2
2020

Fondazione Italiana del Notariato

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - Aut.MBPA/LO-NO/095/Abb.Postale/2016 Periodico ROC-LO/VA

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Rivista semestrale

ISSN 2611-4313

PROCEDIMENTI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE: PROSPETTIVE PER UNO STATUTO CONDIVISO DI REGOLE OPERATIVE

A CURA DI GIAN ANDREA CHIESI

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

2020
2

PROCEDIMENTI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE: PROSPETTIVE PER UNO STATUTO CONDIVISO DI REGOLE OPERATIVE

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Direttore responsabile
Antonio Delfino

Consiglio di Amministrazione

Presidente
Antonio Areniello

Vice Presidente
Alessandro Corsi

Componenti
Diego Barone
Paolo Guida
Michele Labriola
Giuseppe Montalti
Vincenzo Pappa Monteforte

Il Comitato scientifico della rivista coincide con quello della Fondazione

Coordinamento Editoriale
Emanuela Paolucci

Segreteria di redazione
Vally Cappelli

Proprietario
Fondazione Italiana del Notariato
Via Flaminia 160
00196 Roma

Stampa
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

2

2020

Fondazione Italiana del Notariato

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

PROCEDIMENTI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE: PROSPETTIVE PER UNO STATUTO CONDIVISO DI REGOLE OPERATIVE

A CURA DI GIAN ANDREA CHIESI

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Introduzione

Gian Andrea Chiesi
Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione
Esperto Formatore, Scuola Superiore della Magistratura

Il presente volume raccoglie gli atti del corso di formazione permanente "La volontaria giurisdizione" (P21019), organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con la Fondazione Italiana del Notariato e tenutosi dall'8 al 9 marzo 2021, con modalità di formazione a distanza, stante il perdurare della crisi sanitaria derivante dall'epidemia da Covid-19.
Organizzato in 4 sessioni (la prima dedicata ai principi di carattere generale; la seconda all'amministrazione di sostegno; la terza alle tematiche relative ai diritti reali ed alle successioni; l'ultima di contenuto squisitamente processuale), il corso si è posto l'obiettivo di scandagliare in profondità un mondo, quello dei procedimenti di volontaria giurisdizione, sostanzialmente ai margini dei circuiti "nobili" della convegnistica, perché – decisamente a torto – considerato troppo "di nicchia" o di scarso rilievo pratico.

Eppure, a ben guardare, dalla famiglia ai minori, passando per le questioni del fine vita, i titoli di credito, i diritti reali e le successioni, i procedimenti di volontaria giurisdizione variamente intersecano pressoché tutte le materie trattate dal codice civile, sovente coinvolgendo diritti soggettivi fondamentali, di rilievo costituzionale e, non ultimo, rappresentando il vero e proprio "*front office*" della giustizia rispetto alle esigenze quotidiane delle persone fragili.
Fragilità che ha rappresentato il *fil rouge* delle prime due sessioni, introdotte dalla *lectio magistralis* del Prof. Cendon, il quale ha accompagnato i partecipanti lungo l'ideale percorso – culturale ed empatico, prima ancora che legislativo e giuridico – che, attraverso un radicale mutamento di prospettiva, ha consentito il passaggio dall' "io sostitutivo" (proprio delle forme di "protezione" originariamente previste dal codice civile) all' "io ausiliario", caratterizzante la più moderna amministrazione di sostegno. Istituto, questo, sviscerato in pressoché tutte le sue declinazioni durante la seconda sessione, allorché i colleghi Rita Russo e Francesco Cortesi, da un lato, ed i notai Maria Luisa Cenni e Carmine Romano, dall'altro, hanno approfondito le più delicate tematiche concernenti non solo la fase genetica del rapporto tra beneficiario ed amministratore (con specifico riferimento al contenuto del decreto di nomina ed alle valutazioni di opportunità – rimesse al g.t. – circa la perimetrazione

delle perduranti facoltà del primo e dei doveri del secondo), ma anche il suo sviluppo nella quotidianità (con riferimento agli atti personali e patrimoniali compiuti dal beneficiario), nonché le scelte di carattere terapeutico e di fine vita. Le relazioni del notaio Francesco Regine e del collega Roberto Masoni hanno, infine idealmente chiuso il cerchio, soffermandosi sugli aspetti relativi (a) all'amministrazione del patrimonio degli incapaci e (b) al "titanico" scontro di volontà tra soggetto "protetto" e soggetto chiamato ad assicurarne la tutela degli interessi.

