persona; una signoria che acquisisce rilievo peculiare quando la persona di cui si tratta è un soggetto incapace, per il quale appare auspicabile l'adozione di strumenti di protezione proporzionati e non stigmatizzanti sul piano sociale, che assicurino quella partecipazione effettiva alla vita della propria comunità, da realizzare anche attraverso la manifestazione di

---

<sup>225</sup> Tuttavia, di contrario avviso è parte della dottrina. Cfr. A. GENNARI, *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Famiglia*, 4/2006, 733 ss., secondo il quale così opinando si finirebbe con l'attribuire valore legale al testamento biologico attraverso l'interpretazione di una disciplina dettata a tutt'altro fine.

<sup>226</sup> Sul punto si rivela particolarmente interessante l'analisi di G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno cit.*, 48.

un potere di scelta su situazioni personali che lo riguardino. È indubbio che in casi come questi il problema principale sia quello della modalità di manifestazione del volere da parte dell'incapace, in quanto se sinora si è cercato di dimostrare che, per quanto possibile, la volontà della persona deve essere ascoltata e conseguenzialmente rispettata, è perché appare auspicabile che le uniche situazioni in cui il soggetto sarà sostituito nella manifestazione del consenso/dissenso siano esclusivamente quelle in cui l'esigenza della sostituzione si palesi nitida in tutta la sua drammatica evidenza. Ed è proprio in queste situazioni che viene in rilievo il volere manifestato in precedenza, quando si era in condizione di piena capacità e non si versava (ancora) in quella situazione clinica che impone poi l'intervento o trattamento rispetto al quale andrebbe manifestato il volere.

Inevitabilmente, in tali peculiari circostanze, la signoria restituita alla persona entra in crisi perché viene a collidere con le tematiche di fine – vita che, solo in alcuni ordinamenti, hanno trovato riscontro in una disciplina positiva. Infatti, quando la decisione di non sottoporsi al trattamento sanitario, in precedenza espressa, attraverso quelli che si denominano variamente *living wills*, testamenti biologici, o direttive anticipate ma che designano la medesima realtà fattuale, si traduce in una decisione di morte la problematica si complica ovunque perché non è più solo il diritto ad essere coinvolto nella tematica, ma anche la religione, la filosofia, la bioetica. Sicché viene nuovamente in rilievo la scelta dell'approccio (preferibile) con cui il legislatore deve affrontare una certa problematica: diniego, diritto che attende, autonomia amministrata.

La Francia, al riguardo, ha optato per l'approccio dell'autonomia amministrata<sup>227</sup>: piuttosto che precludere l'esercizio di un diritto perché le sue estrinsecazioni concrete potrebbero confliggere con valori altrettanto fondamentali dell'ordinamento, sceglie di regolamentarlo introducendovi dei limiti che ne arginano i rischi di abuso. La Loi Leonetti del 2005 ha disciplinato, come di seguito si vedrà più approfonditamente, il testamento biologico, stabilendo che il medico deve tener conto per un massimo di tre anni delle direttive anticipate per ogni decisione sui trattamenti del paziente, sempre che il documento sia stato redatto per iscritto e conservato dal medico curante o presso il luogo di degenza. La Germania è nella fase del diritto che attende: il testamento biologico è ancora sulla carta ma giova sottolineare l'importanza di una decisione del 2003 con cui la Corte federale tedesca<sup>228</sup> ne ha sancito la legittimità, stabilendo che le direttive anticipate sono vincolanti se corrispondono esattamente alla situazione clinica concretamente verificatasi.

---

<sup>227</sup> Il tema sarà affrontato in maniera analitica nel par. III.2, A).

<sup>228</sup> Cfr. infra par. III.2, A).

L'Inghilterra, con il *Mental Capacity Act* del 2005, ha introdotto una normativa ispirata al principio, di conio giurisprudenziale, del *best interest*<sup>229</sup>, regolamentando le modalità attraverso cui possono essere assunte decisioni relative alla sfera patrimoniale e personale di soggetti che versino in una situazione di *inability to make decision*. In particolare, il *lasting power of attorney* permette ad un soggetto di conferire ad altro l'autorità di agire in sua vece, anche nelle decisioni concernenti la salute ed il benessere psicofisico del mandante. Invece, le *advance decisions to refuse treatment* consentono al soggetto maggiorenne e capace di esprimere il rifiuto anticipato ad uno specifico trattamento medico<sup>230</sup>. Ancora una volta l'approccio è quello dell'autonomia amministrata, per quanto appaia massimamente valorizzata la volontà e quindi l'autonomia del soggetto, sostituito nella decisione solo quando non abbia provveduto a nominare il *donee*.

In Italia vi è un vuoto legislativo, una lacuna, che spinge l'interprete a cercare di colmarla. In tal senso va letto il recente intervento della Corte di Cassazione che, nell'ormai celebre sentenza Englaro<sup>231</sup>, ha avuto la "*capacità di leggere il diritto per quello che è e non per quello che si vorrebbe che fosse o non fosse, assumendosi la responsabilità che è propria del giudice che di fronte a questioni difficili non le sfugge rifugiandosi in artificiose costruzioni e negando quella giustizia che i cittadini chiedono*"<sup>232</sup>. Tuttavia, non da tutti appare condivisa la lettura interpretativa proposta dalla S.C.: in particolare, si è autorevolmente sottolineata la contraddizione, insita nel sillogismo proposto, della sintesi rispetto alla tesi ed antitesi da cui si muove<sup>233</sup>.

La Cassazione sancisce a chiare lettere il diritto al rifiuto di cure da parte del soggetto capace, fondato sulle stesse norme che radicano il diritto al consenso, precisando che l'autodeterminazione terapeutica del paziente non deve incontrare un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene – vita. Tuttavia, la tematica si complica quando il

---

<sup>229</sup> Il riferimento è al noto Caso Bland, in cui la House of Lords espresse per la prima volta il principio del *best interest*. Cfr. *Airedale NHS Trust vs. Bland AC 789 – Estratti dei pareri dei giudici tradotti in italiano in Bioetica*, 1997, pp. 305 e ss.

<sup>230</sup> Ove si tratti di un trattamento di sostegno vitale, saranno necessarie, in particolare, la forma scritta, la presenza di un testimone, nonché l'esplicitazione della consapevolezza che il rifiuto del trattamento implica un rischio per la sua sopravvivenza

<sup>231</sup> Cfr. Cass. civ. n. 21748/2007.

<sup>232</sup> Sono parole di Stefano Rodotà, in *La vita e le regole*, cit., p. 247.

<sup>233</sup> Cfr. P. STANZIONE – G. SALITO, *Il rifiuto "presunto" alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*. Note a margine di Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748: gli Autori sottolineano che posta la necessità di assicurare parità di trattamento a soggetti capaci ed incapaci ed affermata la vincolatività del volere espresso dal paziente capace (consenso/dissenso), la conseguenza logica avrebbe dovuto essere quella di affermare la vincolatività in presenza di prova certa delle volontà espresse da chi è poi progressivamente o improvvisamente scivolato in uno stato di incoscienza che gli impedisce di ripeterle. Per contro la S.C. condiziona il rispetto del rifiuto di cure dell'incapace a due presupposti, l'uno l'accertamento rigoroso della condizione vegetativa irreversibile, l'altro l'incompatibilità di tale condizione con la rappresentazione di sé sulla quale la persona aveva costruito la propria vita fino a quel momento e con il modo personale di intendere la volontà individuale.

soggetto di cui si tratta è incapace di manifestare il proprio volere: è legittimo che il tutore o altro soggetto in tali situazioni chieda di interrompere cure reputate “inutili” e “sproporzionate”, facendosi portavoce di una volontà in precedenza manifestata dal paziente? Come va accertata eventualmente l’esistenza di una volontà di rifiutare le cure? Al riguardo, possono profilarsi varie situazioni: *in primis*, se il soggetto si trova in una condizione di totale incapacità e non esistono dichiarazioni anticipate di trattamento, il medico in situazioni di emergenza (stato di necessità) avrà il dovere di intervenire avendo di mira il miglior interesse terapeutico del paziente. Al di fuori di questi casi, il paziente torna a vestire il suo ruolo di protagonista nell’alleanza terapeutica col medico: ma l’effettività dell’informazione, presupposto della manifestazione di un consenso autentico, ed il coinvolgimento reale del paziente nelle scelte terapeutiche che lo riguardano possono essere posti in pericolo, dal momento che l’incapace (l’infermo, l’anziano) può non essere in condizione di partecipare coscientemente a questo momento più o meno drammatico della sua esistenza. Potrà allora il tutore svolgere il ruolo di referente soggettivo del medico nelle scelte che riguardano l’incapace? In base alle argomentazioni già esposte in precedenza, ciò deve essere possibile per colmare una lacuna, ridurre una diversità che altrimenti si tradurrebbe in un’odiosa discriminazione. Vale la pena di ribadire che il tutore non decide al posto dell’incapace o per l’incapace ma con lui, ossia nel suo interesse, ricostruendone o contribuendo a ricostruirne la presunta volontà: in tale prospettiva, l’utilità delle direttive anticipate si palesa in tutta la sua evidenza, permettendo al medico di non allontanarsi troppo dai convincimenti del paziente, che attraverso quel documento ha cercato di assicurarsi un certo margine di autodeterminazione auspicandone il fedele rispetto. L’intervento del tutore non intaccherà la sostanza della decisione della persona, ma ne completerà e ne esprimerà il contenuto, avuto riguardo alla volontà espressamente manifestata in precedenza dal soggetto poi divenuto incapace, nonché alla personalità e alle convinzioni dello stesso.

Nello svolgimento del proprio ufficio al tutore non è preclusa una valutazione, da compiersi sotto il controllo del giudice, volta a considerare le condizioni attuali in cui si attua la sopravvivenza del paziente, la loro dimensione per molti versi innaturale e la compatibilità con l’identità espressa dal soggetto prima dell’episodio traumatico che ha compromesso in modo irreversibile la sua capacità di intendere e di volere. Questa apertura costituisce il passaggio più difficile della motivazione ed è al contempo quello decisivo: richiede, infatti, un confronto diretto con il vero nucleo problematico del caso, ovvero l’ammissibilità della sostituzione nelle decisioni rivolte non già a consentire bensì a rifiutare

le cure, per la gravità delle conseguenze che ne discendono. Anche l'interruzione e la non somministrazione delle cure divengono possibile oggetto di una decisione assunta nel migliore interesse e rispettando la volontà del soggetto incapace; l'interprete è chiamato volta per volta a ricostituire le regole operanti nei casi concreti, nonostante le difficoltà di carattere tecnico – giuridico ed ancor più la drammaticità della vicenda sul piano etico.

Secondo nodo problematico affrontato dalla Suprema Corte è quello afferente il rapporto tra atti personalissimi e spazio di esplicazione della funzione sostitutiva da parte del rappresentante legale. L'espressa negazione della possibilità di un esercizio mediato dell'autonomia in relazione a diritti di carattere personale aveva condotto in passato ad un diniego di fatto di tutela: nella sentenza in commento la facoltà del tutore di assumere la decisione in luogo dell'incapace è ricondotta all'esercizio del potere di cura: invero, se in relazione agli atti personalissimi è escluso il potere di rappresentare, la tutela dei diritti che vi sono connessi richiede o di consentirne l'esercizio all'incapace, qualora egli conservi capacità di discernimento sufficiente a comprendere la portata dell'atto, oppure di affidarla al tutore<sup>234</sup>.

Invero, la puntuale ricostruzione delle basi normative e dei presupposti teorici del consenso informato non deve condurre a predicarne la necessaria personalità ed attualità quali caratteri indispensabili ed ineludibili: la prima caratteristica, infatti, avrebbe la conseguenza di determinare l'insurrogabilità della volontà del paziente e sarebbe incompatibile anche con la consueta applicazione degli istituti di protezione dell'incapace praticata nell'ambito della cura della salute; mentre, la seconda, che normalmente opera rispetto ad un paziente che sia capace di intendere e di volere, negli altri casi non può che essere riferita alla decisione proveniente dal soggetto al quale è demandata in via sussidiaria. Proprio la valorizzazione del significato culturale del principio del consenso nel rapporto terapeutico e l'articolata descrizione delle sue modalità applicative anticipano la ricerca di una soluzione per la condizione di incapacità del paziente che conduca al ripristino del dualismo nel processo di elaborazione della decisione medica. Ove non si perseguisse tale opzione ermeneutica, le alternative prospettabili sarebbero quella di affidare la scelta alla discrezionalità del professionista sanitario sulla base del suo apprezzamento oggettivo oppure di considerare indecidibile la domanda sulla prosecuzione dell'intervento di

---

<sup>234</sup> Sull'opportuna distinzione tra potere di cura e potere di rappresentare si è soffermata in dottrina in relazione a questo caso G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, II, 1180 ss.

sostentamento per i pazienti in stato vegetativo e quindi, in definitiva, la loro condizione inafferrabile dal punto di vista giuridico.

Il tutore è legittimato, pertanto, a richiedere la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali: tuttavia, a tal fine, sarà chiamato a ricostruire la volontà del soggetto nel cui interesse assume la decisione. Al riguardo, è possibile identificare tre criteri potenzialmente idonei per favorire l'emersione della volontà del soggetto incapace: 1) oggettivo, il quale presuppone la dimostrazione rigorosa del rifiuto del paziente se egli solo avesse immaginato il sopraggiungere dello stato vegetativo; 2) parzialmente oggettivo, che subordina la ricostruzione della volontà negativa alle cure all'esistenza di un principio di prova; 3) puramente oggettivo, che in nome del *best interest* del paziente, legittima la sospensione delle pratiche mediche allorché i dolori e le sofferenze derivanti dal trattamento artificiale di mantenimento in vita risultino superiori rispetto ai benefici connessi.

La S.C., nella recente sentenza, ancora l'accertamento del precedente volere del soggetto divenuto incapace a “*chiari, univoci e convincenti elementi di prova non solo alla luce di precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza*”; l'obiettivo è quello di temperare la discrezionalità con il dato oggettivo, il rischio quello di distinguere nei casi concreti vite degne di essere ancora vissute e vite che meritano di estinguersi.

Vale sottolineare che la pronuncia in esame dimostra un uso consapevole della comparazione giuridica: infatti, per inquadrare una materia non regolata compiutamente dalla legge, ma disseminata di sporadici riferimenti normativi, spesso di derivazione comunitaria o comunque posti a livello sovranazionale, ricorre ad un'ampia rassegna delle soluzioni legislative o giurisprudenziali proposte in altri ordinamenti. In questo ricco quadro di richiami a discipline e precedenti stranieri è possibile individuare le matrici dei limiti posti ai poteri del tutore: invero, il vincolo di tipo oggettivo rimanda alla nozione di *best interest*, come elaborata dalla Corti inglesi, la quale impone di ricercare sempre una soluzione che risponda al miglior interesse dell'incapace secondo l'apprezzamento dei medici, sindacabile dal giudice; il criterio di tipo soggettivo appare, viceversa, riconducibile al *substituted judgment test*, cui ricorrono soprattutto le corti nordamericane<sup>235</sup>.

Nel riprendere questi modelli – entrambi dibattuti negli ambienti di origine per la loro parzialità da un lato e per il carattere di artificiosità dall'altro – la sentenza opta per una

---

<sup>235</sup> *In re Quinlan*, 355, A.2d 647 (1976); *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497, U.S., 261, 111 L. Ed. 2d 224 (1990). Quest'ultima decisione è pubblicata anche in *Foro it.*, 1991, IV, c. 66.

combinazione tra gli stessi piuttosto che per la scelta di un unico criterio decisivo per guidare la scelta del tutore. Ne deriva un giudizio complesso che, proprio per la pluralità di fattori tenuti in considerazione, rivela maggiori possibilità di mirare realmente al *best interest* del paziente.

Entrambe le componenti nelle quali deve articolarsi lo sforzo valutativo e interpretativo del tutore sono da reputarsi necessarie, anche se nel singolo caso concreto potrebbero finire col non rivestire un rilievo paritario. La disattivazione dei presidi terapeutici è, in buona sostanza, affidata al riscontro pratico della ricorrenza di una situazione di accanimento terapeutico: in merito, giova evidenziare che la Corte di Cassazione non si arresta di fronte alla difficoltà di definire i contenuti di quella che è una nozione extragiuridica, ma contribuisce a specificarla indicando condizioni oggettive che, nella loro gravità ed irreversibilità, consentono di connotare come una forma di accanimento protrarre la vita artificialmente; tuttavia, la S.C. non ammette di affidare al puro accertamento di siffatta dimensione esistenziale la scelta in ordine alla sospensione del sostegno artificiale bensì a tale verifica sceglie di affiancare l'ulteriore elemento, quello soggettivo. Trattasi di una soluzione più affidabile per più di una ragione, prima fra tutte la valorizzazione dell'esigenza di non consentire una decisione che sia basata esclusivamente sull'apprezzamento del miglior interesse del paziente: se ad essere presa in considerazione fosse solo la situazione in cui versa concretamente il malato, a prescindere dalla sua identità di persona, a parità di condizioni oggettive l'esito del processo di decisione dovrebbe essere lo stesso, cosicché il compito del tutore ne uscirebbe affatto sminuito, mentre assumerebbe rilievo preponderante il giudizio medico sulla ricorrenza di un determinato stato clinico che, una volta che sia compiutamente definito, potrebbe evocare la qualifica di accanimento per ogni intervento diretto a prolungarlo. Invero, ove si creasse una corrispondenza tra obiettive condizioni di vita e giudizio sulla loro accettabilità o meno ovvero tra la natura invasiva del trattamento necessario a conservarle e la valutazione di contrarietà alla dignità della persona, si correrebbe il rischio di innescare automatismi potenzialmente idonei a contraddire sia la tutela della personalità del malato sia il rispetto del ruolo di cura attribuito al tutore. Così, eventuali direttive anticipate non rivestirebbero un peso decisivo, se orientate in senso opposto a quello verso cui viene indirizzato l'esame obiettivo; coloro che si prendono cura del soggetto incapace finirebbero così per vedere ridotta la propria partecipazione al processo decisionale fino all'ipotesi estrema in cui questa sia assunta

contro la loro volontà o con una scelta attributiva qualora più soggetti che assolvono ai compiti di assistenza materiale abbiano opinioni contrastanti<sup>236</sup>.

A tal proposito vale considerare che nell'ambiente anglosassone, dove le Corti fanno uso del *best interest*, approccio favorito rispetto al *substituted judgment test*, il recente intervento legislativo (Mental Capacity Act del 2005) accoglie il primo schema per ogni rilevazione di decisioni riguardo ai soggetti incapaci di intendere e di volere o, più precisamente, di decidere per se stessi (*section 3*). Tra le "circostanze rilevanti" cui guardare per ricercare il miglior interesse della persona vengono indicati i suoi desideri e sentimenti presenti e passati, le convinzioni ed i valori personali, nonché ogni altro fattore che la persona interessata avrebbe verosimilmente preso in considerazione nella decisione: elementi che, combinati tra loro, consentono di formulare un'ipotesi sulla decisione che il malato avrebbe assunto per sé ove fosse stato capace, piuttosto che valere ad esprimere un giudizio obiettivo sulla natura e l'utilità del trattamento somministrato e sul carattere proporzionato rispetto ai benefici che se ne ottengono (*section 4*)<sup>237</sup>. Invero, sembra che proprio la scelta positiva anglosassone di operare una fusione tra i due criteri, in cui la valutazione obiettiva della condizione di sopravvivenza del paziente si svolge alla luce delle sue personali inclinazioni, abbia ispirato la Cassazione nella sentenza citata: il risalto attribuito alla volontà eventualmente manifestata, in un momento anteriore al sopravvenuto stato vegetativo oppure, in assenza di dichiarazioni espresse in qualunque forma, ai convincimenti personali, è finalizzato a combinare tra loro la funzione di cura attribuita al tutore ed il rispetto dell'identità della persona che gli è affidata.

Nondimeno, la mancanza di disciplina legislativa impedisce alla Suprema Corte di assegnare valore vincolante ed insindacabile alle direttive eventualmente redatte dal malato quando versava ancora in una condizione di coscienza e dunque di capacità di manifestare il consenso/dissenso al trattamento terapeutico: benvero, le caratteristiche estrinseche di una manifestazione di volontà anticipata, la mancanza di attualità, l'incompletezza del carattere informato, la probabile carenza di specificità sono tali da suggerire che alla stessa debba darsi esecuzione non in modo pedissequo ma coordinando il suo contenuto con la considerazione degli interessi attuali del malato. Altrettanto, ove si tratti di evincere, al fine di assumere la decisione in luogo dell'incapace, quel volere non manifestato ma soltanto

---

<sup>236</sup> È quello che è accaduto nel paradigmatico caso di Terri Schiavo, come documenta B. BOLOGNA, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quad. cost.*, 2005, 404 ss.: proprio il conflitto tra i *carers* ha determinato il moltiplicarsi dei ricorsi che hanno dato luogo alla complicata vicenda giurisdizionale.

<sup>237</sup> Per una analisi dei contenuti della legge cfr. S.D. PATTINSON, *Medical Law and Ethics*, London, 2006, 145 ss.; inoltre, cfr. *infra* par III.2 lett. A) per una disamina più approfondita di ulteriori aspetti, inerenti l'oggetto della presente ricerca, affrontati nel Mental Capacity Act.

presunto desumendolo da convincimenti etici o religiosi, ovvero dalla personalità individuale del malato, non potrà prescindere dalla sua presente dimensione esistenziale.

Nel dibattito filosofico la discussione sulla validità e sull'efficacia del *living will* si incentra sostanzialmente sulla dissociazione tra il momento in cui il volere viene espresso e quello in cui è destinato ad essere applicato, coinvolgendo da un lato la prospettiva del conflitto eventuale tra modalità di esercizio della *prospective autonomy* e *best interests* attuali<sup>238</sup> e, dall'altro, la possibile “*discontinuità non tanto tra stati di capacità, ma tra stati di identità della persona*” che porta a chiedersi se “*il soggetto che ha deciso e dato la direttiva è lo stesso sul quale la decisione dovrebbe operare*” e se ci sia “*tra i due stati una continuità sufficiente*”<sup>239</sup>.

Tali obiezioni, tuttavia, non sono insuperabili: del resto, il testamento biologico nasce nell'elaborazione teorica proprio allo scopo di bypassare la problematica della perdita della capacità naturale che reca con sé l'impossibilità di manifestare una volontà contestuale. La non integrale corrispondenza agli intendimenti ed ai bisogni del disponente nel momento in cui il volere dovrà essere attuato non rende lo strumento del tutto inutilizzabile, al più richiedendo che la volontà sia presa in considerazione all'atto della sua formulazione nonché vagliata da chi dovrà darvi esecuzione. Invero, ove si negasse la possibilità stessa di formulare dichiarazioni anticipate si inciderebbe in maniera sproporzionata sulla libertà di determinarsi in ordine alle cure, compromettendo proprio quel bene, l'autonomia individuale, che si intende salvaguardare richiedendo l'assoluta contestualità tra consenso (dissenso) informato ed intervento medico<sup>240</sup>.

Nondimeno, nella consapevolezza delle caratteristiche che complicano l'alleanza terapeutica che si fonda sulle direttive anticipate, un sistema per superare quelli che sono veri e propri limiti estrinseci sarebbe quello di farne precedere l'attuazione da una diretta osservazione della posizione complessiva dell'incapace e dei suoi eventuali “*interessi di esperienza*”, qualora confliggano con quegli “*interessi critici*” che hanno trovato espressione nell'esercizio prospettico dell'autonomia<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Il riferimento è a R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (trad. it. di *Life's dominion*, 1993), Milano, 1994, 311 ss.

<sup>239</sup> Questi gli interrogativi che sul tema di pone P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in Atti del Seminario di studi su *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl. fasc. 4, 5 s. La concezione circa la possibile successione tra stati di identità dello stesso individuo risale a D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford – New York, 1984.

<sup>240</sup> Delle dichiarazioni anticipate di trattamento può essere salvaguardato proprio il senso di rendere possibile un rapporto tra il medico ed il paziente nelle situazioni estreme in cui quest'ultimo non possa prendervi parte in maniera consapevole: cfr. sul punto S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, 306 s.

<sup>241</sup> La distinzione tra *critical interests*, che riflettono gli obiettivi e le scelte di vita autonomamente determinati dalla persona, ed *experiential interests*, che esprimono la gratificazione più immediata che si trova in attività piacevoli, viene argomentata da R. DWORKIN, *op. cit.*, 277 s., il quale conclude per la superiorità dei primi e

Del resto, non a caso, anche nelle legislazioni che hanno attribuito valore giuridico al testamento di vita, sono state ideate clausole che permettano di discostarsi dalla volontà in precedenza manifestata ove essa si riveli non più aderente alla realtà attuale del paziente ed in grado di rispecchiare autenticamente la sua attitudine personale<sup>242</sup>.

È inevitabile, stante la delicatezza degli interessi coinvolti nonché l'assenza di direttive chiare e precise da parte del legislatore, che si affastellino dubbi ed incertezze e che nell'ordinamento italiano non si riesca, allo stato attuale, a dare una risposta di tutela forte ed univoca a situazioni, dalla drammaticità spiccata e purtroppo piuttosto frequenti, consimili con quella di Eluana Englaro.

Le difficoltà maggiori sono tutte legate ad un drammatico interrogativo: chi può decidere, se non il suo legittimo titolare, che una vita è diventata indegna di essere vissuta? Al cospetto di un tal tipo di dilemma, non può non rilevarsi che sarà difficile trovare direttive anticipate chiare ed inequivocabili nel senso della volontà di interrompere una vita artificiale, presumibilmente invisa a chiunque abbia avuto modo, anche solo per un momento, di fermarsi a pensare a tali tragiche evenienze; di fatto, saranno altre persone a decidere il da farsi, il medico, i familiari, il tutore; nella sostanza, spesso nessuno deciderà.. La soluzione auspicabile è, comunque, quella di un intervento legislativo, perché il vuoto normativo è una non – scelta di per sé assolutamente inaccettabile, attesa l'indiscutibile necessità di conformare il dato giuridico alla realtà in evoluzione.

I disegni di legge all'esame del Parlamento italiano sono molteplici<sup>243</sup>; il raffronto con la disciplina di altri ordinamenti è positivo e vantaggioso sempre che non si smarrisca il significato ultimo della comparazione che consiste nel disvelare e poi armonizzare le diverse sfaccettature delle singole realtà ordinamentali. Occorre individuare il giusto mezzo tra la ricerca della volontà a tutti i costi che spinge gli ordinamenti di Common Law a ritenere valide dichiarazioni di volontà del tutto ipotetiche e l'eccessiva oggettivizzazione che finisce col restituire al medico (sebbene attraverso decisioni collegiali, come accade in Francia) il ruolo di unico soggetto deputato alle scelte terapeutiche; occorre dotare il giudice chiamato a legittimare l'intervento di un sostituto del titolare del bene degli strumenti idonei per decidere, suffragato dal diritto scritto oltre che da quei principi fondamentali tante volte richiamati ma molto spesso rivelatisi troppo eterei.

---

la necessità di dare loro prevalenza ove si trovino in posizione conflittuale con i secondi. In tal senso è anche N. RHODEN, *The limits of Legal Objectivity*, 68, *North Carolina L. R.* 858 (1990).

<sup>242</sup> Basti pensare ai presupposti di *validity* ed *applicability* ai quali il Mental Capacity Act subordina l'efficacia delle direttive anticipate (*section 25*).

<sup>243</sup> Tra gli altri cfr. disegni di legge nn. 3/06, 357/06, 433/06 nonché 542/06, per cui vedi *infra*.

In astratto, l'incapace è un soggetto di diritto, la cui autodeterminazione conta quanto quella della persona capace. Nella pratica vi sono ancora troppi ostacoli, e non si intende riferirsi soltanto alla mancanza di leggi o di restrizioni normative ma a veri e propri ostacoli materiali (assenza di strutture idonee per i malati di mente che siano di concreto sostegno alle famiglie) che impediscono di eliminare le diseguaglianze sostanziali ed emarginano in fatto il soggetto che, nei principi, è degno di essere chiamato persona.

## 2. Direttive anticipate di trattamento: le scelte dei paesi europei

Nessuno può dire di non avere mai avuto, per un attimo o per tutta la vita, paura della morte. Ma la nostra generazione, e ancor più quella futura, cui la scienza ha regalato la possibilità di un'esistenza più lunga e più sana, si trova oggi ad affrontare una nuova forma di angoscia: la paura della non – vita o della non – morte. Le capacità di intervento di una medicina moderna che ci cura sempre di più, ma non per questo ci guarisce di più, è cresciuta in misura progressiva fino a conquistare la possibilità di mantenerci tecnologicamente in una vita artificiale, in uno stato intermedio tra la vita e la morte, talvolta anche doloroso, che è destinato ad inquietare più della morte stessa e che pone di fronte a dilemmi sconosciuti alla storia ed al pensiero.

Il percorso argomentativo sinora seguito ha più volte lambito la tematica del testamento biologico, che necessariamente viene ad intrecciarsi con le questioni connesse alla manifestazione del consenso/dissenso all'atto terapeutico da parte del soggetto incapace. Del resto, come, se non attraverso la ricostruzione di un volere in precedenza manifestato ovvero soltanto implicitamente contenuto nei comportamenti e nelle esperienze di vita vissuta anteriormente al sopravvenuto stato di incapacità, sarebbe possibile assicurare anche a soggetti non in grado di intendere e di volere, ossia privi di quella capacità di discernimento all'uopo necessaria, l'esercizio di una libertà individuale così importante, ineludibile, quale quella di determinarsi in ordine alle cure cui sottoporsi?

Tale volere è suscettibile di essere ricostruito con un margine di certezza proporzionato al grado di specificità delle direttive eventualmente redatte dalla persona interessata nel momento in cui era pienamente capace ed in grado di comprendere le conseguenze delle proprie scelte.

Numerose sono le questioni sollevate dalla tematica del testamento biologico; di là da qualsivoglia pretesa di completezza, si cercherà di fornire un quadro il più possibile dettagliato dello stato attuale delle normative europee, evidenziandone i caratteri peculiari e

soprattutto gli aspetti di rilievo, anche ai fini dell'individuazione di linea guida per la creazione di una disciplina *ad hoc* nell'ordinamento italiano, dove non si è riusciti ad andare oltre la presentazione di alcuni disegni di legge più o meno idonei a fornire la risposta adeguata alle sempre più pressanti istanze di tutela.

## 2.1 Testamento biologico: l'approccio degli ordinamenti europei

In Francia, la legge n. 2005-370 del 22 aprile 2005, già più volte citata, “relativa ai diritti del malato ed alla fine della vita”, è scaturita da uno specifico dibattito parlamentare, iniziato nell'ottobre 2003 con l'istituzione, presso l'Assemblea Nazionale, di una Commissione conoscitiva sull' “accompagnamento alla fine della vita”<sup>244</sup>.

La legge si compone di quindici articoli, che incidono sostanzialmente sulle disposizioni del *code de la santé publique*; in primo luogo viene modificato l'articolo L. 1110-5 del code, relativo al diritto della persona a ricevere le cure più appropriate: gli atti di prevenzione, indagine o cura non debbono essere perseguiti con un'ostinazione non ragionevole, ovvero quando essi appaiono inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il mantenimento in vita artificiale, possono essere sospesi o non iniziati e, in questo caso, il medico è tenuto a salvaguardare la dignità del malato nonché ad assicurare la qualità della sua vita, ricorrendo a terapie palliative. Inoltre, qualora il medico constati che un trattamento antidolorifico risulti efficace per alleggerire le sofferenze di un malato in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, vi può ricorrere, anche se ciò comporti come effetto secondario di abbreviare la vita, a condizione che il malato, oppure il suo fiduciario (eventualmente designato) e la famiglia o (in mancanza di essa) un parente, ne siano informati.

Modificando l'articolo L. 1111-4 ed inserendo l'articolo L. 1111-13 nel *code de la santé publique*, la legge in esame autorizza il medico, nel quadro di una procedura collegiale, a prendere la decisione (benché la medesima sia suscettibile di porre il paziente in pericolo di vita) di limitare o interrompere il trattamento, nel caso in cui la persona malata non sia in grado di esprimere la propria volontà.

---

<sup>244</sup> Per una disamina dei contenuti della riforma cfr. il rapporto finale del presidente della Commissione, M. Jean Leonetti, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de la vie*, n. 1708, del 30 giugno 2004.

Giova evidenziare che, in attuazione di tale novella legislativa, è intervenuto il decreto n. 2006-120 del 6 febbraio 2006<sup>245</sup>. Il decreto modifica l'articolo R. 4127-37 del *code de la santé publique*, disciplinando la facoltà del medico di astenersi da ogni accanimento terapeutico, nel caso in cui le terapie siano inutili e sproporzionate o abbiano il solo effetto del mantenimento in vita artificiale. Il provvedimento definisce le modalità della procedura collegiale summenzionata, da attuarsi nel caso di impossibilità, da parte del paziente, di esprimere la propria volontà: la decisione in merito deve essere presa dal medico curante, previa concertazione con l'*équipe* medica, se esistente, e su parere motivato di almeno un medico, in qualità di consulente; inoltre, può essere acquisito, su richiesta di uno dei due medici suddetti, il parere di un secondo medico consulente. La decisione deve tener conto degli orientamenti che il paziente possa aver espresso anteriormente - in particolare, nelle eventuali direttive anticipate -, del parere del fiduciario, eventualmente designato, nonché della famiglia, o, in mancanza di essa, di uno dei parenti. Se il paziente è un minore o un maggiorenne sotto tutela, il medico consulta anche gli esercenti la potestà parentale o la tutela, a meno che non ricorra una situazione di particolare urgenza; vale precisare che, alla luce del chiaro dettato normativo, la decisione del medico dovrà essere adeguatamente motivata<sup>246</sup>.

La novella legislativa ha, altresì, inserito gli articoli L. 1111-10 e L. 1111-11 nel *code de la santé publique*. L'articolo L. 1111-10 prevede che, se una persona, in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, decide di limitare o interrompere ogni trattamento, il medico è tenuto a rispettarne la volontà - dopo aver informato il paziente sulle conseguenze della scelta -, salvaguardando la dignità del medesimo e assicurando la qualità della sua vita con il ricorso a terapie palliative<sup>247</sup>.

Inoltre, l'articolo L. 1111-11 prevede la possibilità, per un soggetto maggiorenne, di formulare direttive anticipate (*directives anticipées*): esse indicano gli orientamenti del soggetto relativamente alle limitazioni o cessazioni di trattamenti medici (con riferimento agli eventuali casi in cui egli non sia più in condizione di esprimere la propria volontà) e sono revocabili in ogni momento. Tali direttive rilevano soltanto quando siano state redatte a

---

<sup>245</sup> In *Journal Officiel* n. 32 del 7 febbraio 2006, consultabile su [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>246</sup> Essa, insieme con le suddette motivazioni, nonché con tutti i pareri raccolti e gli atti relativi alla concertazione dell'eventuale *équipe* medica, è inserita nella cartella clinica del paziente.

<sup>247</sup> Il diritto al consenso informato del paziente è, in via generale, disciplinato dall'articolo L. 1111-4 del *code de la santé publique*. Quest'ultimo prevede - salva appunto l'applicazione della disciplina specifica summenzionata - che, qualora il rifiuto, da parte del paziente, del trattamento o la sua volontà di interromperlo lo pongano in pericolo di vita, il medico deve cercare di convincerlo ad accettare le cure indispensabili (egli può, al riguardo, ricorrere all'aiuto di un altro medico). In ogni caso, il malato deve reiterare la propria decisione dopo un termine ragionevole.

distanza di meno di tre anni dalla perdita di coscienza del soggetto stesso, restando così valide per tutta la durata di tale stato del paziente. Fatta salva tale condizione temporale, il medico deve tener conto delle direttive anticipate per ogni decisione su indagini, interventi o trattamenti relativi al paziente.

Il decreto n. 2006-119 del 6 febbraio 2006 ha dettato le disposizioni regolamentari in materia di direttive anticipate, inserendo (tra l'altro) gli articoli da R. 1111-17 a R. 1111-20 nella parte regolamentare del *code de la santé publique*. In particolare si prescrive (articolo R. 1111-17), per tali direttive, la forma del documento scritto, datato e firmato dall'autore (con indicazione del nome, cognome, data e luogo di nascita)<sup>248</sup>. Le direttive anticipate possono essere modificate, parzialmente o totalmente, secondo le modalità summenzionate oppure essere revocate in qualunque momento senza formalità (articolo R. 1111-18). La durata triennale può essere rinnovata con semplice decisione firmata, sul documento originario, dal soggetto (o, in caso di impossibilità del medesimo, attestata secondo la procedura sopra ricordata). Ogni modifica delle direttive vale come conferma delle stesse; di conseguenza, da ogni modifica decorre un nuovo termine di tre anni. Le direttive (articolo R. 1111-19), al fine di essere facilmente accessibili dal medico che deve assumere, nel quadro della procedura collegiale sopra ricordata, una decisione, sono conservate nella scheda del medico curante o di un altro medico scelto dal paziente o, nel caso di degenza in ospedale, nella cartella clinica. In alternativa, tali documenti (scheda o cartella clinica) possono limitarsi a far riferimento all'esistenza delle direttive anticipate (e alla persona che ne è in possesso), nel caso in cui il soggetto preferisca conservarle presso di sé oppure presso il fiduciario eventualmente designato o, in mancanza di questi, presso un familiare o un parente. Il medico, qualora intenda prendere una decisione in merito alla limitazione o alla cessazione di un trattamento e le direttive anticipate non compaiano nella cartella in suo possesso, deve accertarsi della loro eventuale esistenza presso il fiduciario, se nominato, o presso la famiglia o, in mancanza, i parenti o presso il medico curante ovvero presso il medico che ha indirizzato a lui stesso il paziente (articolo R. 1111-20). L'articolo L. 1111-12 del *code de la santé publique* (articolo sempre inserito dalla legge n. 2005-370) prevede che, qualora una persona, non più capace di esprimere la propria volontà ed in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, abbia nominato un fiduciario, il parere di quest'ultimo, salvo casi di urgenza o di impossibilità, debba prevalere su ogni altro parere

---

<sup>248</sup> Giova aggiungere che nel caso in cui l'autore sia in condizione di esprimere la propria volontà, ma nell'impossibilità di scrivere e firmare, due testimoni - uno dei quali deve essere il fiduciario eventualmente designato - attestano che il documento redatto è espressione della libera volontà del soggetto.

non medico, tranne che sulle direttive anticipate, nelle decisioni circa le indagini, gli interventi o i trattamenti medici.

Con riferimento alla figura, più volte menzionata, del fiduciario, vale ricordare che essa è stata definita dall'articolo L. 1111-6 del *code de la santé publique*, articolo inserito dalla legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002: quest'ultimo prevede la possibilità, per i maggiorenni, di indicare un fiduciario, che può essere un familiare, un parente o il medico curante, da consultare nel caso di sopravvenienza dello stato di incapacità di esprimere la propria volontà. La nomina deve essere fatta per iscritto ed è revocabile in qualunque momento. In qualsiasi forma di ricovero in ospedale, il paziente viene invitato a nominare un fiduciario, e tale designazione rimane valida (salvo che il malato disponga diversamente) per il periodo della degenza. Le disposizioni in esame sulla figura del fiduciario non si applicano in presenza di una misura di tutela. Peraltro, il giudice tutelare può sia confermare l'incarico del fiduciario, nominato prima dell'adozione della misura di tutela, sia revocare il medesimo incarico.