Da tutti gli interventi è emerso chiaramente che, nel dialogo che si instaura con il beneficario occorre, evidentemente, "capire" – non solo ascoltare – chi si ha di fronte, quali sono i problemi (anche di carattere relazionale) che effettivamente vanno risolti e cosa, al contrario, rappresenta un falso problema, quale – in ultima analisi – il registro dialettico da utilizzare: lo sforzo richiesto a chi entra in contatto con la fragilità e che è chiamato a confrontarsi con essa è, dunque, quello di andare oltre il "compitino" di carattere burocratico dell'evasione della pratica (o del fascicolo), per entrare in sintonia vera con il soggetto "debole", capirne il linguaggio, i gesti, i silenzi. In tal senso la relazione della dott.sa Magni (allegata in Appendice al presente volume) ha fornito un'ampia ed esaustiva illustrazione delle modalità con cui relazionarsi rispetto alle principali patologie psichiche, per riempire di significato, parole, gesti e finanche silenzi.

La sintesi di questo diverso approccio che si è tentato di offrire al tema è condensata in un bellissimo spunto di riflessione della campionessa olimpica Bebe Vio, la quale osserva che «c'è differenza fra dire "disabile" e "persona con disabilità"? Sì, c'è una grossa differenza, perché nel primo caso si identifica la persona con la sua disabilità, nel secondo si mette l'attenzione sulla persona a prescindere dalla sua disabilità».

Di non minore impatto sono risultate le questioni concernenti la materia dei diritti reali e delle successioni, cui è stata dedicata la terza sessione del corso: il collega Antonio Scarpa ha – finalmente, verrebbe da dire – riempito di contenuto l'art. 1105, comma 4, c.c., norma frequentemente invocata in ambito condominiale (oltre che in tema di comunione ordinaria), ma della cui effettiva portata poco si conosce davvero; Francesco Paolo Torrasi, giudice del Tribunale di Palermo, ha illustrato le peculiarità dei procedimenti di nomina e revoca dell'amministratore di condominio, anch'essi bisognosi di una "registrata" a seguito delle rilevanti novità introdotte dalla l. n. 220 del 2012; il notaio Domenico Damascelli ha, quindi, approfondito le tematiche relative al certificato successorio europeo, mentre il notaio Diego Barone ha illustrato l'eterna (e classica) "lotta" tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c., in un'ideale dialettica tra gestione dell'eredità e responsabilità genitoriale.

Il "peso" di tutte queste decisioni, in sì variegati ambiti, è tuttavia sostenuto da un rito – quello camerale – talmente deformalizzato e celere, da avere favorito la diffusione di prassi assai diverse, tanto negli uffici giudiziari quanto negli studi notarili: le prime, illustrate dal Prof. Ferruccio Auletta, le seconde scandagliate dal notaio Michele Labriola, con l'obiettivo dichiarato di ricavarne le diversità ma, soprattutto, gli elementi di omogeneità di fondo, nel tentativo di elaborare uno statuto condiviso di regole operative di applicazione tendenzialmente nazionale. Operazione in cui fa inevitabilmente capolino il P.C.T. che, come illustrato nella relazione del collega Edoardo Buonvino, rappresenta il futuro, anche – con specifico riferimento agli accessi domiciliari ed all'audizione dei proposti amministrandi – per le possibilità di celere acquisizione al processo e successiva consultazione di *files* multimediali.

La sintetica e certamente non esaustiva descrizione dei contenuti non rende, tuttavia, giustizia al *quomodo* in cui si è sviluppato il corso: esso mi è apparso qualcosa di più di un approfondimento tecnico tra tecnici del diritto; ha rappresentato, piuttosto, un vero e proprio momento di elaborazione culturale, destinato ad incidere – si spera – sul futuro approccio alle tematiche trattate.