Nell'ordinamento tedesco, il testamento biologico non è stato ancora oggetto di una disciplina normativa specifica, sebbene trovi impiego nella pratica e conferma nella giurisprudenza. Con la sentenza del 17 marzo 2003<sup>249</sup>, già citata in precedenza, la Corte suprema federale è intervenuta in merito, esprimendosi nel senso della legittimità e del carattere vincolante della *Patientenverfügung*<sup>250</sup>. In particolare, la Corte ha affermato che tale atto di disposizione costituisce una specifica forma di dichiarazione di volontà, con la conseguenza che, con riferimento allo stesso, trovano applicazione le regole generali relative a tali atti. Pertanto, perché la *Patientenverfügung* sia efficace, è necessario che essa contempli esattamente la fattispecie oggetto della decisione. Giova evidenziare che, secondo la Corte, la forma scritta non costituisce un requisito necessario, anche se di indubbia rilevanza pratica a fini probatori; inoltre, l'atto di disposizione è suscettibile di essere revocato o modificato in qualsiasi momento dal soggetto interessato, che può altresì liberamente decidere se avvalersi o meno dell'opera di un professionista (delle discipline giuridiche o mediche).

La Corte riconduce la natura vincolante della *Patientenverfügung* al diritto di autodeterminazione dell'individuo, in quanto il principio della tutela della dignità umana (stabilito dall'articolo 1, comma 1, della Legge Fondamentale - *Grundgesetz* -) impone che

---

<sup>249</sup> BGH XII ZB 2/03.

<sup>250</sup> Letteralmente, l'atto di disposizione del paziente. Tale nozione è stata preferita a quella di *Patiententestament*, nozione comunque in uso, ma giudicata da taluni equivoca.

una decisione, presa da un soggetto nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali, debba essere rispettata, anche qualora sia sopravvenuto uno stato d'incapacità. Quanto al contenuto dell'atto, in base ai criteri elaborati dalla pratica: esso si compone di un preambolo e di una parte dispositiva, nella quale si definiscono i medicinali e gli analgesici da somministrare, nelle dosi necessarie; al testo sono allegati la diagnosi del medico (se formulata) e la sua valutazione (se esistente) in ordine agli eventuali benefici che il paziente potrebbe ottenere, se tenuto in vita artificialmente; il documento si chiude con l'autorizzazione a comunicarne il contenuto al medico curante, al personale medico, paramedico e ospedaliero.

Giova, inoltre, evidenziare, che sia la figura della *Betreuungsverfügung*<sup>251</sup> (nomina di un curatore) sia quella della *Vorsorgevollmacht* (mandato preventivo a gestire i propri beni) possono essere impiegate quali modalità di gestione di questioni attinenti a trattamenti medici per il caso di futura incapacità di un soggetto. Se le volontà in merito di quest'ultimo sono esplicitate nell'atto di nomina del curatore o del mandatario, tali soggetti non possono discostarsi dalla volontà così espressa, come ha affermato (incidentalmente) la Corte suprema federale nella citata sentenza. Quest'ultima decisione riguardava, tuttavia, una fattispecie diversa: il curatore era stato nominato di ufficio dal giudice tutelare, e, quindi, ovviamente, nell'atto di nomina non vi erano manifestazioni di volontà da parte del soggetto interessato; inoltre, questi aveva espresso la sua volontà, ma in forme incerte e difficilmente considerabili come un testamento biologico. In tale contesto, la Corte ha stabilito che, nell'ipotesi di difformità di vedute tra il medico ed il curatore in merito all'opportunità di proseguire il mantenimento artificiale in vita del paziente e all'interpretazione della volontà di quest'ultimo (nel caso di specie, il medico si opponeva alla richiesta, avanzata dal curatore, di interruzione dell'alimentazione del malato), la decisione finale spetta al giudice tutelare.

È opportuno segnalare che la materia del testamento biologico costituisce, da lungo tempo, oggetto di dibattito, sia all'interno delle categorie di professionisti interessate (medici, avvocati, notai) sia a livello parlamentare e governativo. Al riguardo, deve evidenziarsi che la materia è stata all'ordine del giorno del 66° *Deutsche Juristentag*<sup>252</sup>, che ha

---

<sup>251</sup> Tale figura è disciplinata dalla legge di riforma del diritto di tutela e curatela per maggiori di età del 12 settembre 1990 - *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für volljährige (Betreuungsgesetz)* -, BGBl. I 1990, pag. 2002, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

<sup>252</sup> Trattasi di un consesso di giuristi (avvocati, magistrati, pubblici funzionari), che, dal 1860, si riunisce ogni due anni, al fine di valutare l'opportunità di richiedere l'adozione di nuove normative (nelle varie branche del diritto) o la modifica di disposizioni in vigore.

concluso i propri lavori il 20 settembre 2006, pronunciandosi a favore di una chiara disciplina normativa del testamento biologico la quale ne definisca requisiti e validità.

In particolare, la *Patientenverfügung* andrebbe redatta in forma scritta o documentata mediante video, e dovrebbe essere priva di vizi del consenso (errore, violenza, dolo). In caso di assenza di un testamento biologico scritto e di incapacità del paziente, occorrerebbe determinarne la volontà presunta mediante decisione del giudice tutelare.

In tale contesto ben si colloca la disamina del recente disegno di legge presentato da 46 membri della maggioranza politica e 13 membri dell'opposizione al Parlamento tedesco, il quale è finalizzato ad introdurre maggiore chiarezza nel settore della *Patientenverfügung*, chiarendo in quali situazioni il testamento biologico dovrà considerarsi vincolante e in quali casi dovrà essere adito il giudice tutelare. Il disegno di legge, si limita a disciplinare solo gli aspetti indispensabili onde garantire l'effettiva attuazione del diritto di autodeterminazione del paziente, evitando in questo modo un'iper-regolamentazione che minerebbe l'obiettivo primario del disegno di legge elaborato. All'uopo, nel progetto si prevede la inclusione di tre nuovi articoli (§§ 1901b, 1901c, 1901 d) che dovrebbero completare il titolo dedicato all'amministrazione di sostegno (*Betreuungsrecht*) nel Codice civile tedesco (BGB). Secondo il nuovo § 1901b BGB dovrebbero rientrare nella *Patientenverfügung* tutte le dichiarazioni relative al trattamento nonché le decisioni relative al consenso o rifiuto di determinate o determinabili misure mediche espresse da una persona fisica capace d'intendere e di volere. Viene precisato che la volontà del paziente, ancorché implicita e presunta, conserva la sua piena validità a prescindere dal tipo e dal grado della malattia e, soprattutto, a prescindere dalla sopravvenuta perdita della capacità d'intendere e di volere del paziente, salvo che quest'ultimo l'abbia revocata o risulti altrimenti che non intende più tenerla ferma. È l'amministratore di sostegno (o, in alternativa alla persona a ciò delegata) funzionalmente deputato a garantire l'effettiva attuazione della volontà espressa dal paziente. Al fine di garantire la piena esplicazione del diritto di autodeterminazione del singolo, la *Patientenverfügung* non dovrebbe richiedere particolari formalità (§ 1901c): sarebbe, cioè, sufficiente la forma scritta con indicazione della data e del luogo di formazione dell'atto; la dichiarazione andrebbe poi confermata a scadenze regolari per conservarne l'attualità.

Per quanto concerne l'individuazione della volontà del paziente nell'ipotesi in cui sia venuta meno la sua capacità d'intendere e di volere, il § 1901d prevede che il medico dovrà discutere le terapie indicate con l'amministratore di sostegno o comunque con la persona all'uopo delegata, tenendo conto della *Patientenverfügung* redatta dal paziente. All'amministratore di sostegno spetterà il compito di consentire, nei limiti della volontà del

paziente come espressa nel testamento biologico, all'adozione delle terapie proposte dal medico. Qualora, tuttavia, dovessero sorgere dei dubbi circa l'effettivo significato della volontà espressa dal paziente nel testamento biologico che non poteva prevedere ogni possibile futura situazione, il medico e l'amministratore di sostegno dovranno consultare le persone direttamente coinvolte nella cura del paziente (personale di cura, personale sanitario ecc.), le persone strettamente legate allo stesso (coniuge, convivente omosessuale, genitori, genitori affidatari, figli) nonché le altre persone espressamente indicate dal paziente a tale fine.

In via eccezionale, è previsto l'obbligo di ricorrere al giudice tutelare a condizione che: a) il dissenso o la revoca del consenso espressi dall'amministratore di sostegno (o dalla persona a ciò delegata) impedisca trattamenti che avrebbero l'effetto di allungare o di conservare la vita del paziente e che b) il medico e l'amministratore di sostegno, nonostante le consultazioni con le persone sopra indicate, non siano riusciti a trovare un accordo sul significato della volontà dichiarata dal paziente nella *Patientenverfügung* (§1904 c. 2).

Nel Regno Unito, il testamento biologico (*living will*) non è espressamente previsto dalla disciplina legislativa, ma è riconosciuto da una consolidata giurisprudenza, che ne ha delineato le condizioni di validità. Il punto di partenza di quest'orientamento giurisprudenziale è il caso *Bland*, deciso nel 1993 dalla Corte Suprema del Regno Unito (*Divisional Court*). Il quesito implicato dal caso ineriva la legittimità o meno dell'interruzione dell'alimentazione artificiale e della somministrazione di farmaci antibiotici, nel caso di un paziente in "stato vegetativo permanente" e senza possibilità scientifica di riprendere coscienza - interruzione a cui naturalmente sarebbe conseguita la morte del malato -. Tre dei giudici espressero l'opinione che il medico che compia l'omissione manifesti un'intenzione di uccidere, ma tutti e cinque i giudici concordarono sulla tesi che, nella fattispecie in esame, non comportassero responsabilità - né civile né penale - gli atti di interruzione suddetti. La Corte ritenne che i medici non avessero l'obbligo di somministrare trattamenti che fossero inutili, secondo una valutazione scientifica della condizione di vita del paziente, e che non rispondessero al suo migliore interesse. In tali circostanze, secondo la Corte, qualora il paziente non sia in grado né di accettare né di rifiutare il trattamento e non abbia espresso in precedenza una volontà, i medici sono tenuti a decidere dopo averne discusso con i familiari. La decisione del caso *Bland* riconosce, quindi, anche la legittimità delle dichiarazioni di volontà anticipate del paziente. Secondo l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi, la validità del testamento biologico è subordinata alle seguenti condizioni: - che le indicazioni siano state formulate dal malato

nel possesso della capacità di intendere e volere; - che egli abbia preso in considerazione l'esatta situazione fisica e psichica nella quale si potrebbe venire a trovare; - che abbia pienamente valutato le conseguenze del rifiuto del trattamento medico; - che la volontà non sia stata espressa in base all'influenza di terzi; - che il soggetto non abbia cambiato parere dopo la redazione delle medesime direttive. Nel caso in cui il paziente (divenuto incapace di intendere e volere) non abbia, invece, predisposto previamente un testamento biologico, i medici - come affermato anche nella citata sentenza sul caso *Bland* - non sono vincolati dagli orientamenti dei familiari, né da quelli del rappresentante terapeutico eventualmente nominato in precedenza dal malato.

I medici adottano, quindi, in tale ipotesi, le decisioni nell'interesse del paziente, tenendo conto di alcuni elementi, quali la volontà presunta dello stesso, il parere dei familiari e dell'eventuale rappresentante terapeutico, i prevedibili miglioramenti dello stato di salute. In caso di dubbio se mantenere o meno un trattamento di sopravvivenza, i medici sono tenuti a domandare un parere giuridico (per esempio, alle loro associazioni professionali o all'avvocato del loro datore di lavoro).

Si osserva, inoltre, che, nel Regno Unito, i codici di condotta professionale richiedono, come principio deontologico per il medico, una decisione giudiziaria preventiva (nell'ipotesi in cui il paziente si trovi in una situazione di stato vegetativo permanente); tuttavia, tali codici non hanno rilevanza giuridica, quanto meno in via diretta.

## 2.2 Il complesso percorso italiano: alcuni disegni di legge

Nel nostro ordinamento, il percorso verso la legge sul testamento biologico si è più volte arenato, nonostante alcuni dei disegni di legge presentati al Parlamento si siano rivelati piuttosto convincenti sotto diversi profili: tuttavia, la complessità della tematica, in uno ad ostacoli di carattere talvolta politico, talaltra religioso hanno impedito l'adozione in concreto della disciplina tanto auspicata.

Appare, all'uopo, opportuno dar conto di alcuni tra i progetti di legge sinora presentati al fine di comprendere al meglio l'attuale stato dell'arte in Italia, consci del fatto che la Corte di Cassazione nel caso Englaro è intervenuta *sì praeter legem* ma in attuazione di principi ben radicati nel nostro ordinamento e costituzionalmente tutelati, nonché della circostanza che anche nella giurisprudenza di merito<sup>253</sup> non si è esitato dal provvedere nelle

---

<sup>253</sup> Cfr. Tribunale di Modena, ufficio del Giudice tutelare, decreto 28 maggio 2008. Su [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

situazioni concrete riconoscendo alla nuova figura dell'amministrazione di sostegno quel ruolo di *nuncius* del volere del soggetto incapace che permette a quest'ultimo di partecipare sostanzialmente alle decisioni terapeutiche che lo riguardano.

Particolarmente interessante si rivela, innanzitutto, la disamina del disegno di legge n. 3/06 (d'iniziativa del senatore Tomassini), intitolato significativamente "*Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*". Linee guida della proposta sono il rifiuto dell'eutanasia e dell'accanimento terapeutico e la legittimazione delle direttive anticipate e del mandato in previsione dell'incapacità. Il disegno di legge pone tra i suoi obiettivi principali e tra le sue *rationes* giustificatrici il diritto all'autodeterminazione dell'individuo nel campo delle scelte mediche; all'uopo, riconosce validità alle scelte ed alle dichiarazioni preventive, fermi restando i limiti dell'eutanasia da un lato e dell'accanimento terapeutico dall'altro. Lo scopo delle norme è quello di tutelare il soggetto più debole, in quanto la società civile non può accettare che qualcuno ponga fine per conto suo ad una vita anche se si tratta di una persona che soffre ma deve interrogarsi se sia stato fatto tutto per lenire il dolore e per supportare le difficoltà della persona al fine di evitare che la stessa cada nella disperazione che invoca la morte. Con riferimento a tali obiettivi non si può fare a meno di notare che manca nel progetto la legittimazione delle cd. cure palliative, alle quali si accenna solo per ricondurle al *genus* dei trattamenti sanitari<sup>254</sup>.

Il presente intervento normativo dovrebbe far sì che ciascun individuo, nel pieno possesso della capacità di intendere e di volere, possa preventivamente disporre nei limiti consentiti dalle norme costituzionali, civili e penali, in merito ai trattamenti sanitari cui intenda o meno essere sottoposto, al trattamento del proprio corpo o delle proprie spoglie, nonché esprimere le proprie convinzioni religiose. Per quanto concerne il contenuto, dall'art. 1 lett. a) si desume l'intento di legittimare qualsiasi tipologia di disposizione da inserire testamento biologico (inerente i trattamenti sanitari, la sepoltura, la donazioni di organi e l'uso del corpo, etc.) nei limiti della liceità; inoltre, da una lettura combinata delle definizioni di cui all'art. 1 lett. a) e b) discende che i mezzi per effettuare l' "esternazione anticipata di volontà" sono due: dichiarazioni anticipate di trattamento e mandato in previsione dell'incapacità. Al riguardo, sembra potersi evincere una diversa valenza del requisito dell'incapacità, che presenta un ruolo strutturale e costitutivo nel caso del mandato, mentre assume rilievo di semplice condizione di efficacia nell'ipotesi delle dichiarazioni. In particolare, con riferimento alla definizione di cui alla lett. d), soggetto

---

<sup>254</sup> Art. 1 (definizioni) c) trattamento sanitario: ogni trattamento praticato, con qualsiasi mezzo, per scopi connessi alla tutela della salute, a fini terapeutici, diagnostici, palliativi, nonché estetici.

privo di capacità decisionale, occorre notare che si è preferito optare per una nozione di “incapacità” dalla connotazione per così dire naturalistica, basata sull’idoneità del soggetto a recepire informazioni e autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, in luogo di una nozione legata unicamente a parametri formale ed astratti. Tale scelta nasce evidentemente dalla constatazione che un soggetto anche legalmente incapace può essere in grado di assimilare le informazioni fornitegli in ordine al trattamento sanitario necessario; così come un soggetto formalmente capace può non essere in condizioni psico – emotive tali da comprendere quanto gli viene riferito e da apprezzare le conseguenze che possano scaturire dalla sua decisione. Al riguardo, l’art. 14 prescrive che lo stato di incapacità decisionale debba essere accertato e certificato da un collegio composto da tre medici (un neurologo, uno psichiatra ed un medico specializzato nella patologia da cui è affetto il disponente), su istanza di chiunque ritenga di averne interesse o titolo. È, peraltro, prevista la possibilità per il fiduciario, il mandatario, i familiari ed i conviventi di presentare ricorso dinanzi al giudice tutelare per l’annullamento della certificazione di incapacità.

L’art. 2, rubricato “*Consenso informativo*”, si riferisce senz’altro, se pur con terminologia impropria, al cd. consenso informato e rappresenta il tentativo di cristallizzare positivamente i risultati acquisiti a livello dottrinale e giurisprudenziale in relazione all’essenzialità del consenso informato quale condizione di legittimità del trattamento sanitario: il riconoscimento di tale fondamentale libertà individuale in un disegno di legge dedicato al testamento biologico potrebbe apparire riduttivo alla luce del fatto che la proposta di novella legislativa nasce dall’esigenza di disciplinare il fenomeno delle direttive anticipate di trattamento, ma non può farsi a meno di considerare che si tratterebbe comunque di una conquista, attesa l’assenza di qualsivoglia riscontro normativo interno. Devesi, tuttavia, rilevare che, per quanto appaia apprezzabile l’enunciazione del contenuto dell’informazione<sup>255</sup>, nel contempo risulta criticabile la scelta di non far riferimento ad un criterio concreto cd. di adeguamento dell’informazione alle condizioni personali, emotive, psicologiche, culturali del soggetto che la riceve. Di non poco rilievo, invece, è l’enunciazione espressa del diritto di rifiutare le informazioni (cd. profilo negativo del diritto all’informazione).

L’art. 3 in tema di decisioni sostitutive individua i soggetti deputati a prestare il consenso o il dissenso informato al trattamento sanitario in sostituzione dell’interessato:

---

<sup>255</sup> Art. 2, n. 2: l’espressione del consenso è preceduta da accurate informazioni rese in maniera completa e comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali, nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.

presupposto dell'operatività della disposizione in esame è la sussistenza di uno stato di incapacità di accordare o rifiutare il proprio consenso; in tale situazione la ricerca del consenso informato passerà per le seguenti tappe, tra loro alternative: 1) volontà espressa nelle dichiarazioni anticipate di trattamento; 2) volontà manifestata dal fiduciario 3) volontà manifestata dalle persone indicate nel 2° comma (amministratore di sostegno, coniuge, figli, convivente stabile etc.); 4) ricorso al giudice tutelare. Invero, se nelle dichiarazioni anticipate è stato espressamente reso il consenso o il dissenso al trattamento, il progetto di legge evidenzia l'intento di valorizzare al massimo la volontà manifestata anche in via anticipata personalmente dall'interessato. Si fa, altresì, riferimento alla nomina del fiduciario<sup>256</sup>, il quale è chiamato a svolgere tre funzioni: vigilare sulla corretta osservanza delle volontà del dichiarante da parte di colui che è chiamato a darvi attuazione, assumere le decisioni sostitutive nei casi di cui all'art. 3 n. 1<sup>257</sup>, consentire un maggior grado di certezza nell'interpretazione delle volontà manifestate anticipatamente dal paziente (in virtù della conoscenza personale delle idee, convinzioni, sensibilità del soggetto *de quo* che ne ha giustificato la nomina come fiduciario).

Opportuna si rivela la graduazione delle potestà decisionali sostitutive e, quindi, delle responsabilità, tra i soggetti chiamati ad assumere scelte importanti per il futuro del redattore delle dichiarazioni (dai più prossimi, ad es. il coniuge ai più lontani, i parenti entro il 4° grado), orientati e limitati dal "migliore interesse" dell'incapace. Alcuni dubbi scaturiscono dalla lettura dell'art. 3 nella parte in cui prevede che, nell'assunzione delle decisioni sostitutive, occorre tener conto della volontà espressa in precedenza dall'incapace: tale volontà non sarà certo quella espressa nelle dichiarazioni anticipate atteso che, ove vi fosse riferimento nelle direttive redatte alla situazione per la quale occorre assumere la decisione, non sarebbe necessario il ricorso alle decisioni sostitutive. Al riguardo si potrebbe ritenere, interpretando la norma attribuendovi un senso consono alle finalità della legge, che una volontà ambigua, generica che non valga cioè quale dichiarazione anticipata rilevante *ex se*, in ogni caso debba essere presa in considerazione, rilevando in tal senso anche le convinzioni non formalmente manifestate dall'interessato e delle quali chi assume la decisione sostitutiva sia a conoscenza.