Che questo fosse il naturale sbocco delle giornate di confronto mi è apparso, invero, chiaro sin dalla prime battute, da quando, cioè, con Antonella Ciriello, Gianluca Grasso, Antonio Areniello, Michele Labriola e Diego Barone, in lunghe serate passate a confrontarsi, individuando le tematiche più sensibili e "limando" finanche i titoli delle relazioni, abbiamo pensato ed ideato il programma: a loro, ai relatori – che hanno aderito con entusiasmo al progetto (sopportando anche, con estrema pazienza, decine di messaggi e mail di preparazione al corso…) – ed a tutti coloro che hanno partecipato, offrendo con le proprie personali esperienze interessantissimi spunti di riflessione, sollecitando il dibattito e condividendo i propri punti di vista – in ultima analisi, facendosi essi stessi protagonisti attivi della formazione – il mio più sincero e sentito ringraziamento.

Indice

PAOLO CENDON
Persone fragili, diritti civili 7

ROBERTO MASONI
Odi et amo*: consenso, dissenso e rispetto della dignità del beneficiario di amministrazione di sostegno* 41

RITA RUSSO
Lo "statuto" dell'amministrazione di sostegno: il decreto di nomina, tra poteri, doveri e valutazioni di opportunità 65

MARIA LUISA CENNI
Gli atti personali e patrimoniali compiuti del beneficiario nell'amministrazione di sostegno 81

FRANCESCO CORTESI
Il ruolo dell'amministratore di sostegno nel percorso terapeutico e nelle scelte di "fine vita" del beneficiario 127

ANTONIO SCARPA
L'amministrazione della cosa comune: limiti e poteri dell'A.G. ex *art. 1105, comma 4, c.c.* 149

FRANCESCO PAOLO TORRASI
Il procedimento di nomina e di revoca dell'amministratore di condominio . . 163

DIEGO BARONE
Art. 320 c.c. vs art. 747 c.p.c.: quando eredità e responsabilità genitoriale entrano in conflitto 183

FERRUCCIO AULETTA
Il rito camerale ex *artt. 737 ss. c.p.c* 201

MICHELE LABRIOLA
Il "multiforme ingegno" del notaio nei procedimenti di volontaria giurisdizione: parte istante, ausiliario del giudice, difensore, pubblico ufficiale 215

Appendice

MARIA CRISTINA MAGNI
Il linguaggio e la psicologia del soggetto debole: quando il tecnicismo giuridico segna il passo 239

Persone fragili, diritti civili

Paolo Cendon
Ordinario di Diritto privato, Università di Trieste

Il saggio introduce quelli che, secondo l'autore, sono attualmente i passaggi fondamentali in un'impostazione sui discorsi circa la fragilità. Si sottolinea così l'avvenuto passaggio da una concezione paternalistica ad una concezione promozionale della fragilità. Non più il soggetto fragile visto come persona che necessità di pietà ma un essere con diritti, doveri, un progetto, una sua combinazione esistenziale, desideri, aspettative che, per la presenza di ostacoli, fa difficoltà a raggiungere.

The essay introduces what the author thinks are currently the fundamental steps when discussing frailty. He highlights the shift that has occurred from a paternalistic view to a promotional idea of frailty. A vulnerable person is no longer seen as one who needs pity but, rather, as a human being with rights and obligations, with a project, with her/his own existential combination, desires, and expectations that, due to existing hindrances, are difficult to exercise, reach, implement and realise.

Sommario: 1. Un approccio unitario. – 2. Incongruenze. – 3. Figure della capacità. – 4. Contagiosità applicative. – 5. Il giudice tutelare. – 6. Influssi disciplinari. – 7. Indice delle questioni. – 8. Riforme in Italia. – 9. Altri interventi. – 10. Vulnerabilità sparse. – 11. No al paternalismo. – 12. Ostacoli, combinazioni. - 13. Creature indebolite. – 14. Altri esempi. - 15. L'interdizione da abrogare. – 16. Disarmonie empiriche. – 17. Persone in coma. – 18. Contenzioni abusive. – 19. Sovranità tendenziali. – 20. Automatismi rischiosi. – 21. Privilegi sbagliati. – 22. Vestiti su misura. – 23. Due donne. – 24. Dinamici e stanziali. – 25. Sussidiarietà. – 26. Beni del cuore. – 27. Il patto di rifioritura. - 28. Applicazioni. – 29. Il progetto esistenziale di vita. – 30. Modalità organizzative. – 31. Libertà fin che possibile. – 32. Sposarsi. – 33. Rimedi. – 34. Danni e responsabilità. – 35. La funzione empatica. – 36. Reprimere il dolo. – 37. Servizi a rischio. – 38. L'ufficio sportello. – 39. Zona grigia. – 40. Nuovi diritti. – 41. Disabilità e fragilità. – 42. I doveri. – 43. Ombre emergenti. – 44. Un lavoro difficile.

1. Un approccio unitario

Tante le ragioni che, sempre più spesso, invitano i civilisti del nostro tempo ad affrontare in modo unitario – lo sguardo non rivolto a un solo istituto, a un'unica categoria di diseredati – le questioni della fragilità umana.

Per un verso c'è la coscienza delle gravi disarmonie cui possono indurre, sul piano disciplinare, letture troppo frammentarie.

Si fa l'esempio dell'interdizione.

Di là l'attaccamento al passato: la tendenza cioè a continuare con le esautorazioni estreme, sul piano privatistico, da parte di alcuni tribunali; la rinuncia diffusa a mettere in gioco l'art. 427 c.c., primo comma, il lucchetto mantenuto per negozi che potrebbero (in quella certa ipotesi, magari con la vigilanza di un esperto) ritenersi alla portata dell'interessato.

Di qua lo sguardo al futuro: ossia l'avversione a un modello che, oltre a presentarsi infecondo nei *setting* psichiatrici, calpesta quanto a forma e sostanza la Convenzione sulla disabilità di New York del 2006; insieme al *favor* per le previsioni legislative che in Italia riconoscono, ad esempio circa le decisioni sull'aborto, margini decisionali non da poco alla donna incapacitata.

2. Incongruenze

Per altro verso il rilievo delle incongruenze che minaccia, sul piano ermeneutico, un approccio di taglio settoriale.

Esempio corrente quello della rappresentanza, in ambito medico e ospedaliero. Due i versanti che stridono tra loro.

Sul terreno dell'amministrazione di sostegno, circa il decreto istitutivo:

riluttanza, in nome dell'art. 32 della Costituzione, almeno da parte delle Corti più alte, a consentire attribuzioni di poteri in via esclusiva, nel detto settore; salve le ipotesi di palese assurdità/auto-lesività delle posizioni espresse, o presumibili per il futuro, da parte del fragile.
In sede di disciplina del fine vita, secondo qualche giudice per la salute *tout court*: noncuranza nell'ammettere, come linea generale, una conferibilità all'amministratore di sostegno di investiture a vasto raggio, totalitarie, in campo sanitario e farmacologico; prevalenza accordata stabilmente alle opzioni del gestore, come *default* gerarchico, in caso di discordie col beneficiario.

3. Figure della capacità

Sullo sfondo la presa d'atto della confusione che fanno temere, a livello sistematico, ottiche eccessivamente anguste.
Eloquente l'esempio delle categorie della capacità, naturale o legale.
In effetti, come molti rilevano, appare curioso:
a) che ogni giorno si moltiplichi, in dottrina, la consapevolezza degli spazi di sovranità previsti, o da riconoscere in avvenire, a soggetti i quali vantano margini consolidati di affidabilità, sociale e comportamentale – tanto più quando esistano intorno a loro solide cerchie familiari, buone reti di controllo: come accade sovente per i minori grandi, per alcuni parkinsoniani, per gli alcolisti in cura, per varie oligofrenie leggere, per non pochi portatori di sindromi di *Down*, per i convalescenti in genere;
b) che non si cerchi poi strategicamente – a livello di discipline personalizzate, tramite combinazioni tracciate su misura, distinguendosi fra questa e quella serie di negozi – la via maestra/particolareggiata del realismo statutario, della ricchezza minuziosa, arlecchinesca, individuo per individuo; onde mantenere valore pratico, *hic et nunc*, alle etichette di tipo generale, magari rinfrescate nell'enfasi e nel lessico (Manlio poniamo, atti a titolo gratuito no, a titolo oneroso sì, sì al testamento, no alle transazioni, si all'ordinaria amministrazione, no alle adozioni; Silvia, una sequenza meno permissiva, no alle spese voluttuarie, sì alle fisioterapie, no alle disposizioni immobiliari, si i negozi funebri, sì anche l'estetista, e così via).