---

<sup>256</sup> Art. 13 n. 3: nella dichiarazione anticipata di trattamento è contenuta la nomina di un fiduciario cui sono affidate le decisioni di cui all'art. 1 co. 1 lett. a) (trattamenti sanitari, uso del proprio corpo o di parte di esso nei casi consentiti dalla legge, alla modalità di sepoltura ed all'assistenza religiosa).

<sup>257</sup> Nel caso in cui la persona da sottoporre al trattamento sanitario versi nello stato di incapacità di accordare o rifiutare il proprio consenso, si ha riguardo alla volontà espressa nella dichiarazione anticipata di trattamento e in subordine a quella manifestata dal fiduciario.

L'art. 10 del disegno è dedicato al mandato in previsione dell'incapacità<sup>258</sup>: si tratta di un contratto la cui funzione è la sostituzione dell'incapace nel compimento di attività giuridica; la nozione di mandato che si trae dal presente disegno di legge sembra avere una valenza operativa piuttosto ampia, ricomprensiva non soltanto di atti di natura patrimoniale ma anche di natura personale, rifacendosi implicitamente all'istituto di matrice anglosassone del *proxy*. Quanto alla disciplina, il mandato di cui si discute dovrebbe essere regolato, per quanto non disporrà la novella legislativa dalle disposizioni di cui al c.c.: tuttavia, *prima facie*, la compatibilità appare dubbia se solo si pensa all'onerosità presunta del mandato codicistico a fronte di una gratuità essenziale del mandato *sui generis* in esame.

L'art. 13 è destinato a disciplinare l'altro strumento di esternazione anticipata delle volontà, ovvero le direttive: è da notare che nel disegno di legge si sceglie di parlare di dichiarazioni anticipate e non piuttosto di testamento biologico, terminologia di per sé criticabile in quanto evocante un atto, il testamento, destinato ad operare dopo la morte dell'individuo che lo ha redatto mentre quello biologico dovrebbe disciplinare la vita ed al più il fine – vita della persona. Di particolare interesse è, poi, il profilo dell'efficacia poiché il disegno di legge attribuisce alla dichiarazione carattere vincolante, fin dal momento in cui interviene lo stato di incapacità, obbligando il medico ad ottemperarvi, salvo i casi in cui le direttive non siano più corrispondenti a quanto l'interessato aveva espressamente previsto al momento della redazione della dichiarazione anticipata di trattamento, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche<sup>259</sup>. L'eventuale entrata in vigore di una disposizione siffatta ci avvicinerrebbe più alle scelte del legislatore anglosassone che non a quelle del legislatore francese, in quanto, si ricorderà, la *Loi Leonetti* ha riconosciuto di fatto soltanto un valore indicativo alle direttive, attribuendo al medico un ruolo centrale in ordine alla decisione sulla sospensione dei trattamenti.

Il 27 marzo del 2009 in Senato è stato approvato altro disegno di legge, del quale si intende passare in rassegna le disposizioni più importanti<sup>260</sup>. Nell'art. 1, rubricato “tutela

---

<sup>258</sup> Art. 10: il mandato in previsione dell'incapacità è il contratto con cui si prevede la sostituzione di una o più persone per il caso in cui il mandante non possa o non voglia portare a compimento l'incarico. Il mandato in previsione dell'incapacità è conferito con atto pubblico, con o senza procura; il mandato è accettato contestualmente ed è contenuto nello stesso atto oppure successivamente in un atto redatto nella medesima forma. Il mandato in previsione dell'incapacità è gratuito. Il notaio che riceve un mandato in previsione dell'incapacità ne invia copia, nel più breve tempo possibile al registro di cui all'art. 16. Per quanto non previsto dalla presente legge trovano applicazione, ove compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 1703 ss. c.c.

<sup>259</sup> Art. 14, co. 6: le direttive contenute nella dichiarazione anticipata di trattamento sono impegnative per le scelte sanitarie del medico, il quale può disattenderle solo quando non più corrispondenti a quanto l'interessato aveva espressamente previsto al momento della redazione della dichiarazione anticipata di trattamento, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche, ed indicando compiutamente le motivazioni della decisione nella cartella clinica.

<sup>260</sup> Il testo integrale è reperibile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

della vita e della salute” vi è il significativo richiamo agli artt. 2, 13 e 32 della Cost., nonché l’enunciazione espressa che la vita umana costituisce un diritto inviolabile ed indisponibile garantito anche nella fase terminale dell’esistenza e nell’ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere. Alla lettera c) viene poi sancito il divieto di eutanasia, sottolineandosi che l’attività medica è finalizzata esclusivamente alla tutela della vita e della salute, nonché all’alleviamento della sofferenza.

Il ruolo centrale dell’alleanza terapeutica medico – paziente si desume dalla lett. d) dell’art. 1: tale relazione viene ad acquistare un peculiare rilievo proprio nella fase di fine – vita: è, infatti, nel momento in cui il malato si trova in una condizione di maggiore debolezza, perché non è in grado di partecipare attivamente alle decisioni che lo riguardano, che l’alleanza terapeutica assume maggiore importanza nella misura in cui attraverso il nuovo interlocutore, fiduciario o sostituto legale, in ogni caso *nuncius* del malato, il medico dovrà intraprendere il percorso che condurrà all’assunzione delle decisioni nel migliore interesse del paziente.

La legge garantisce – si legge alla lettera f) del medesimo articolo – che in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente il medico debba astenersi dai trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura.

L’art. 2 del disegno di legge in esame è, poi, dedicato al consenso informato: di peculiare rilievo, ai fini dello studio che ci occupa, la previsione di cui al co. 6 la quale stabilisce che, in caso di interdetto, il consenso informato è prestato dal tutore che sottoscrive il documento; in caso di inabilitato o di minore emancipato il consenso è prestato congiuntamente dal soggetto interessato e dal curatore; ove sia stato nominato un amministratore di sostegno, occorrerà distinguere a seconda che l’ufficio sia ricoperto con funzioni di mera assistenza (nel qual caso il consenso andrà prestato con l’incapace) ovvero con funzioni di rappresentanza (nel quale caso il consenso sarà prestato dall’amministratore nell’interesse del beneficiario).

L’art. 3 disciplina contenuti e limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento: nella direttiva, il soggetto in stato di piena capacità e in situazione di compiuta informazione medico clinica dichiara il proprio orientamento circa l’attivazione o la non attivazione di trattamenti sanitari, purché in conformità alla legge ed al codice di deontologia medica; in particolare, al terzo comma della citata disposizione, si fa riferimento alla possibilità per il dichiarante di rinunciare ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti sanitari in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale.

Limite assoluto contenutistico, oltre al divieto di eutanasia, è rappresentato dall'affermazione che idratazione ed alimentazione artificiale non possono formare oggetto di dichiarazioni anticipate.

Al 6 comma dell'art. 3 è stabilito che la dichiarazione assume rilievo nel momento in cui è accertato che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e per questo motivo non può assumere decisioni che lo riguardano: la valutazione dello stato clinico è formulata da un collegio medico costituito da un medico legale, da un'anestesista rianimatore e da un neurologo, sentito il medico curante ed il medico specializzato nella patologia.

L'art. 4, rubricato "forma e durata", sancisce che le dichiarazioni anticipate di trattamento non sono obbligatorie, che sono redatte in forma scritta con atto avente data certa ed a firma dell'interessato maggiorenne; devono essere redatte in piena capacità e dopo compiuta e puntuale informazione medico clinica e sono raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive. Il 3 co. dell'articolo in esame stabilisce che, salvo che il soggetto sia divenuto incapace, la dichiarazione anticipata di trattamento ha validità per 5 anni dalla redazione dell'atto, termine oltre il quale perde efficacia.

L'art. 6 contempla la figura del fiduciario: nella dichiarazione anticipata l'interessato può nominare un fiduciario, il quale accetta la nomina sottoscrivendo la dichiarazione; il fiduciario, ove nominato è l'unico soggetto legittimato ad interagire con il medico e si impegna ad agire nell'esclusivo e miglior interesse del paziente, operando sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente manifestate dal soggetto nella direttiva anticipata. Il ruolo del medico, nonché il valore della dichiarazione anticipata di trattamento, sono specificati nell'art. 7: le volontà espresse dal soggetto sono prese in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno; il medico non può, in ogni caso, prendere in considerazione le indicazioni orientate a cagionare la morte o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica. Da ultimo, l'art. 8 stabilisce che in assenza della nomina del fiduciario ed in caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati, ovvero ancora in caso di inadempimento da parte di questi ultimi, la decisione in ordine alle cure è autorizzata dal giudice tutelare sentito il collegio medico, nella stessa composizione di cui sopra.

## CAPITOLO IV

### *Trusts per disabili, 2645 ter c.c. e fiducie: quali possibilità per l'incapace?*

#### 1 *Trusts* per persone disabili tra disciplina di origine ed adattamento interno

Nell'ordinamento italiano la cura dei minori d'età e, più in generale, delle situazioni di minorazione rappresenta, nell'ambito del diritto delle persone e della famiglia, il settore nel quale massimamente ci si è adoperati per valorizzare, specie nell'ultimo decennio, le prospettive applicative dei *trusts*, quali strumenti dalla funzione originaria di gestione patrimoniale ma potenzialmente adattabili in vista della realizzazione di finalità di protezione dei soggetti più deboli.

Peraltro, vale evidenziare che la tematica si rivela più complessa alla luce della considerazione preliminare che la necessità di provvedere alle esigenze dei soggetti economicamente o personalmente svantaggiati si manifesta in tutta la sua evidenza con riferimento alla previsione del decesso delle persone normalmente deputate alla loro assistenza; sicché, la tematica viene inevitabilmente ad intersecarsi con quella della individuazione della strumentazione *ad hoc* per la collocazione dei beni in vista dell'evento morte. Tale strumentazione, che ricomprende tra gli altri il contratto di assicurazione sulla vita, la rendita vitalizia a favore di terzo, i contratti bancari di conto corrente a firma congiunta, è stata considerata quale alternativa ai *trusts*, dal momento che l'applicabilità di questi istituti nel sistema giuridico nostrano dipende sia dal superamento delle problematiche insorte in tema di effetti del cd. trust convenzionale sia dalla risoluzione delle questioni afferenti la dubbia compatibilità del *trust* con gli istituti civilistici<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Cfr. sul punto tra gli altri AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario* a cura di A. GAMBARO, F. GIARDINA, G. PONZANELLI in *Nuove leggi civ. commentate*, 1993, 1211 ss.; M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Milano, 1994; ID., *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corr. Giur.*, 1995, 1205 ss.; P. PICCOLI, *L'avamprogetto di convenzione sul "trust" nei lavori della Conferenza di diritto internazionale de L'Aja ed i riflessi di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1984, 84 ss. Sul dibattito circa l'ammissibilità ed i limiti di costituzione dei cc.dd. *trusts interni* cfr. *ex multis* F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001/1, 1, 19; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 449 s. Le principali questioni che si pongono con riferimento ai nostri istituti civilistici afferiscono innanzitutto l'apparente contraddizione tra lo schema della doppia proprietà ed i principi cardine del nostro sistema, la contrarietà al presunto dogma della tipicità degli atti soggetti a trascrizione, nonché il conflitto con la disposizione dell'art. 2740 c.c.

La riflessione sulle prospettive applicative dei *trusts* non può che trarre origine dalla individuazione del metodo della comparazione, atteso che non a caso l'elaborazione critica è stata condotta avendo quale parametro di riferimento un istituto che, considerato nel suo modello tradizionale, rappresenta una delle più eloquenti espressioni delle “*singolarità tecniche che demarcano una famiglia giuridica dalle altre*”<sup>262</sup>. Invero, nonostante l'esame delle fonti inglesi abbia evidenziato l'estrema refrattarietà dell'istituto alla riconduzione a schemi precisi ed a tipi standard, in ogni caso è stato possibile identificare il minimo comun denominatore delle varie applicazioni del *trust* nel carattere assolutamente centrale della posizione del *trustee*<sup>263</sup> e nella sua cd. solitudine, accompagnata dalla pienezza dei suoi poteri.

Nell'ambito del dibattito sull'istituto è stata, peraltro, autorevolmente suggerita l'adozione di un approccio induttivo piuttosto che assertivo, teso cioè alla graduale eliminazione di molti equivoci dogmatici ed alla preliminare precisazione, in sostanza, di ciò che i *trusts* non sono; tale metodo si è rivelato coerente con la matrice stessa dell'istituto e con la sua flessibilità, dal momento che un approccio espositivo avrebbe rischiato di offuscare un dato centrale nella ricostruzione delle caratteristiche dei *trusts*, ossia l'essere questi espressione della dinamica tipica del paese di origine tra *common law* ed *equity*<sup>264</sup>.

Prendendo le mosse da una tale prospettiva ricostruttiva, verranno delineate le caratteristiche essenziali dell'istituto al fine di delimitarne funzioni originarie nonché finalità potenziali; di seguito saranno esaminate le possibili applicazioni del medesimo in vista della realizzazione di specifiche esigenze di protezione di soggetti incapaci.

## 1.1 Il *trust*: una breve premessa

*“Relationship which arises whenever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the*

---

<sup>262</sup> Cfr. testualmente A. GAMBARO, voce *Trusts* in *Noviss. Dig.*, 1999, 459 ss.

<sup>263</sup> “*Trusts are easier to describe than to define*”, in J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON, *Lewin on Trust*, Londra, 2000, 10 ss. Nondimeno, nell'elaborazione dell'istituto ricorrono alcune definizioni giurisprudenziali dal carattere descrittivo che, pur essendo state coniate da giudici non inglesi, si sono progressivamente affermate anche in Inghilterra: una di queste, citata nell'opera testé menzionata, la si deve ad un giudice australiano che ha ricostruito l'essenza del *trust* riferendosi al “*duty or aggregate accumulation of obligations that rest upon a persone described as trustee*”.

<sup>264</sup> Così M. LUPOI, *op. cit.*, 1 ss.

*trust*?: tale è la definizione di *trust* che alcuni commentatori inglesi considerano come la più soddisfacente<sup>265</sup>.

Altra definizione, piuttosto ricorrente nella giurisprudenza inglese, configura il *trust* come una “*equitable obligation binding a person (who is called trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, (and any one of whom may enforce the obligation)*”<sup>266</sup>. Viene in tal modo riproposta la centralità dell’obbligazione equitativa del *trustee* ed evidenziata la possibilità che siano i beneficiari, e non invece il disponente, a pretenderne l’adempimento; e ciò a prescindere dalla circostanza che i primi possano non essere individuati ovvero non ancora esistenti al momento dell’istituzione del vincolo. Tale ultimo aspetto ha indotto alcuni Autori a sottolineare il carattere fuorviante della qualificazione del *trust* in termini di mera obbligazione<sup>267</sup>: invero, il beneficiario, in base all’atto di *trust*, può essere titolare di una *equitable ownership*, ossia di una situazione proprietaria in *equity* che gli attribuisce il potere di fare rispettare il vincolo anche nei confronti di chiunque riceva beni del *trust*, con esclusione dell’avente causa a titolo oneroso di buona fede; in base a tale impostazione un beneficiario può essere considerato proprietario equitativo se i beni in *trust* siano sufficientemente individuati e se egli sia il solo beneficiario interessato.

Giova, tuttavia, rilevare che la dottrina inglese non si preoccupa di ricondurre all’una o all’altra categoria (proprietà o diritto di credito) la posizione dei soggetti nella dinamica del *trust*, limitandosi a descriverne gli effetti con riferimento a specifiche tipologie ed ipotesi applicative<sup>268</sup>; non a caso, la stessa dottrina italiana ha, poi, precisato che le diverse teorie risultano mal formulate ove i concetti di diritti reali e di credito vengano usati “*non in funzione esplicativa*” ma quali categorie “*ordinanti*”<sup>269</sup>. A ben vedere il *trust* archetipico, ossia quello proveniente dalla madrepatria inglese e del quale si sono presto impadroniti gli

---

<sup>265</sup> KEETON e SHERIDAN, in MOWBAY, TUCKER, LE POIDEVIN, SIMPSON, *op. cit.*, 5

<sup>266</sup> La definizione è riconducibile a Sir Arthur Underhill, UNDERHILL AND HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15th edition, 3, ripresa poi da J. COHEN, in *Re Marshall's will Trusts*, 1945, Ch. 217 at 219 e da L. J. ROMER in *Green v. Russell*, 1959, 2, Q.B., 226 at 241, CA.

<sup>267</sup> In tal senso MOWBRAY, TUCKER..., *op. cit.*, 5. Tale posizione peraltro è stata accolta anche da alcuni Autori italiani che hanno ricondotto allo schema della doppia proprietà la condizione dei soggetti coinvolti: cfr. GAMBARO A., voce *Trusts*, cit., 454; inoltre si veda R. DAVID – J. SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994, 307 ss., ove in particolare sono contenute precisazioni in ordine alla distinzione tra *joint tenancy* e *tenancy in common*.

<sup>268</sup> Tale operazione peraltro sarebbe complicata dalla constatazione della non corrispondenza tra *real* e *personal actions* (distinte in virtù della specie di rimedio ottenibile) e azioni reali e personali (differenziate alla luce dell’opponibilità *erga omnes* o *erga personam* del diritto azionato) nonché del mancato parallelismo tra *real* e *personal property*; si tratta, invero, di prospettive diverse da un lato perché la bipartizione *realty* – *personalty* si modella in *common law* sulla distinzione mobiliare – immobiliare, dall’altro perché il *common law* sulla distinzione reale personale costruisce la distinzione tipologica delle azioni, mentre il *civil law* la classificazione dei diritti soggettivi patrimoniali.

<sup>269</sup> Così A. GAMBARO, *op. cit.*, 461 s.

U.S.A., mette a dura prova il tentativo di presentarlo come modello. Invero, ragionare in termini di tipologia appare più congruo perché, se è vero che il *trust* angloamericano si fonda sul trasferimento di beni al *trustee*, quella stessa epifania è perfettamente compatibile con un *trust* autodichiarato, il quale richiede, non diversamente dall'atto di destinazione di recente coniato nell'ordinamento italiano, nulla più che la dichiarazione di *trust*. Nel *trust* autodichiarato non c'è un atto fondativo di rapporto tra disponente e *trustee*, non vi è un trasferimento ma soltanto un atto dichiarativo di *trust* mentre la situazione patrimoniale rimane nella sua fisicità assolutamente inalterata, riscontrandosi semplicemente la sovrapposizione tra disponente e *trustee*. D'altro canto, è perfettamente ammissibile che, come beneficiario (o almeno tra i beneficiari) sia indicato il *settlor*: è evidente sin d'ora che il fenomeno *trust* si contraddistingue proprio per la straordinaria flessibilità, adattabilità, molteplicità di assetti che rende del tutto impossibile, e forse anche inutile, ricercare un modello da adoperare ai fini della comparazione.

Dato inequivocabile in Common Law<sup>270</sup> è che la tutela delle diverse posizioni dei soggetti del *trust* (disponente, *trustee*, beneficiari) viene a collocarsi nell'ambito di un contesto contraddistinto da una accentuata percezione e repressione della *fraud* e delle condotte *unconscionable* (ovverosia contrarie ai precetti di coscienza di volta in volta avvertiti in una determinata comunità sociale)<sup>271</sup>; ne deriva che una disamina delle possibilità applicative dei *trusts* al di fuori di quello che appare essere il normale schema operativo dell'istituto non può prescindere da una serie di riflessioni preliminari che attengono da un lato alle origini del *trust* (con particolare riferimento all'evoluzione della *law of property* nonché alla dialettica *common law - equity*) e dall'altro alla constatazione che l'uso di categorie concettuali appartenenti a diversi sistemi giuridici presuppone un'estrema cautela. Invero, solo se si abbandona l'idea della titolarità assoluta fondata sulla relazione immediata tra soggetto e bene si è in grado di comprendere la peculiarità della dissociazione tra titolarità e godimento su beni propri, ovvero la situazione di un soggetto che è titolare di beni propri ma non ne gode e di altro soggetto che, pur non avendo alcuna relazione col bene, ha dei poteri rispetto allo stesso che possono spingersi fino alla conclusione anticipata del vincolo.