4. Contagiosità applicative

In parallelo, il riscontro per i tratti di quella "contagiosità applicativa" che, non da oggi, rappresenta un tema-chiave nell'evoluzione storica delle fragilità.
Sul piano delle ricadute esterne in primo luogo.
A fornire un esempio importante, nell'orizzonte dei destinatari, sono i moduli di protezione stabilizzata: se è vero che le istanze difensive si moltiplicano ogni giorno, dapprima nelle prassi e poi nei codici.
In particolare. Fintantoché si resta all'interdizione, il riferimento applicativo non possono offrirlo che gli infermi di mente, quelli gravi e abituali; ci si limita a presidiare l'area strettamente psichiatrica, la più esposta negozialmente: al resto dei pazienti non si pensa.
Nel momento del passaggio all'inabilitazione, con margini allargati di solidarietà, la rosa mostra già di lievitare: si tutelano anche i ciechi, i sordomuti, i prodighi, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i disagiati psichici non gravi. A rilevare sempre più spesso, accanto all'agire balzano, sarà il non fare temerario, il rinvio pigro e irragionevole nelle decisioni.
Con l'approdo all'area dell'Amministrazione di sostegno – quando i filtri diventano la difettosa autonomia, l'inadeguatezza relazional/metropolitana – ecco lo scudo abbracciare anche le menomazioni di tipo fisico; in un'ottica sempre più accuditiva, oltre il mero presidio per lo *status quo* casalingo.
E da altri interpreti, nello stesso ordine di idee, si fa l'esempio delle salvaguardie inerenti ai bambini, agli adolescenti; da altri ancora quello dei supporti ai malati, agli esseri con disabilità.
Ogni volta una presa d'atto – ecco il primo gradino – degli elementi che affiorano a livello legislativo o giurisprudenziale, nell'udienza a certe fasce di vulnerabili; a un dato momento il riscontro – ecco il secondo gradino – dell'entrata in gioco di meccanismi analoghi, e comunque di ispirazioni sottostanti, lungo comparti "debolologici" nuovi, i più contigui e sensibili all'influsso fecondativo: con riflessi destinati a coinvolgere, mettiamo, gli anziani della quarta età, le persone portatrici di dipendenze ludiche o affettive, gli individui discriminati, le vittime della criminalità organizzata, i morenti.

5. Il piano c.d. ''interno" della contagiosità poi

Vale a dire: fermenti il cui vigore mostra di espandersi, nel seno di una determinata categoria di fragili, da un luogo istituzionale a un altro (con passaggi, ad esempio, dal primo al quarto libro del codice civile); oppure orientamenti che trasmigrano,

da un certo sottogruppo, verso una casella prossima di svantaggiati (mettiamo, nell'ambito delle dipendenze, sotto il profilo della sovranità sanitaria).
Un esempio eloquente è quello degli individui con ridotta autonomia dinamico/esistenziale; dove il raggio del sostegno gestorio, durante gli ultimi quindici anni, ha conosciuto incrementi vari, nella competenza del giudice tutelare, rispetto al tipo di affidamenti destinabili all'amministratore:
a) con un passaggio dallo scalino primigenio, quello cioè delle operazioni di tipo meramente economico (banca, condominio, lavoro, poste, agenzia delle entrate, previdenza);
b) a quello comprensivo anche degli interventi di ordine sanitario (scelta del luogo di cura, peg, sondini, operazioni chirurgiche, farmaci pesanti, sperimentazioni);
c) a quello delle scelte di natura personale o personalissima (cambiamenti di abitazione, regime patrimoniale fra coniugi, separazione, divorzio, testamento, donazioni);
d) sino all'ambito delle cure palliative, delle terapie anti-dolore, delle scelte di fine vita (oppiacei, alimentazione, *terminal sedation*, idratazione, respirazione forzata, al limite suicidio assistito).