Le situazioni di appartenenza nell'ambito del *trust* possono essere spiegate senza fare ricorso allo schema dello sdoppiamento proprietario ovvero all'opposizione titolo legale – titolo equitativo: ciò in quanto l'*Equity* rappresenta non tanto un sistema alternativo

---

<sup>270</sup> Il termine va inteso in senso lato ovvero ricomprensivo anche del rapporto con l'*Equity*.

<sup>271</sup> Principalmente attraverso i rimedi dell'*injunction* e del *decree of specific performance* la giurisdizione di *Equity* emette provvedimenti che contengono ordini rivolti ad un determinato soggetto.

al Common Law quanto piuttosto integrativo; del resto, l'*Equity follow the law*, prevalendo solo ove sia necessario intervenire per reprimere eventuali abusi.

La rilevanza in questo ambito delle obbligazioni di coscienza rappresenta uno dei parametri di riferimento delle azioni all'interno di tali sistemi processuali ed è idoneo a spiegare, pur in mancanza di un adeguato sistema di pubblicità, la normalità dell'affidamento dal disponente al *trustee*; invero, il legame tra il concetto di *fraud* e quello di *trust* è sottolineato dalla stessa giurisprudenza inglese<sup>272</sup> laddove si legge che "*fraud, trust and accident were frequently referred to as the matters with which equity was specially conversant*". Giova ricordare che i casi più ricorrenti di *fraud* sono stati individuati dalla dottrina inglese: *undue influence* (indebita influenza, coartazione), abuso di fiducia o affidamento (*abuse of confidence*), accordi contrari a precetti di coscienza (*unconscionable bargains*), *frauds on a power*, ovvero nell'esercizio di un potere<sup>273</sup>.

La riflessione sulla *fraud* costituisce presupposto per comprendere la *ratio* di una specifica tipologia di *trusts* (cc.dd. *constructive*), resi operativi dall'intervento delle Corti di *Equity*, nonostante la mancanza di un'espressa istituzione, atteso che l'assenza del vincolo in cui essi consistono contrasterebbe con i precetti di coscienza cui è improntata la valutazione delle condotte in diritto inglese; invero, al di là delle specifiche caratteristiche di un tal tipo di *trust* tutta la trama dei rapporti *lato sensu* negoziali in diritto inglese presenta delle peculiarità tali da giustificare la normalità dell'affidamento in cui consiste il *trust*, non assistito come si è detto da un adeguato sistema pubblicitario.

Tale elemento connotante il *trust*, in uno al suo carattere di estrema flessibilità, *proprium* dell'ordinamento di origine, costituiscono i dati identificativi dell'istituto che maggiormente "attragono" ordinamenti come il nostro nei quali gli strumenti a disposizione talvolta sono troppo rigidi per essere adattati alla realizzazione delle più svariate finalità; tuttavia, queste stesse caratteristiche hanno finito col sollecitare numerose obiezioni e critiche le quali sfociano inevitabilmente nella ricerca e creazione di meccanismi adattamento dell'istituto ai limiti proprio dell'ordinamento giuridico di destinazione.

---

<sup>272</sup> *Man v. Ward* (1741) 2 Atk 228 at 229, in HALSBURY'S, *Laws of England*, London, 1992, 615, para 662, note 1. Giova precisare che le Corti inglesi non si sono soffermate mai a definire cosa costituisca *fraud*: il concetto di *fraud* inquadrato nel contesto di *Equity* identifica un uso contro coscienza di un potere che trae la propria fonte in circostanze particolari ovvero nelle condizioni delle parti contrattuali; consiste altresì nell'appropriarsi di un soggetto in senso lato debole configurandosi sia in presenza di un'attiva coartazione della volontà sia nella passiva accettazione di un beneficio in circostanze contrarie a precetti di coscienza.

<sup>273</sup> La dottrina inglese ha distinto tra quelle situazioni nelle quali la Corte individuerà una dichiarazione di indebita influenza esclusivamente se sia dimostrato che tale influenza sia stata realmente esercitata e quelle invece nelle quali il peculiare rapporto tra le parti indurrà il Giudicante a presumere come realizzata l'*undue influence* salvo prova contraria (ossia dimostrando che la volontà della parte si sia formata in modo indipendente). Così in HALSBURY'S, *cit.*, 618 s.

Quanto al *trust* convenzionale, ossia al *trust* derivante dalla Convenzione de l'Aja, le difficoltà di approccio divengono, ove possibile, ancora più evidenti. L'anelito dei promotori della convenzione era mettere insieme un minimo comun denominatore capace di racchiudere in sé non solo il *trust* originario ma anche le cd. *trust like institutions*: si aspirava, cioè, a far sì che la Convenzione, mediante il disposto dell'art. 2, riconoscesse non soltanto il *trust* con tutti i crismi di *common law* ma anche quanto in Europa e nel resto del mondo si agitava e si era agitato in precedenza per riuscire a riprodurre modalità ed effetti del *trust* (per l'appunto, le cd. *trust like institutions*). Se questo era l'obiettivo, deve rilevarsi che è stato mancato: invero, la fattispecie convenzionale non presuppone il trasferimento di proprietà in capo al *trustee*, ma solo il passaggio nelle sue mani del controllo dei beni; nulla dispone infatti l'art. 2, come il resto della Convenzione, circa la sottrazione dei beni e la possibile soddisfazione dei creditori del disponente, derivandone la conclusione che il passaggio del controllo non comporta a tenore della Convenzione, il trasferimento contestuale della posizione dominicale. Del resto il non modello convenzionale pone seriamente in dubbio la possibilità di ritenere che il *trust* cd. autodichiarato sia compatibile con la convenzione, che cioè possa essere considerato ai sensi dell'art. 2 *trust* convenzionale e quindi riconoscibile nei singoli stati aderenti alla convenzione. Invero, il *trust* autodichiarato si caratterizza per il fatto che un soggetto si autoproclama *trustee* di un bene del quale è già proprietario; dalla lettura dell'art. 2 si evince quale carattere presupposto del *trust* l'alterità tra disponente e *trustee* cosicché si deve escludere che la convenzione abbia inteso legittimare anche il *trust* autodichiarato.

Inoltre, la convenzione non definisce le prerogative, ossia i *rights* ed i *powers* del disponente, invero finendo con l'aprire un varco straordinario sotto questo profilo verso il superamento delle limitazioni operative del *trust* nel suo ambiente primigenio.

## 1.2 *Trust* a protezione dei soggetti deboli: quali prospettive

Prima di analizzare le possibilità di applicazione dei *trusts* nell'ordinamento italiano, segnatamente nel settore della protezione dei soggetti deboli, vale innanzitutto considerare, richiamando quanto già ampiamente argomentato *supra*<sup>274</sup>, che gli strumenti tradizionali di protezione degli incapaci ed in generale gli istituti civilistici analizzati nel loro complesso non appaiono, *prima facie*, idonei a soddisfare le istanze di tutela di coloro che intendano provvedere per il momento successivo alla loro morte alla assistenza, non soltanto

---

<sup>274</sup> Cfr. cap. I

economica, di soggetti disabili, né tantomeno i bisogni del medesimo disabile che, in ragione della propria infermità, subisca una menomazione delle capacità di provvedere a se stesso ed ai propri interessi.

Invero, la complessità della domanda di tutela discende dalla molteplicità e dal carattere estremamente variegato delle situazioni che in concreto si possono presentare: diverse sono le malattie mentali, vari i decorsi che le medesime possono subire, differenti le origini e le sintomatologie, vario il grado di menomazione dell'attitudine a provvedere a se stesso che colpisce la singola persona. L'esigenza comune riscontrata a fronte della disamina di molte di queste situazioni è, tuttavia, senz'altro quella di recuperare e conservare, ove possibile e nella misura maggiore possibile, la capacità di espressione della personalità del soggetto tanto nella sua relazione con i beni quanto con le persone: risulta, pertanto, imprescindibile per l'individuo affetto da disturbi psicofisici poter disporre dei mezzi necessari, sia materiali che giuridici (la titolarità di beni materiali, l'assistenza tecnica) per provvedere alla soddisfazione dei propri bisogni.

In realtà, proprio la necessità di una visione promozionale delle residue capacità nell'ottica della valorizzazione dei diritti della personalità in conformità al dettato costituzionale, rispetto agli interventi di tutela, medica e giuridica, è tale da complicare l'istanza di protezione e rendere problematica la risposta istituzionale. Nel sistema giuridico italiano l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali, quali interdizione e inabilitazione nonché il sistema di cui all'art. 428 c.c., tematica questa già ampiamente affrontata con riferimento alle più accreditate elaborazioni dottrinali<sup>275</sup>, rende viepiù indispensabile il ricorso alla comparazione, adoperata nel caso di specie quale strumento di individuazione dei mezzi, originari di altri ordinamenti, più idonei a soddisfare le esigenze in concreto prospettabili, compatibilmente con quelli che sono i limiti propri dell'ordinamento interno.

Giova evidenziare che il dato normativo interno, anteriormente alla riforma del 2004, che ha introdotto la figura dell'amministratore di sostegno, rivelava l'esistenza di tutta una serie di situazioni che si collocavano al di fuori dall'ambito di protezione della disciplina codicistica in quanto non integranti in maniera pedissequa le caratteristiche positivizzate nelle norme: anche per queste si poneva un'esigenza di tutela sia in termini di titolarità sia, soprattutto, in termini di capacità di agire prettamente dal punto di vista degli strumenti di gestione patrimoniale. Ad oggi, nonostante l'introduzione del nuovo istituto dell'amministratore di sostegno abbia recato con sé indubbi vantaggi connessi ai caratteri di

---

<sup>275</sup> Cfr. *supra* cap. I

flessibilità e di gradualità della misura, nondimeno il ricorso allo strumento del *trust*, come si vedrà, potrebbe rivelarsi più consono al soddisfacimento di una serie di contingenze non altrimenti realizzabili ovvero risultati non appieno conseguibili attraverso la strumentazione codicistica.

La proficuità del ricorso al *trust* si manifesta innanzitutto con riguardo alla soddisfazione dell'esigenza di alcune persone di provvedere all'assistenza di soggetti vicini, spesso discendenti, portatori di handicap, per il periodo successivo alla propria morte; in realtà, questa, è l'unica specifica utilizzazione presa in considerazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane<sup>276</sup>, profilo questo che rivela un immediato collegamento con la materia successoria sia in termini di attribuzione di beni, e quindi di scelta dello strumento giuridico più adeguato per provvedere per quando i genitori o chi per loro premuovano alla cura del soggetto disabile, sia dal punto di vista delle eventuali alterazioni della distribuzione della ricchezza familiare e del possibile operare dei mezzi di tutela a favore di altri soggetti lesi o pretermessi in virtù di tale distribuzione. In tali casi, ciò che viene in rilievo non è soltanto un'esigenza economica, che sarebbe suscettibile di essere soddisfatta attraverso una mera attribuzione patrimoniale al disabile *inter vivos* o *mortis causa* e con l'istituzione di un esecutore testamentario ovvero di un tutore o curatore, quanto piuttosto la necessità di assicurare al disabile una più globale forma di assistenza per attendere alle esigenze del quotidiano correlate o meno alla sua condizione (accompagnatori, luogo dove alloggiare, specifici adempimenti a cura del personale infermieristico). Peraltro, l'esigenza di delineare specificamente tali aspetti e, più in generale, i compiti del *trustee* suggerisce nella prassi di allegare all'atto costitutivo del *trust* un documento aggiuntivo nel quale siano esplicitamente descritte le particolari cure di cui necessita il disabile<sup>277</sup>.

Si è già accennato in precedenza che caratteristica peculiare dell'istituto è la centralità del *trustee*: tale dato è destinato ad emergere in tutta la sua evidenza laddove il *trust* sia utilizzato a protezione di un disabile allorché si pensi che nel caso della tutela degli incapaci appare indispensabile il ricorso ad un soggetto che decida in ordine alla

---

<sup>276</sup> Si vedano sul punto P. AMENTA, *Trust a protezione di disabile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 616; G.F. CONDO', *Trusts in favore di disabili*, in [www.il-trust-in-italia.it/Contributi/Condò%20Disabili.htm](http://www.il-trust-in-italia.it/Contributi/Condò%20Disabili.htm), 1999; D. MURITANO, *Trust auto dichiarato per provvedere ad un fratello con handicap*, in *Trusts ed attività fiduciarie*, 2002, 2, 473 ss.; G. DE ROSA, *Trust: le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa*, in *TAF*, 2002, 1, 11. In giurisprudenza cfr. decreto Tribunale Pisa, 22 dicembre 2001 in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 2, 241.

<sup>277</sup> Lo riferisce D. CARUSO, *Trust in favore di soggetto portatore di handicap*, in [www.il-trust-in-italia.it/Contributi/Caruso%20Disabili.htm](http://www.il-trust-in-italia.it/Contributi/Caruso%20Disabili.htm), che descrive le possibili clausole apponibili all'atto istitutivo del *trust* e sottolinea l'eventualità che il *trustee* possa essere chiamato ad amministrare i beni del *trust* anche prima della morte dei disponenti; inoltre, il *trustee* può essere tenuto a valutare periodicamente le necessità sopravvenute dei disponenti ed a devolvere a questi ultimi le somme di denaro che si rendessero necessarie anche per mezzo dell'alienazione di beni del *trust* e con correlativa diminuzione dei diritti dei beneficiari.

destinazione dei frutti e dei beni intestati alla persona portatrice di handicap, che stabilisca l'alienazione dei cespiti ove anche i frutti siano insufficienti, che si occupi della riscossione delle pensioni di invalidità o reversibilità di cui i disabili siano titolari. Tuttavia, a fronte di un ruolo tanto delicato e ricco di compiti, non può non manifestarsi l'esigenza di un controllo sull'operato del *trustee*: ed ecco che viene in rilievo la possibilità della nomina di un guardiano quale “*holder of power...of directing a trustee in matters relating to the trust and in respect of which matters the trustee has a discretion...and of appointment or dismissal of trustees*”<sup>278</sup>. Invero, la titolarità di poteri di controllo che incidano sulla sfera di attività discrezionali del *trustee* rende la figura del *protector* particolarmente rilevante dal punto di vista del disponente il quale si preoccupa di arginare i rischi di un cattivo e fraudolento operato da parte del *trustee*<sup>279</sup>: il *protector*, infatti, può sostituire il *trustee* che abbia male amministrato, può nominarne uno nuovo, ovvero può essere previsto dal disponente che il *protector* abbia un potere di veto rispetto all'operato del *trustee*, o ancora che debba esprimere un consenso preventivo per la distribuzione del reddito ai beneficiari<sup>280</sup>.

La coesistenza nella prassi delle due figure, *trustee* e *protector*, ha finito col determinare una sorta di specializzazione delle funzioni dell'uno e dell'altro nel senso che al primo spetta sostanzialmente la gestione patrimoniale mentre al secondo la cura della persona dell'infermo<sup>281</sup>; benvero, è stato osservato che questa duplicazione di funzioni è

---

<sup>278</sup> Cook Islands, *International Trusts Amendment Act*, 1989, sect. 3, richiamato in NEVIS, *International Exempt Trust Ordinance*, 1994, sect. 2 e in M. LUPOI, *Trusts*, cit., 399, nota 318.

<sup>279</sup> Ciò spiega, peraltro, il particolare successo della figura del *protector* nei paesi del modello internazionale: in Inghilterra i beneficiari avevano nel caso di infedele operato del *trustee*, una serie di rimedi suggeriti dalla dottrina e dalla giurisprudenza; cfr. sul punto P. MATTHEWS, *Protector Caselaw*, trad. it., *La giurisprudenza sul Protector*, in *TAF*, 2000, 366 ss., il quale segnala un istituto assimilabile alla citazione per frode a carico del *trustee* nell'adempimento del mandato “e la norma statuita nel caso *Hasting – Bass* dove veniva statuita la nullità delle decisioni del *trustee* nel caso in cui questi avesse omesso di considerare certi elementi o ne avesse dato eccessivo ad altri”.

<sup>280</sup> Sotto tale profilo il *trust* manifesta ancora una volta il suo carattere di estrema flessibilità: del resto, l'analisi della casistica anche straniera ha dimostrato l'erroneità di un ragionamento basato sulla descrizione della figura del guardiano piuttosto che dei singoli poteri ad esso attribuito; invero, è stato considerato più proficuo prendere in considerazione volta per volta i poteri conferiti al *protector*, secondo la configurazione che del suo ruolo abbia offerto il disponente, nonché la loro natura ed il contesto nel quale sono inseriti; cfr. P. MATTHEWS, *op. cit.*, 7 s. Invero, anche la prassi dei *trusts* liberali in Italia ha evidenziato l'esigenza di dotare il soggetto protetto di una persona, vicina alla famiglia ed allo stesso disabile, che fosse in grado di dar voce alle esigenze del disabile rispetto alle decisioni del *trustee*, venendo a rappresentare una sorta di tramite con quest'ultimo: cfr. sul punto F.R. LUPOI, *Cura di un archivio storico di famiglia*, in [www.il-trust-in-italia.it/TrustInterni2002/liberali/FRLarchivio%20t.htm](http://www.il-trust-in-italia.it/TrustInterni2002/liberali/FRLarchivio%20t.htm); per una esemplificazione dei poteri del guardiano in un atto istitutivo, RISSO L.F., *Acquisto di un appartamento*, in [www.il-trust-in-italia.it/TrustInterni2002/liberali/Risso%20t.htm](http://www.il-trust-in-italia.it/TrustInterni2002/liberali/Risso%20t.htm).

<sup>281</sup> Ciò vale ad affermare che, ad oggi, ricorrendo la possibilità nel nostro ordinamento della nomina di un amministratore di sostegno e nell'ordinamento tedesco quella della istituzione del cd. *betreuer* ben potrebbero coesistere, con riferimento ad una data situazione concreta nella quale colui che assiste il disabile provvede per il momento della propria morte a dettare le disposizioni inerenti il soggetto più debole, un *trustee*, con funzioni di gestione del patrimonio, ed un amministratore di sostegno ovvero un *betreuer* con funzioni di cura

perfettamente coerente con il differente, duplice profilo in cui si articola anche la funzione tutoria secondo il dettato codicistico (art. 357 c.c.)<sup>282</sup>.

Alla luce di quanto sinora evidenziato appare palese che l'istituzione del *trust* in favore del soggetto disabile può dar luogo a problematiche di coordinamento tra le figure del *trustee* e del *protector* e quelle del tutore, del curatore o dell'amministratore di sostegno. Innanzitutto, vale premettere che due sono le situazioni di massima che possono verificarsi nel caso di *trust* istituito a protezione di un soggetto disabile: 1) la disabilità o l'handicap non incide sulla capacità di intendere e di volere del soggetto: in tal caso non si pone un problema di possibile interferenza del *trust* con gli istituti di protezione complessiva ma si palesa comunque l'esigenza di apprestare una tutela al soggetto, la menomazione del quale può rendere più difficoltosa la quotidianità; 2) l'inabilità fisica o psichica incide sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o limitandola grandemente: in tal caso le ipotesi possono essere varie a seconda dell'intensità del *deficit* ovvero alla luce delle specifiche esigenze di tutela che si intendono realizzare<sup>283</sup>; in tale ultima situazione si pone il problema di una possibile sovrapposizione e di un conseguente necessario coordinamento con gli istituti posti a protezione degli incapaci.

La peculiarità del *trust* rispetto a tutela e curatela consiste nell'attribuzione della proprietà – titolarità dei beni in *trust fund* al *trustee*: il patrimonio destinato al soggetto beneficiario viene trasferito al *trustee* affinché ne destini le utilità per il mantenimento ed il sostegno al disabile e ne attribuisca i beni, alla morte di quest'ultimo, ai beneficiari finali. A differenza del tutore e del curatore il *trustee* non svolge un ufficio, bensì gestisce beni di cui è formalmente titolare, sebbene gli stesi siano segregati nel suo patrimonio e vincolati nello scopo. Invero, quando il soggetto in favore del quale sia istituito il *trust*, sia già sottoposto a misura di protezione limitativa della capacità di agire è preferibile, al fine di evitare inutili sovrapposizioni, che sia istituito *trustee* lo stesso tutore; tuttavia, nulla esclude che si possa trattare di due soggetti diversi, per quanto è indubbio che in tal caso potrebbe rivelarsi difficoltoso il coordinamento. Giova, inoltre, evidenziare che molto più articolato si rivela il potere di nomina del *trustee* da parte del disponente che, come si è visto, può dettagliatamente descrivere le attività che il *trustee* sarà chiamato a svolgere nell'interesse del disabile, rispetto al generale potere del genitore di designare il tutore per il figlio ovvero

---

della persona del disabile beneficiario nonché di controllo dell'operato del *trustee* nell'ottica della realizzazione della finalità di protezione del soggetto debole.

<sup>282</sup> La riflessione è di M. LUPOLI, *Trusts, cit.*, 646.

<sup>283</sup> Il mutamento di prospettiva nell'individuazione della misura di protezione da adottare dal grado di infermità al tipo di esigenza o finalità da assicurare lo si deve all'introduzione dell'amministrazione di sostegno ed all'elaborazione dottrinale ad essa connessa, per cui cfr. *supra* cap. I.

rispetto a quello dell'interessato che designi per il momento in cui non dovesse essere più capace il proprio amministratore di sostegno<sup>284</sup>.

La titolarità in capo al *trustee* dei beni vincolati in *trust fund* costituisce ulteriore carattere distintivo tra tutore e *trustee*: una diversità questa che si traduce in una maggiore agilità operativa dello strumento di origine anglosassone atteso che, ad esempio, mentre il tutore è tenuto a depositare il denaro, i titoli di credito al portatore e gli oggetti preziosi esistenti nel patrimonio dell'infermo presso un istituto di credito designato dal giudice tutelare, salvo che questi disponga diversamente quanto alla loro custodia, potendo trattenere soltanto le somme strettamente necessaria per le spese urgenti di mantenimento e di amministrazione, invece il *trustee* ha, di regola, la libera disponibilità dei beni in *trust*<sup>285</sup>. Quanto, poi, alla durata del *disabled's trust*, giova evidenziare che con la morte del soggetto disabile il *trustee* sarà tenuto ad attribuire i beni del *trust* al beneficiario finale; in caso di premorienza di quest'ultimo, può essere previsto nell'atto istitutivo il trasferimento dei diritti ai suoi figli e l'applicazione della normativa italiana sulla rappresentazione. Ove nemmeno queste ultime norme fossero applicabili e non vi sia in vita alcun beneficiario finale, il *trustee* dovrà conferire i beni del *trust* agli eredi legittimi del disponente.

In ordine al contenuto del *trust fund*, è evidente che, data l'estrema flessibilità dell'istituto, potrà essere il più vario: l'ipotesi più ricorrente nella prassi è, nel caso di patrimoni non ingenti, il conferimento iniziale in *trust* della nuda proprietà di uno o più immobili, con riserva di usufrutto; tale soluzione consente al nucleo familiare di continuare ad abitare l'immobile o di percepirne i redditi prodotti ove lo stesso fosse concesso in locazione.

Si è, peraltro, evidenziato che lo stesso *trustee*, in costante coordinamento con il guardiano, potrebbe procedere alla scelta dei beneficiari finali laddove abbia ricevuto incarico di trovare persone idonee alla cura del soggetto, che subentrino poi a quest'ultimo nel caso in cui si fossero rivelati in grado di curare adeguatamente il disabile<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Cfr. artt. 348 c.c. (i genitori hanno facoltà di designare la persona che verrà poi nominata tutore dal giudice tutelare con testamento, atto pubblico, scrittura privata autenticata) e art. 408 c.c. (l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata).

<sup>285</sup> Tuttavia è lecito constatare che la maggiore snellezza operativa del *trust*, connessa alla titolarità dei beni in capo al *trustee* è compensata dal rischio conseguente all'affidamento dei beni a questo soggetto e dalla perdita della titolarità in capo al disponente.

<sup>286</sup> Così M. LUPOI, *Trusts*, cit., 645, il quale evidenzia come ulteriore peculiarità del *trust* consista nella possibilità di individuare due categorie di beneficiari: coloro in favore dei quali è istituito il *trust* si possono distinguere in beneficiari del reddito, ossia coloro che si avvantaggiano di qualsiasi utilità scaturisca dal *trust*, e beneficiari finali, ossia quelli cui i beni del *trust* devono essere trasferito al termine del *trust*. Invero, nel caso del *trust* in favore di persona disabile quest'ultimo dovrebbe essere considerato beneficiario in senso economico e non tecnico in quanto l'inerenza dello scopo del *trust* alla sua cura personale ne farebbe il

Poste queste brevi premesse in ordine alla nozione ed alla disciplina del *trust* in favore dei disabili, occorre addentrarsi nella complessa tematica dei limiti insiti nel nostro ordinamento che impediscono la recezione acritica dell'istituto, pur nella consapevolezza dell'idoneità del medesimo a far fronte ad importanti e pressanti istanze di tutela.

Preliminarmente vale evidenziare che la Convenzione dell'Aja, all'art. 18, espressamente prevede la possibilità dell'inosservanza delle disposizioni in essa contenute “qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico”<sup>287</sup> ed avalla “l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle materie.. della protezione di minori e di incapaci, ...dei testamenti e della devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima”; nondimeno, le ragioni fondamentali per le quali il *disabled's trust* sembra non trovare spazio nel nostro ordinamento sono piuttosto connesse alla contrapposizione tra valori ed interessi configgenti: da un lato, la tutela del soggetto portatore di handicap, dall'altro la tutela degli interessi degli altri membri della famiglia tradotti nelle regole della successione necessaria.

Nell'ambito della discussione sulle citate disposizioni della Convenzione una prima problematica sottoposta all'esame della dottrina e della giurisprudenza ha riguardato la questione se nel compimento di atti di straordinaria amministrazione nel quadro della gestione di un *trust* avente quale beneficiario un minore o un incapace al *trustee* debbano applicarsi le disposizioni in tema di autorizzazione prescritte dagli artt. 320 ss c.c., 374 ss. c.c. e 747 c.p.c.. Prima dell'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja si era negato che il *trustee* dovesse soggiacere alle citate disposizioni, alla luce della prevalente considerazione del *trustee* come proprietario, come tale non qualificabile in termini di titolare di una potestà su situazioni giuridiche altrui rispetto al quale fosse necessario attivare il regime delle autorizzazioni<sup>288</sup>; nella dottrina successiva l'orientamento più accreditato è stato di segno

---

sostanziale destinatario di qualunque azione e gestione sui beni del *trust fund*. Non, invece, beneficiario in senso tecnico in quanto egli non è titolare di alcun diritto nei confronti del *trustee* di ricevere somme di denaro, altre utilità e soprattutto i beni del *trust fund*; inoltre, non potendo egli agire direttamente per far valere i propri diritti, necessiterebbe di un rappresentante, con una inutile duplicazione di funzioni tra *trustee* e tutore.

<sup>287</sup> Si ritiene che la norma faccia riferimento all'ordine pubblico internazionale e non a quello interno, con la conseguenza che un Paese aderente alla convenzione, come ad esempio l'Italia, non potrebbe opporre l'ordine pubblico interno per disattendere le disposizioni di cui alla Convenzione. Sul punto cfr. P. AMENTA, *Trust a protezione di disabile*, in *Trusts e attività fiduciarie cit.*, 618.

<sup>288</sup> Per la dottrina precedente all'entrata in vigore della Convenzione cfr. G. CASSONI, *Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, 753 ss; L.P. COMOGLIO, *Il caso di trustee straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari: un dubbio ricorrente di giurisdizione volontarie internazionale*, in *Riv. not.*, 1985, 246 e 252, nota 38. In giurisprudenza cfr. Trib. Casale Monferrato, decreto 13 aprile 1984, in *Riv. not.*, 1985, 240 ss.

opposto, ritenendosi prevalentemente che gli atti di disposizione su beni vincolati in *trust* dovessero essere assoggettati alle autorizzazioni previste dalle norme citate<sup>289</sup>.

Tuttavia, nel contesto di tale dibattito non può farsi a meno di considerare da un lato quello che è il ruolo rivestito dal *trustee* nel rapporto con gli altri soggetti del *trust* e con i beni in esso vincolati e, dall'altro, che il ricorso al *trust* dovrebbe rappresentare l'alternativa agli istituti civilistici a tutela dei disabili; cosicché, un *disabled person's trust* può operare tanto a favore di soggetti già interdetti o inabilitati o sottoposti ad amministrazione di sostegno quanto di persone per cui non si è potuto o voluto provvedere altrimenti. Un problema di coordinamento con le disposizioni specificamente dettate per gli incapaci si porrà solo quando l'incapacità sia stata formalizzata (situazione che ovviamente si concretizza soltanto con riferimento ad interdizione ed inabilitazione dal momento che il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno non è legalmente incapace ma piuttosto conserva la capacità di agire): in tal caso dovrà essere il tutore ad assolvere tutti gli adempimenti che eventualmente si rivelassero necessari in relazione ai beni dell'incapace; ove *trustee* e tutore confluiscono nella stessa persona fisica, il *trustee* sarà tenuto, proprio in quanto rappresentante legale dell'incapace, ad ottemperare alle prescrizioni di cui agli artt. 374 ss. c.c. Nel caso in cui, viceversa, lo strumento del *trust* sia stato adottato per provvedere a soggetti deboli, avendo cura di evitare la rigidità delle regole e la stigmatizzazione connessa agli strumenti di protezione tradizionali, non potranno applicarsi le disposizioni previste nel nostro ordinamento in tema di protezione degli incapaci.

In ogni caso, un *trust* istituito da taluni soggetti, spesso genitori, in favore di figli disabili incontra notevoli ostacoli laddove si debba procedere al coordinamento con la norme a tutela della famiglia in ambito successorio tanto nel caso in cui il disabile sia figlio del disponente, sia nell'eventualità in cui non vi sia un rapporto di parentela: in tali situazioni si pone la necessità di tutelare gli altri possibili eredi necessari lesi dalla devoluzione dei beni in *trust fund*.

Di là da pretese di completezza si cercherà di evidenziare brevemente ed ai fini che qui interessano quali possono essere le situazioni di complessità recate dall'intreccio tra *trust* e successione e quali le possibili soluzioni.

---

<sup>289</sup> Cfr. per tutti DELI, in AA.VV., *Convenzione relativa alle legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, a cura di A. GAMBARO, A. GIARDINA, G. PONZANELLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, 1289-1290. L'Autore precisa peraltro che tali adempimenti non sarebbero necessario laddove *trustees* fossero i genitori dei beneficiari minorenni e dall'atto istitutivo del *trust* emerga apposita clausola che esclude la necessità dell'autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione.

La presenza di altri legittimari, nel caso in cui il disabile beneficiario del *trust* sia erede necessario del disponente porta a chiedersi se la presenza del *trust* sia idonea ad integrare un atto lesivo della legittima e, soprattutto, se l'attribuzione dei cespiti vincolati in *trust* dopo la morte del disabile agli altri fratelli sia sufficiente a realizzare quell'equa distribuzione della ricchezza ed a impedire l'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi o pretermessi. Tali questioni dipendono in buona sostanza dalla difficoltosa adattabilità delle nostre norme in materia di legittima e collazione al particolare fenomeno del *trust* nonché alla sua possibile qualificazione in termini di liberalità, sia essa diretta o indiretta. Invero, la normale non coincidenza tra chi riceve l'attribuzione e che se ne avvantaggia nonché tra oggetto iniziale dell'attribuzione al *trustee* e quello trasferito ai beneficiari *in itinere* ed alla fine del *trust* costituiscono caratteri peculiari dell'istituto che non ne consentono la riconduzione al fenomeno delle donazioni.

Sulla tematica la dottrina ha dibattuto a lungo: da un lato si è ritenuto di escludere che un *trust* a favore di disabili con trasferimento dei beni ai beneficiari finali alla morte del primo beneficiario leda i diritti dei legittimari diversi dal disabile stesso<sup>290</sup>, argomentandosi in tal senso alla luce delle seguenti considerazioni: innanzitutto, l'istituzione del *trust* non è qualificabile in termini di atto *mortis causa*, bensì quale disposizione *inter vivos* con effetti *post mortem*, nella quale cioè l'evento morte si viene a collocare come termine di efficacia dell'attribuzione; l'istituzione del *trust* non è, tuttavia, qualificabile nemmeno come donazione, e quindi suscettibile di riduzione in caso di lesione di legittima, in quanto manca non soltanto l'elemento soggettivo (ovvero lo spirito di liberalità del disponente che non è animato dall'intento di arricchire il *trustee*) ma anche quello oggettivo (l'incremento patrimoniale del *trustee*, stante l'operatività dell'effetto di separazione nel suo patrimonio). Inoltre, l'attribuzione temporanea del solo reddito al beneficiario disabile risulta meritevole di tutela e quindi inattaccabile con l'azione di riduzione, anche in considerazione del riconoscimento del *trust* nel nostro ordinamento e del principio di conservazione di cui all'art. 15 ult. co. della Convenzione, in virtù del quale il giudice che debba decidere sulla validità di un *trust* è comunque tenuto, laddove una norma imperativa come quelle in tema di legittimari contrasti con la sua applicazione, a realizzare gli obiettivi del *trust* tramite altri mezzi giuridici. Da ultimo, viene fatto rilevare che l'indagine affidata al giudice sulla meritevolezza dello scopo del *trust* impone di distinguere tra i casi in cui si abusi del *trust* a

---

<sup>290</sup> In tal senso cfr. P. AMENTA, *op. cit.*, 619-620.

scopo elusivo di norme imperative e quelli in cui si miri alla realizzazione di specifiche esigenze di tutela di disabili, di per sé meritevoli di tutela.

Invero, vale aggiungere che la devoluzione dei beni al *trust* potrebbe considerarsi legittima anche dal punto di vista delle eventuali pretese degli altri legittimari, in quando essa non determinerebbe un ostacolo definitivo all'attribuzione dei beni costituiti in *trust fund* a questi soggetti ma soltanto una dilazione nel tempo del momento di attribuzione, atteso che proprio gli altri legittimari potrebbero essere contemplati come beneficiari finali nell'atto istitutivo di *trust*<sup>291</sup>. Si è sostenuto in particolare che l'istituzione di *trust* a favore di disabile si possa configurare in termini di adempimento dell'obbligazione legale di mantenimento ed assistenza che in quanto posta nei confronti del figlio disabile incapace di provvedere a sé stesso supererebbe i diritti degli altri legittimari: la fonte di tale obbligo andrebbe ricercata nell'interpretazione evolutiva degli artt. 433 e 443 c.c. alla luce degli artt. 2 e 30 Cost.; in tale contesto gli atti dispositivi compiuti dai genitori disponenti per la realizzazione degli scopi del *trust* non si configurerebbero come liberalità e pertanto sarebbero insuscettibili di riduzione<sup>292</sup>.

A tale teoria sono state mosse una serie di obiezioni: in particolare non sarebbe chiara la ragione per cui l'obbligazione legale dei genitori di mantenere ed assistere il figlio disabile sia da ricondurre agli artt. 433 e 443 c.c. piuttosto che all'art. 147 c.c.<sup>293</sup>. L'obbligazione alimentare che si estingue con la morte dell'obbligato prevede quali soggetti tenuti all'adempimento prima dei genitori, il coniuge ed i figli legittimi, legittimati naturali o adottivi e, in loro mancanza, i discendenti prossimi, anche naturali. Inoltre, la misura degli alimenti non deve superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando avuto riguardo alla sua posizione sociale: tale richiamo non salverebbe in ogni caso i cespiti che siano eventualmente trasferiti al *trustee* in misura eccedente rispetto alle necessità del disabile ed anzi introdurrebbe un limite quantitativo ulteriore, che si aggiunge a quello stabilito dalle norme in tema di quota disponibile. La teoria su esposta, peraltro, non prende sufficientemente in considerazione la posizione del disabile primo beneficiario titolare di un diritto alla percezione delle utilità e delle rendite derivanti dai beni gestiti dal *trustee* ed i

---

<sup>291</sup> Peraltro, tale temporaneo sacrificio risulterebbe compensato dall'esenzione dalla prestazione degli alimenti a favore del disabile, normalmente incapace di provvedere a sé stesso e quindi in stato di bisogno, cui sarebbero tenuti, nella verosimile mancanza di altri obbligati, i legittimari in qualità di suoi parenti più prossimi. Aspetto quest'ultimo sottolineato da Autorevole dottrina che lo ha eletto ad elemento giustificatore della tutela del disabile e della mancata esposizione all'azione di riduzione dell'attribuzione effettuata in suo favore al *trustee*: cfr. sul punto M. LUPOI, *op. cit.*, 645.

<sup>292</sup> Così M. LUPOI, *op. cit.*, 646.

<sup>293</sup> Invero, la tendenziale incapacità del disabile a provvedere ai propri bisogni fa sì che si possa riconoscere la sussistenza di un ontologico stato di bisogno e di impossibilità di provvedere al proprio mantenimento di cui all'art. 438 c.c..

possibili profili di lesione della quota di legittima a lui spettante: anche quest'ultimo potrebbe in astratto vantare un diritto a conseguire materialmente la titolarità dei beni corrispondenti alla quota a lui spettante, considerandosi peraltro che l'art. 549 c.c. stabilisce il divieto di imporre pesi e condizioni sulla quota di legittima<sup>294</sup>.

A questo punto dell'analisi condotta in ordine alle possibili utilizzazioni estranee al contesto funzionale d'origine dei *trusts*, non può farsi a meno di constatare che oltre a coloro che si occupano dell'assistenza del disabile, anche lo stesso soggetto interessato potrebbe ad un certo punto della propria vita sentire l'esigenza di provvedere per il proprio futuro in vista della sopravvenuta incapacità di gestirsi potrebbe essere lo stesso disabile, attualmente dotato di capacità di soddisfare i propri bisogni quotidiani ma consapevole di una futura, graduale perdita delle facoltà mentali in conseguenza di una patologia degenerativa<sup>295</sup>. Anche in questo contesto può inserirsi la proposta di utilizzazione dei *trusts* quale ipotesi di salvaguardia tecnica preventiva per permettere all'infermo mentale di non essere completamente estromesso dal circuito dei rapporti negoziali. Sarebbe possibile procedere alla creazione di un patrimonio separato, vincolato a garanzia della soddisfazione delle attuali e future obbligazioni dell'infermo, risultato della sua attività contrattuale, costituito da beni suoi o di chi voglia disporre in suo favore. Anche in tal caso viene in rilievo l'estrema flessibilità del *trust* che segna un punto decisivo a favore dell'utilizzo dell'istituto anglosassone in luogo di altri strumenti civilistici: il ricorso al *trust* non vincola dal punto di vista dei soggetti né dei beni che possono essere costituiti in *trust fund*; un individuo attualmente capace potrebbe costituire un tal tipo di *trust* sui propri beni in previsione della sua futura progressiva perdita della affidabilità negoziale, derivante da malattia o semplicemente dall'invecchiamento. L'istituzione di tale *trust* potrebbe altresì avvenire ad opera di genitori o terzi estranei che volessero in qualche modo assicurare ad un soggetto disabile la possibilità di continuare ad essere partecipe della vita giuridica della società. Il *trust* così concepito potrebbe riguardare specifiche, future attività negoziali e

---

<sup>294</sup> Interessante sul punto è la disamina di M. LUPOLI, *Introduzione ai trusts cit.*, 159 ss. In tale contesto ben si inserisce il richiamo al disegno di legge Paissan recante "norme in materia di *trusts* a favore di soggetti portatori di handicap" il quale all'art. 2 preclude al disabile la possibilità di "proporre azione di riduzione di disposizioni testamentarie o donazioni o di altri atti di liberalità qualora risulti che il *trust* in suo favore sia dotato di beni sufficienti per ogni sua esigenza di cura, mantenimento e sostegno"

<sup>295</sup> Con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, come si è visto (cfr. *supra* Cap. I), si è prevista espressamente la possibilità per il soggetto interessato di designare per il futuro l'amministratore di sostegno, anche se si è sottolineato che la novità è meno dirompente di quanto sembri dal momento che il legislatore italiano non ha inteso con l'art. 408 c.c. introdurre nel nostro ordinamento la figura adusa ad altri ordinamenti del mandato in previsione dell'incapacità, rimettendo invero al Giudice la determinazione dei compiti da affidare all'amministratore di sostegno ed in ogni caso lasciando integro il potere dell'autorità giudiziaria di superare la designazione preventiva in presenza di "gravi motivi".

funzionare quale garanzia per queste, o i beni in esso ricompresi potrebbero essere vincolati per la futura generica attività di contrattazione del disabile. Si potrebbe obiettare che vi sarebbe un rischio di forte indeterminatezza nonché il pericolo di un risultato antieconomico delle operazioni negoziali concluse col disabile: invero il primo potrebbe essere arginato attraverso il riferimento costante e specifico alla persona del disabile quale parte dei rapporti contrattuali che verrebbero di volta in volta in considerazione, il secondo tramite la presenza del *trustee* che sarebbe deputato alla gestione del *trust fund* e delle connesse attività cui i beni in esso ricompresi sono finalizzati. Tuttavia, questo discorso presuppone il superamento dell'idea che il soggetto legalmente incapace non possa porre in essere attività negoziale perché sprovvisto di capacità di agire: invero, tale dogma tradizionale è valicabile alla stregua di due considerazioni di fondo: la prima che si collega all'idea dottrinale già ampiamente riportata<sup>296</sup> secondo la quale gli atti che sono utili, quelli del quotidiano, non sono pregiudizievoli ma al contrario avvantaggiano il disabile e pertanto possono essere compiuti anche in presenza di una formalizzazione dell'incapacità di agire purché in presenza di un minimo di capacità di discernimento; la seconda, che auspica un utilizzo sempre più ridotto degli strumenti di protezione tradizionali, incapacitanti e fortemente stigmatizzanti, in favore di un ricorso accentuato all'amministrazione di sostegno, regime che consente di ritagliare la misura di protezione sulla figura della persona bisognosa preservandone la capacità in tutti gli ambiti ove sia possibile. La tutela solo in negativo del disabile deve lasciar spazio alla positiva promozione del suo fare negoziale quanto meno nell'attività del quotidiano rispetto alla quale ulteriore garanzia anche per l'affidamento dei terzi potrebbe essere rappresentata proprio dall'istituzione di un *trust*.

La creazione di fattispecie di garanzia su base fiduciaria costituisce una delle espressioni dell'autonomia provata presenti nell'esperienza giuridica continentale anche in ragione dell'intenso legame esistente tra fiducia e garanzia atteso che “*entrambi i concetti soddisfano un bisogno di affidamento e di sicurezza che nella garanzia è richiesto come obbligazione accessoria ad un'obbligazione principale; nella fiducia è insito nel significato della fattispecie*”<sup>297</sup>. Sull'uso del *trust* in funzione di garanzia la dottrina si è espressa in senso favorevole per quanto permangono perplessità di carattere generale connesse al timore della violazione del divieto del patto commissorio e del principio della *par condicio creditorum*<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Cfr. *supra* cap. I, par. 3.1.

<sup>297</sup> Così E. GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *TAF*, 2002, 4, 518 ss.

<sup>298</sup> Cfr. ancora E. GABRIELLI, *cit.* 519 ss.

Invero, la soluzione del *trust* a garanzia delle obbligazioni future costituirebbe approdo non del tutto estraneo al nostro ordinamento giuridico, sempre che si superi il problema generale dell'ammissibilità dei *trusts* interni<sup>299</sup>.

## 2. Patrimoni destinati: le nuove prospettive tra *trusts* interni e 2645 *ter*

Il concetto di destinazione patrimoniale non è alieno alla tradizione occidentale in quanto è legato al paradigma della fiducia romanistica: quest'ultima in uso sino alla fine dell'*ancien regime* con la sua scomparsa ha determinato la scomparsa delle destinazioni patrimoniali dalla prassi e dal diritto continentale europeo fino a che, con quello che si può denominare come processo di globalizzazione degli strumenti giuridici propri dei vari ordinamenti, non si è avvertita l'esigenza di recuperare quello che i *civil lawyers* avevano smarrito per strada. Tuttavia, come si è tentato di evidenziare già in precedenza nel momento in cui uno strumento come il *trust* fa capolino in un ordinamento come quello italiano dove alcuni dogmi tradizionali e regole inveterate impediscono la recezione acritica dell'istituto ogni certezza scompare per fare spazio ad una serie di tentativi di aggiustamento ed adeguamento dell'istituto ai crismi del complesso normativo di destinazione. Probabilmente, la ragione dell'introduzione nel nostro ordinamento di una norma quale quella dell'art. 2645 *ter* c.c. rappresenta il tentativo estremo di forgiare uno strumento alternativo al *trust* che meglio di quest'ultimo si confaccia alle regole proprie dell'ordinamento italiano in tema di proprietà e di successione e pur tuttavia sia quanto meno in astratto configurato quale mezzo idoneo al conseguimento di risultati *aliunde* raggiunti attraverso il ricorso al *trust*. Vale premettere che l'art. 2740 c.c. regola la responsabilità patrimoniale del debitore, stabilendo il principio secondo il quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presente e futuri, mentre le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge. I patrimoni destinati sono finalizzati a porre un argine a tale principio della cd. garanzia patrimoniale generica: il debitore infatti separa dalla massa alcuni beni sui quali il creditore non potrà agire. Prima di addentrarsi nella disamina dei caratteri propri dei patrimoni destinati ai fini che qui ci occupano occorre chiedersi se, dopo l'introduzione nel codice civile italiano e nella legislazione speciale, di istituti che richiamano il concetto di

---

<sup>299</sup> Basti pensare in tal senso alla cd. fideiussione *omnibus* con cui si garantisce l'adempimento di tutti i debiti, compresi quelli che potranno sorgere successivamente al rilascio della fideiussione che il beneficiario della garanzia risulterà avere verso una banca alla scadenza pattuita, ovvero nel momento in cui la banca riterrà di recedere dal rapporto e di chiedere il saldo dei propri crediti.

destinazione o segregazione patrimoniale, il principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale abbia ancora una sua valenza<sup>300</sup>. Invero, si deve ritenere che alla luce delle numerose innovazioni legislative in tal senso emerga netta una sorta di apertura verso la specializzazione della responsabilità patrimoniale. Addirittura, l'incessante proliferare di ipotesi legislative di segmentazioni patrimoniale potrebbe rappresentare un segnale della trasformazione dell'universalità della responsabilità patrimoniale da regola generale a regola residuale<sup>301</sup>. L'articolazione del patrimonio può dimostrarsi una tecnica assai efficiente di allocazione delle risorse e di razionalizzazione dei rischi: il creditore speciale non dovrà farsi carico di verificare, stimare e monitorare l'intero patrimonio del debitore e potrà- egli soltanto- procedere *in executivis* sui beni in gioco; a sua volta il debitore potrà segmentare il proprio patrimonio sapendo che i beni non messi sul piatto non saranno soggetti ad esecuzione ovvero lo saranno solo a determinate condizioni.

I paragrafi che seguono sono destinati alla disamina delle possibilità esistenti *de iure condito* nel nostro ordinamento di costituire patrimoni separati finalizzati alla realizzazione di scopi di tutela e protezione di soggetti incapaci, individuandone vantaggi e criticità già emerse anche alla luce delle prime applicazioni.

## 2.1 L'atto di destinazione *ex art. 2645 ter*: caratteri e comparazione con il *trust*

Il nuovo art. 2645 *ter* viene inserito nel contesto del codice civile quale *ius novum* in materia di trascrizione degli atti relativi ai beni immobili<sup>302</sup>: la sua collocazione sistematica è probabilmente sintomatica di una scelta ben precisa del legislatore, ovvero quella di non far

---

<sup>300</sup> Il riferimento tra gli altri è al fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), al *trust* (L. 16 ottobre 1989 n. 364), ai fondi pensione (dlgs. 124/1993), alla separazione patrimoniale degli strumenti finanziari (art. 22 dlgs. 58/98), ai patrimoni delle s.p.a. destinati in via esclusiva ad uno specifico affare (art. 2447 *bis*) e da ultimo all'art. 2645 *ter*.

<sup>301</sup> Cfr. in tal senso S. ANGELICI, *Introduzione alla riforma della società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA-PORTALE, I, Torino, 2006, 5.

<sup>302</sup> L'art. 2645 *ter* fa la sua apparizione nel codice civile attraverso l'art. 39 *novies* del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 273: la norma è rubricata "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche" ed il suo testo recita "gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

dire al nuovo strumento più di quanto era negli intenti di chi l'ha coniato. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, essa è sì una norma integrativa della disciplina della trascrizione ma, già da una prima lettura del suo testo, se ne intuisce la portata innovativa. Infatti, ivi è contenuto il primo riferimento testuale agli atti di destinazione, da intendere quale categoria generale: vale sottolineare che i riferimenti nel codice civile ai patrimoni destinati o segregati sono sparsi e poco organici<sup>303</sup> e soprattutto non consentono di ricavare elementi sufficienti per costruire una categoria di carattere dogmatico, con la conseguenza che appare evidente l'importanza che può assumere in quest'ottica il riferimento espresso contenuto nella nuova norma ad una nozione unitaria di "atto di destinazione"<sup>304</sup>.

La spiegazione della collocazione della nuova norma nell'ambito della disciplina della trascrizione potrebbe anche essere un'altra: il legislatore potrebbe aver dato per presupposta l'ammissibilità degli atti di destinazione; in questa prospettiva, l'art. 2645 *ter* servirebbe solo a superare il principio di tipicità degli atti soggetti a trascrizione.

Passando ad una disamina dell'istituto, preliminare rispetto alla comparazione col diverso strumento del *trust*, l'atto di destinazione, lo si ricava dalla lettura della norma, deve presentare alcuni requisiti di base: deve esservi, innanzitutto, un soggetto conferente, qualificabile anche in termini di disponente; devono esservi uno o più beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri che il conferente scelga di destinare alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c. secondo comma<sup>305</sup>. Inoltre, la destinazione implica la costituzione di un vincolo sui beni; un vincolo che non potrà avere una durata superiore ai 90 anni ovvero superiore alla durata della vita della persona fisica beneficiaria. Giova evidenziare che la limitazione temporale del vincolo è sintomo

---

<sup>303</sup> Il riferimento interessante a farsi è alla disposizione di cui all'art. 2447 bis, disposizione rubricata "patrimoni destinati ad uno specifico affare", rispetto alla cui introduzione nel codice civile molto si è discusso addivenendosi nell'opinione comune dei commentatori alla convinzione che si tratti di un istituto derogatorio del diritto comune, finendo col contrapporre la normalità dei fenomeni di destinazione patrimoniale negli ordinamenti giuridici che conoscono il trust all'eccezionalità dei medesimi fenomeni negli altri ordinamenti quale il nostro. Cfr. sull'argomento M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. notariato* 2006, 2, 467.

<sup>304</sup> Giova peraltro evidenziare che un precedente normativo in tema di patrimoni destinati è contenuto nel dlgs. 124/1993 che disciplina i fondi pensione.

<sup>305</sup> Sotto il profilo operativo si è ritenuto che la verifica di meritevolezza spetti al notaio, il quale dovrà procedervi sulla base degli elementi a sua conoscenza e di quelli comunicatigli dalle parti. In tal senso cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit. Invero, il controllo di meritevolezza attiene alla funzione giurisdizionale, cosicché la verifica della finalità dell'atto di destinazione dovrebbe spettare al giudice e non al notaio; resta però il problema del coordinamento con l'art. 28 l. not. in base al quale il notaio non può ricevere o autenticare atti se espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico. Si potrebbe ipotizzare un doppio controllo: il primo, *ex ante*, ad opera del notaio, il secondo *ex post*, soltanto eventuale ad opera del giudice.

dell'avversione dell'ordinamento italiano nei confronti delle restrizioni alla circolazione dei beni.

L'atto di destinazione deve rivestire forma pubblica, forma che ne consentirà la trascrizione ai fini dell'opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi. Quanto alla titolarità (*rectius*, legittimazione) delle azioni a tutela del vincolo, il legislatore ha inteso attribuirle tanto al conferente quanto a qualsiasi interessato<sup>306</sup> che, anche durante la vita del conferente, intenda realizzare ricorrendo all'autorità giudiziaria gli interessi a protezione dei quali è stato costituito il vincolo.

Per effetto del vincolo, i beni ed i frutti che essi producono potranno essere destinati esclusivamente alla realizzazione del fine di destinazione impresso dal conferente al momento della costituzione del patrimonio separato. Dalla disamina delle caratteristiche peculiari del nuovo istituto si evince dunque che l'atto di destinazione richiede un soggetto disponente, un beneficiario, uno o più beni ed una finalità, oltre che una durata legalmente prestabilita ove quella scelta dal conferente ecceda quella legale. La costituzione del vincolo avviene tramite la redazione dell'atto che, tuttavia, realizzerà realmente il suo effetto solo al momento della trascrizione: invero, l'atto di destinazione nasce con il precipuo scopo di realizzare un'esigenza, ossia quella di costituire un'entità, rappresentata da un bene o da un complesso di beni che i terzi non possano attaccare salvo che per interessi connessi allo scopo per cui il patrimonio è costituito. Sicché, appare evidente che l'atto di destinazione viene stipulato per essere trascritto, per essere reso opponibile a quel terzo che, in tal modo, non potrà incidere sulla sua consistenza per soddisfare propri crediti a meno che gli stessi non siano sorti proprio in dipendenza della realizzazione della finalità della destinazione. Il vincolo presenta una doppia anima: una statica, che fa sì che i beni vincolati siano sottratti al principio di cui all'art. 2740 c.c., ossia della responsabilità patrimoniale generica; l'altra dinamica, che determina il sorgere di un vincolo in capo ad un soggetto il quale sarà tenuto a perseguire la finalità impressa sui beni dal disponente.

La finalità del nuovo istituto è quella di consentire il soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche<sup>307</sup>: inoltre, il disponente può vincolare solo beni rispetto ai quali sia titolare di un diritto reale.

---

<sup>306</sup> Interesse che andrà valutato alla luce delle disposizioni di carattere generale di cui all'art. 100 c.p.c.

<sup>307</sup> La disposizione contiene un doppio richiamo al concetto di "meritevolezza", il primo espresso il secondo reiterato attraverso il rinvio al secondo comma dell'art. 1322 c.c. Una duplicazione che non sembra avere uno specifico significato, cosicché potrebbe ritenersi che si sia trattato di una sovrapposizione di più mani nella redazione del testo della norma. Così sostiene M. LUPOI, *op. ult. cit.*, nota 4, 472.

Vale evidenziare che il termine “conferente” adoperato dal legislatore sembra suggerire che debbano coesistere, al momento della costituzione del vincolo di destinazione, un atto di trasferimento (conferimento) e l’atto costitutivo del vincolo: tipico in tal senso è il fondo patrimoniale, quando costituente sia un soggetto diverso dai coniugi, caratterizzato proprio dal trasferimento di un bene a terzi e dalla costituzione contestuale di un vincolo teso a destinare quel bene alla realizzazione di precipe finalità legate alla formazione ed allo sviluppo della famiglia; altra ipotesi è quella di cui all’art. 2447 *bis* c.c. nel quale la società conferisce un bene proprio destinandolo alla realizzazione di uno specifico affare.

L’art. 2645 *ter* si riferisce sia al caso del bene proprio del disponente che tale rimane, sia al caso del bene che il disponente trasferisca contestualmente o successivamente alla imposizione del vincolo: ciò lo si desume dalla lettura del testo normativo che considera normale l’eccedenza della durata del vincolo rispetto alla vita del disponente, nonché dalla circostanza che il legislatore chiama conferente il disponente ed ancora dal fatto che la disposizione consente a terzi interessati di agire per l’attuazione della finalità dell’atto di destinazione anche in seguito alla morte del conferente e questi ultimi non possono che essere identificati con coloro cui il bene sia stato trasferiti. Invero, l’espressa previsione della legittimazione ad agire del disponente comporta che la posizione dominicale sui beni vincolati può competere ad un soggetto diversi da quello che ha imposto il vincolo e durante la vita di questi.

I dati caratteristici dell’atto di destinazione come sinora delineati inducono immediatamente a compiere un raffronto tra il nuovo istituto introdotto nell’ordinamento giuridico italiano ed i *trusts*. Segnatamente l’atto di destinazione va posto a raffronto con la dichiarazione di *trust* più che con il suo atto istitutivo. Fra le tipologie di *trusts* si riscontra l’esistenza del *trust* auto-dichiarato e del *trust* con trasferimento di beni al *trustee*: in entrambe le fattispecie effetto del *trust* è la nascita di un vincolo sui beni, oggetto rispettivamente della dichiarazione unilaterale e del trasferimento; tuttavia, il trasferimento al *trustee* può avvenire senza che venga fatto alcun riferimento al *trust* e talvolta anche prima che il *trust* sorga<sup>308</sup>. Ricorre altresì una dichiarazione di *trust* quando un soggetto riceve un bene destinato ad un terzo e, volendo proteggere la posizione del terzo, si dichiara *trustee*<sup>309</sup> del bene al fine di non confondere lo stesso nel proprio patrimonio.

---

<sup>308</sup> In quest’ultimo caso è il *trustee* che dichiara il vincolo e la struttura giuridica della fattispecie si presenta identica a quella del *trust* auto dichiarato.

<sup>309</sup> In tale ipotesi potrà trattarsi del *trustee* di un nuovo *trust* ma anche del *trustee* di un *trust* già esistente, che viene accresciuto con il nuovo bene.

Al fine di poter procedere ad una comparazione tra i due istituti posti a confronto occorre precisare che il termine *trust* assume una molteplicità di significati: esso infatti designa sì il rapporto giuridico che fa capo al *trustee*, ma sta ad indicare altresì il complesso delle posizioni soggettive aventi per oggetto i beni, la finalità dell'affidamento dei beni al *trustee*, l'obbligazione del *trustee* di realizzare quella finalità ed, infine, il vincolo impresso sui beni dal disponente. In particolare, l'espressione "*trust property*" sta ad identificare proprio il vincolo sui beni. Ciò posto, occorre evidenziare che l'intervento legislativo sembra aver inteso scavalcare le difficoltà che sinora avevano afflitto il *trust* interno: sicché, il problema di comparazione non si pone nei termini della verifica della ricorrenza di un'omologazione totale tra l'atto di destinazione ed il *trust*. Invero, è da preferire un'ottica funzionalistica che conduca ad una valutazione in termini di equivalenza pratica piuttosto che di assoluta identità disciplinare

La dichiarazione di *trust* riguarda uno o più beni, è soggetta al requisito della meritevolezza dell'interesse<sup>310</sup>, determina la segregazione patrimoniale, fa insorgere un vincolo in favore di un beneficiario; ancora, anche il vincolo di *trust*, per giurisprudenza consolidata<sup>311</sup>, è suscettibile di pubblicità; da ultimo, la dichiarazione di *trust* avente per oggetto beni immobili o mobili registrati risulta normalmente da atto pubblico. Sin qui nessuna particolare differenza con l'istituto dell'atto di destinazione: tuttavia, un elemento discrezionale c'è ed è individuabile nella facoltà del disponente o conferente di agire per l'attuazione della finalità propria del negozio di destinazione. Invero, nel diritto dei *trusts* di regola il disponente non può agire contro il *trustee*, l'azione spettando esclusivamente ai beneficiari e, ove previsto, al *trust guardian*. Vale, tuttavia, sottolineare che sebbene l'assenza del diritto di azione del disponente nei confronti del *trustee* costituisca la regola, le molteplici leggi straniere tra le quali il disponente di un *trust* interno può scegliere offrono soluzioni differenti fino a consentire al disponente tali e tanti poteri di diretto intervento sullo

---

<sup>310</sup> Giova evidenziare che, secondo R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, Relazione tenuta dall'Autore all'Università di Tor Vergata, nell'ambito del Convegno "*Le nuove forme di organizzazione del patrimonio. Dal trust agli atti di destinazione*", in una prospettiva di equivalenza funzionale la differenza, peraltro destinata a svaporare alla prova dei fatti, sta nel fatto che l'art. 2645 ter richiede per l'atto di destinazione un giudizio di meritevolezza dell'interesse da parte dell'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c. mentre il *trust* non sembra avere problemi di questo genere, precisandosi peraltro che, a parte i difficili incroci tra causa e *consideration*, la valutazione di quest'ultima in common law non rappresenta affatto l'equivalente del giudizio causalistico propri del nostro ordinamento; il controllo di congruità rispetto alle ragioni di public policy al di là della Manica avviene attraverso altre modalità.

<sup>311</sup> Trattasi in particolare della giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Napoli 22.7.2004, Trib. Napoli 16.6.2005; Trib. Firenze 2.7.2005; Trib. Trieste 23.9.2005, tutte in *La giurisprudenza italiana sul trust. Quaderno n. 4 di Trusts ed attività fiduciarie*, IPSOA, 2005.

svolgimento del *trust* da portarlo ad una posizione di forza di gran lunga superiore a quella contraddistinta dalla mera legittimazione ad agire<sup>312</sup>.

Alla luce delle brevi considerazioni sinora fatte, può ritenersi che *trust* ed atto di destinazione non siano istituti coincidenti: piuttosto, è stato affermato autorevolmente che l'atto di destinazione è un frammento di *trust*, e ciò in quanto l'istituto delineato dall'art. 2645 *ter* non è legato al campo delle obbligazioni fiduciarie e non presenta una regolamentazione sufficientemente completa<sup>313</sup>.

Quanto alla funzione svolta dall'atto di destinazione in rapporto all'oggetto della presente ricerca, vale sottolineare che per essere efficiente il novello istituto dovrà necessariamente collocarsi in un contesto obbligatorio, come del resto avviene per la dichiarazione di *trust*. Nulla impedisce ad un soggetto di vincolare beni che egli mantiene nel proprio patrimonio, sebbene segregati in vista del perseguimento della finalità del vincolo: in questo caso l'analogia con l'istituto del fondo patrimoniale costituito da uno o da entrambi i coniugi è particolarmente forte anche sotto il profilo impositivo. Chi opta per un tal tipo di soluzione, senza preoccuparsi delle conseguenze della propria morte sulla sorte del vincolo, si allontana radicalmente da quella che è la struttura tipica del *trust*, puntando in sostanza alla prevalenza del vincolo rispetto al rapporto obbligatorio che nascerebbe dal trasferimento ad un soggetto che si obblighi non tanto e non solo a rispettare il vincolo quanto ad agire per attuare la finalità del vincolo stesso<sup>314</sup>. Se la durata del vincolo, eccedente o possibilmente eccedente la vita del disponente, non sia accompagnata dal trasferimento dei beni a chi si obblighi ad attuare la finalità della destinazione, la differenza rispetto al *trust* diviene maggiormente evidente e, probabilmente, l'efficienza dell'atto di destinazione si riduce in misura rilevante, attesa la centralità dei profili di diritto reale e la quasi totale assenza di vincoli obbligatori.

Guardando poi al momento finale, ossia quando il vincolo cessa, nel diritto dei *trusts* è possibile che i beni in *trust* tornino al disponente ovvero ai suoi eredi o comunque ad un soggetto diverso da quello in favore del quale erano stati vincolati nel corso del *trust*: questo è ciò di regola avviene nei *trusts* interni istituiti per sostenere persone con disabilità. Durante la vita delle persone con disabilità il reddito dei beni è al loro servizio e, se necessario, lo

---

<sup>312</sup> Il riferimento è, tra l'altro, alla revoca ed alla sostituzione del *trustee* quali poteri normalmente spettanti al disponente, ovvero all'attribuzione al disponente del ruolo di guardiano del *trust* con conseguente legittimazione ad agire nei confronti del *trustee*.

<sup>313</sup> Così cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 470.

<sup>314</sup> Tale problematica non si presenta nel fondo patrimoniale atteso che la morte di un coniuge conduce allo scioglimento del fondo salvo che vi siano figli minori.

sono gli stessi beni, ma successivamente il *trustee* trasferisce i beni o i beni residui ad altri soggetti (di solito si tratta degli altri figli del disponente) ed il *trust* cessa.

Sicché il vincolo non è andato a vantaggio del soggetto titolare dei beni vincolati né nella vigenza del vincolo né alla sua cessazione. Questo tipo di costruzione potrebbe non contraddistinguere anche gli atti di destinazione, atteso che non sembra esservi incompatibilità tra il vincolo e la patrimonializzazione, in capo al soggetto proprietario, alla cessazione del vincolo medesimo; infatti, il disponente che vincoli i beni per un breve periodo e, al termine, sia ancora vivo, è destinato a riacquistare *in toto* la sua posizione dominicale e lo stesso potrebbe accadere al diverso soggetto cui il disponente abbia trasferito i beni con il patto che, alla cessazione del vincolo, i beni gli appartengano pienamente.

Nel diritto dei *trusts* il termine “beneficiario” ha o può avere una doppia accezione: colui in favore del quale il vincolo opera finché esso duri e colui al quale i beni competono sino alla cessazione del vincolo; tale duplice valenza può essere riversata o meno sugli atti di destinazione, arricchendoli di funzionalità che determinerebbero un ampliamento della relativa sfera applicativa e li diversificherebbero ulteriormente dall’istituto del fondo patrimoniale.

Alla luce di quanto sinora argomentato si può senz’altro concludere nel senso che il legislatore italiano attraverso la disposizione di cui all’art. 2645 *ter* c.c. ha inteso introdurre nel nostro ordinamento uno strumento negoziale dal carattere versatile funzionalmente assimilabile all’istituto del *trust*. Tuttavia, quest’ultimo potrebbe ancora essere preferito in ragione di alcuni inconvenienti che potrebbero discendere dall’atto di destinazione di cui al 2645 *ter* c.c.: invero, la scelta del *trust* piuttosto che del nuovo istituto introdotto dal legislatore italiano potrebbe essere motivata dall’interesse preminente del conferente volto ad evitare ogni possibile dispersione dei beni vincolati nel patrimonio personale del gestore, dovendo questi esercitare sugli stessi solo una titolarità rigidamente funzionalizzata alla realizzazione degli obiettivi fissati nell’atto di destinazione<sup>315</sup>

Da ultimo ci si deve interrogare su quali siano gli effetti prodotti dall’introduzione nel codice civile del nuovo art. 2645 *ter* sui cd. *trusts* interni: la legittimità di questi ultimi è dato acquisito nell’ordinamento italiano, come dimostra la disamina delle pronunce della giurisprudenza di merito<sup>316</sup> ovvero dei pareri emessi dall’Agenzia delle Entrate

---

<sup>315</sup> Così cfr. M. LUPOI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, cit., 172.

<sup>316</sup> Cfr. le sentenze citate nella nota 48.

sull'argomento o ancora il recente intervento del Consiglio Nazionale del Notariato<sup>317</sup>, sicché si può ritenere che il 2645 *ter* avrà scarsi riflessi sull'operatività dei *trusts* interni. Invero, l'innovazione legislativa è destinata a rafforzare quella che ormai è una prassi dominante: il vincolo di beni per il conseguimento di finalità meritevoli di tutela è ora ammesso in via generale da una norma che disciplina in particolare il regime di pubblicità connesso alla costituzione del vincolo. La segregazione patrimoniale sembra essere divenuta una possibilità più che concreta nel nostro ordinamento: se l'istituto diventerà un ulteriore strumento a protezione dei disabili, particolarmente utile soprattutto dal punto di vista di chi si preoccupa di salvaguardare le esigenze del proprio congiunto disabile per un momento successivo alla propria morte, lo si vedrà nelle applicazioni pratiche che consentiranno di appurarne l'effettiva funzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti.

## 2.2 Patrimoni di destinazione all'italiana e *fiducie* francese

Nel febbraio del 2007 la Francia, con legge n. 2007-211<sup>318</sup> ha introdotto una disciplina organica del contratto istitutivo della *fiducie*. Tale istituto fiduciario sembra essere stato costruito quale omologo del *trust* per quanto solo sul piano funzionale e non anche strutturale: il nuovo art. 2011 del code civ. definisce la *fiducie* come “*l'operazione con la quale uno o più disponenti trasferiscono dei beni, diritti o garanzie, ovvero un insieme di beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari che, tenendolo separati dai loro patrimoni personali, agiscono entro uno scopo determinato a favore di uno o più beneficiari*”. Già dalla lettura della definizione è possibile desumere un'analogia della *fiducie*, quanto meno sul piano nozionistico, con il cd. *trust* convenzionale: infatti, i beni conferiti al fiduciario risultano separati dal suo patrimonio generale e, quanto alla gestione della massa destinata (denominata *patri moine fiduciaire*) lo stesso è vincolato all'osservanza delle direttive del fiduciante, come fissate nel regolamento convenzionale della *fiducie* nonché al rispetto degli obblighi specifici indicati direttamente dalla legge. L'effetto di separazione in uno al prodursi di una vicenda traslativa, *proprium* del novello istituto, si producono in conseguenza della conclusione di un contratto, quello istitutivo della *fiducie*, sempre che questo, a pena di nullità espressamente sancita, sia

---

<sup>317</sup> CNN. Notizie del 22.2.2006.

<sup>318</sup> Il riferimento è alla *Loi n. 2007 – 211 du février 2007 instituant la fiducie*, in *Journal Officiel de la République Française du février 2007*, n. 44, 3052, consultabile anche in via telematica all'indirizzo [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Giova evidenziare che la disciplina introdotto tramite tale legge è stata ulteriormente incisa dalla legge n. 776 del 4 agosto 2008 che ha apportato alcune modifiche all'istituto.

rivestito della forma scritta ed abbia un contenuto minimo conforme a quanto prevede l'art. 2018 *cod. civ.*<sup>319</sup>.

Con riferimento alle finalità perseguibili a mezzo di tale nuovo strumento negoziale, è possibile individuare due tipologie di fiducia: la prima, la cd. fiducia – gestione, la quale implica un trasferimento di beni al fiduciario perché li gestisca in vista del raggiungimento di un determinato scopo a vantaggio dei beneficiari<sup>320</sup>; la seconda, la cd. fiducia – garanzia nella quale il creditore riveste il ruolo di custode fiduciario del bene vincolato a garanzia di un debito nonché di destinatario finale della proprietà dello stesso per il caso di inadempimento del debitore – fiduciante.

Ai fini del raggiungimento dello scopo di tutela degli interessi e delle esigenze del soggetto disabile la prima tipologia indicata appare essere quella più adatta; giova tuttavia evidenziare che all'atto dell'introduzione dell'istituto nell'ordinamento francese lo stesso non era utilizzabile da parte di persone fisiche ma soltanto dalle persone giuridiche soggette all'imposta sulle società, con questo escludendosi in radice l'istituzione di una fiducia per la realizzazione di scopi sociali. Ne derivava un notevole affievolimento dell'istituto in esame rispetto alle potenzialità applicative, stante la restrizione del palco dei legittimati attivi alla stipula del contratto fiduciario. Si palesava in tutta la sua evidenza il *gap* funzionale che separava l'istituto francese non solo dall'archetipo di riferimento, ossia il *trust*, ma anche dal nostro negozio destinatorio *ex art. 2645 ter c.c.*<sup>321</sup>. Invero, la legge n. 2007-211 precludeva il trasferimento fiduciario a fini gestori di beni ad opera di individui vulnerabili quali anziani e persone con disabilità, impedendo di fatto che l'introduzione della *fiducie* potesse contribuire a sovvenire alle esigenze assistenziali di tali categorie di soggetti deboli. La stessa dottrina francese non ha mancato di evidenziare tale dato negativo, non ritenendo sufficiente a giustificare le restrizioni normative il rischio di usi fraudolenti della *fiducie* (rischio rappresentato in buona sostanza dall'elusione fiscale e dal riciclaggio di capitali)<sup>322</sup>. Invero, molti autori considerano tali pericoli adeguatamente scongiurati dal prescritto regime di neutralità fiscale del nuovo istituto, in virtù del quale ai fini contributivi il

---

<sup>319</sup> In particolare, è richiesta l'indicazione dei beni, diritti o garanzie trasferiti, dell'identità del costituente, del fiduciario e dei beneficiari della destinazione, oltre alla specificazione dello scopo del trasferimento nonché dell'estensione dei poteri di amministrazione e disposizione riconosciuti al fiduciario. Vale evidenziare che, in analogia a quanto previsto dal legislatore italiano, il contratto, per effetto della citata novella del 2008 avrà una durata massima di 99 anni.

<sup>320</sup> La terminologia *fiducie – gestion* è utilizzata significativamente da S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2008, 1, 327.

<sup>321</sup> In tal senso cfr. L. EGIZIANO, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Giappichelli, Torino, 2009. 89 s.

<sup>322</sup> Cfr. tra gli altri F. BARRIERE, *La legge che istituisce la fiducie: tra equilibrio ed incoerenza* (trad. it.), in *Trusts ed attività fiduciarie*, 2008, 3, 129.

disponente viene considerato quale titolare dei beni e diritti già oggetto della vicenda traslativa in favore del fiduciario e finché gli stessi non saranno trasmessi al beneficiario e, soprattutto, dal divieto espresso della costituzione di una fiducia a scopo di liberalità, stando al disposto dell'art. 2013 *code civ.* in virtù del quale “*il contratto di fiducia è nullo se deriva da un intento liberale a vantaggio del beneficiario. Questa nullità è di ordine pubblico*”. Ne deriva che il beneficiario della destinazione patrimoniale, eccettuato il caso in cui quest'ultimo coincida con il soggetto fiduciante, dovrà corrispondere al costituente medesimo un corrispettivo.

Con l'intervento del 2008, il legislatore ha abrogato l'art. 2014 *code civ.* assicurando in tal modo anche alle persone fisiche la possibilità del ricorso al novello istituto: tale ampliamento del palco dei legittimati attivi ha imposto l'adozione contestuale di altri aggiustamenti della disciplina originaria ed in particolare a partire dal febbraio 2009 sarà causa estintiva della *fiducie* il decesso del disponente, il che implica il rientro nell'asse successorio dei beni precedentemente inclusi nel patrimonio fiduciario; inoltre, il disposto dell'art. 2022 come novellato sancisce che, ove nel corso dello sviluppo fisiologico della *fiducie* il disponente venga sottoposto ad una misura interdittiva, il fiduciario sarà gravato di un obbligo di rendiconto al tutore o curatore della propria attività gestoria con cadenza quantomeno annuale.

Quanto alla figura del beneficiario, nulla mura a seguito della recente novella: infatti, sin dall'introduzione originaria della *fiducie* il beneficiario può essere sia una persona fisica che una persona giuridica senza alcun tipo di limitazione soggettiva. Al riguardo vale evidenziare che l'art. 2016 riconosce la possibilità tanto al costituente che al fiduciario di essere nel contempo anche il beneficiario ovvero uno dei beneficiari della destinazione, essendo esclusa la sola ipotesi della separazione patrimoniale auto-dichiarata in quanto considerata in via presuntiva elusiva delle ragioni dei creditori del disponente.

Ancora con riguardo ai beneficiari, occorre sottolineare che la protezione delle loro ragioni è affidata al meccanismo di *affectation* opponibile ai terzi, vale a dire di separazione della massa conferita dal disponente dal patrimonio personale del fiduciario nonché dagli altri eventuali patrimoni fiduciari dello stesso. Tale meccanismo costituisce una deroga espressa, tipizzata dal legislatore, alla normale operatività della regola dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2092 *code civ.*<sup>323</sup>, disposizione che rappresenta un omologo del nostro art. 2740 c.c., nonché del principio di *par condicio*

---

<sup>323</sup> Tale norma stabilisce che “*quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présente t à venir*”.

*creditorum* codificato dall'art. 2093<sup>324</sup>. Il patrimonio fiduciario può dunque considerarsi come un patrimonio destinato, di proprietà del fiduciario ma vincolato al raggiungimento dello scopo fissato in via pattizia o alla gestione in favore di un soggetto diverso rispetto al suo amministratore ovvero il beneficiario. La destinazione implica effetti patrimoniali di tipo separativo: i beni destinati alla realizzazione dello scopo saranno sottratti alle pretese esecutive dei creditori personali del fiduciario (ai sensi dell'art. 2025 code civ. il patrimonio fiduciario non può essere sequestrato che dai titolari dei crediti nati per la conservazione o la gestione di detto patrimonio); allo stesso modo un eventuale procedura concorsuale a carico dello stesso non potrà intaccare in alcun modo la consistenza della massa patrimoniale separata (art. 2024). Tuttavia, la separazione patrimoniale non è poi così netta come sembra: infatti, l'art. 2025 comma 2, dispone che, ove si riveli incapiente il patrimonio fiduciario, delle obbligazioni contratte nella gestione dello stesso e per il raggiungimento dello scopo risponderà in via sussidiaria anche il patrimonio del disponente oppure, in alternativa e se ciò sia espressamente previsto nel contratto di *fiducie* anche il patrimonio personale del gestore fiduciario. E' dunque evidente la profonda differenza che intercorre tra *fiducie* e *trust*: il patrimonio fiduciario infatti non è completamente separato dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, con la conseguenza che a tale strumento negoziale di destinazione appare sempre preferibile il *trust*.

Nondimeno, si rivela egualmente importante, anche ai fini che qui ci occupano, l'istituzione della *fiducie*, atteso che la loi 2007-211 ha comunque il merito di aver positivizzato nell'ordinamento francese i patrimoni separati. Quanto alle differenze della *fiducie* francese rispetto al nostro atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, occorre evidenziare che il legislatore italiano ha scelto di privilegiare l'aspetto dell'opponibilità ai terzi della destinazione e quello della meritevolezza dell'interesse perseguito, mentre quello d'Oltralpe ha inteso intraprendere un percorso di modernizzazione del sistema rifuggendo dalla idea di una mera trasposizione del *trust*.

Giova sottolineare che, pur se con la novella del 2008 sono state superate le incongruenze della normativa originaria, attraverso l'apertura alle persone fisiche nel ricorso all'istituto, è stato acutamente osservato che in realtà l'ampliamento operato dal più recente legislatore è comunque da leggersi quale espressione della *voluntas legis* di potenziare la figura dell'imprenditore individuale (beneficiario di una serie di agevolazioni fiscali nonché di una

---

<sup>324</sup> In base al quale “*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*”.

diminuzione degli obblighi burocratici rispetto a quelli connessi alla costituzione di una società di capitali) e di promuovere la creazione di piccole imprese<sup>325</sup>.

L'obiettivo perseguito in realtà dal legislatore francese nel momento in cui sceglie di estendere alle persone fisiche la fruizione del nuovo istituto appare del tutto evidente se si considera che non è stato invece abrogato il divieto di istituire la fiducia a scopi di liberalità, né il divieto di coincidenza tra fiduciario e tutore o curatore del disponente: invero, la persistenza di tali limitazioni costituisce un indubbio ostacolo alla diffusione dell'utilizzo concreto dell'istituto nelle relazioni di natura familiare (si pensi all'ipotesi di un minore disabile del quale si intendano trasferire i beni al fine di costituire una cd. fiducia – gestione ovvero a quella di un soggetto incapace che beneficerebbe della possibile coincidenza dei ruoli di fiduciario e di tutore o curatore che risulta impedita dalla legge).

---

<sup>325</sup> Cfr. L. EGIZIANO, *op. cit.*, 93. L'Autore invero continua considerando che “*restano intatti forti ostacoli normativi che si frappongono ad un generalizzato uso “sociale” del contratto di fiducie a testimonianza ulteriore dei timori del legislatore d’Oltralpe in merito a possibili usi disinvolti di tale strumento contrattuale di separazione patrimoniale*”.