6. Influssi disciplinari

Analogo il discorso in altri settori, per specifiche forme di devianza: ad esempio nei confronti degli infermi di mente.
Se di un "matto" si rivisitano, a un certo momento, i nodi della responsabilità aquiliana, con l'offerta di letture meno settoriali, non arroccate come in passato; orbene, verrà spontaneo agli interpreti proseguire lungo le stanze del comparto civilistico: affrontando – con indicazioni arieggianti a quel soffio – anche le tematiche del lavoro subordinato, dei contratti di scambio, dell'inadempimento, dell'impresa, del matrimonio, della famiglia, della giustizia.
Così ovunque il diritto prenda, a un certo punto, direzioni nuove di marcia.
Le propagazioni non tarderanno a farsi sentire ogniqualvolta, rispetto a un contesto, muti la regola di fondo: allorché il giudice prenda atto del dissidio ravvisabile fra certi esiti, a livello di legge ordinaria, e il sistema costituzionale; in generale con l'affacciarsi di bisogni sociali inediti, a fronte di un'abrogazione importante, dinanzi a un giro di boa transnazionale.

7. Indice delle questioni

Procederemo toccando allora una serie di punti.
Un primo accenno spetta ai provvedimenti legislativi intervenuti, nel nostro paese, in tema di fragilità: testi succedutisi nel tempo, correzioni all'interno e all'esterno dei codici.
Un'attenzione – a metà fra l'oggi e il domani – dovrà andare alle battaglie in corso, su questo o quel pendio della vulnerabilità; cosa sia accaduto volta a volta, quali gli aggiustamenti in atto. Sempre più spesso si parla oggi, in particolare, di progetto di vita, di patto di rifioritura, di *empowerment* negoziale per certe categorie.
L'ufficio-sportello per la fragilità si annuncia come il tramite, a livello di territorio, per lo svolgimento dei necessari coordinamenti, per tante verifiche di efficienza.
Si tratterà poi di venire al capitolo dei rimedi, in giustizia, con una menzione dei *topoi* più importanti, la responsabilità civile prima di tutte; attenzione al danno non patrimoniale, vincoli cui anche i non forti devono sottostare, repressione del dolo.
La funzione empatico-partecipativa, nei provvedimenti giudiziali, si annuncia quale traccia significativa in quest'area.
Concluderemo domandandoci dove stia andando il *corpus* precettivo della fragilità, nel suo insieme, e quali compiti attendano operatori e studiosi.

8. Riforme in Italia

Linfe per l'universo degli svantaggiati allora, rivolte al "grande cielo" della vulnerabilità, come alcuni dicono.
I motivi all'origine dei provvedimenti di legge, negli ultimi decenni; le sentenze innovative della Corte costituzionale, della Cassazione, dei giudici di merito: in cosa è cambiato il sistema italiano, nel tessuto d'insieme.
Ricordiamo i passaggi di maggior rilievo.
Danno biologico: si afferma, con le sentenze di Genova e di Pisa del 1974, l'idea che l'essere umano conta non solo quale macchina produttiva di reddito; è per se stessa che vale la persona, nel sistema, creatura immersa in relazioni varie, con un proprio insieme di passioni e di oneri, che danno senso alla vita quotidiana: sicché una violazione dell'integrità fisica, anche per soggetti quali la casalinga, il minore, il pensionato, l'individuo con disabilità, non potrà non dar luogo a un risarcimento.

Divorzio, approvazione della legge nel 1970 e mancata abrogazione col referendum del 1974: passa con queste due eventi, distanziati di pochi anni, il dato per cui le persone infelici a causa di un matrimonio sbagliato devono essere libere di spezzare un vincolo che non mantiene, per loro, più alcun significato; con la possibilità per entrambe di trovare un equilibrio sentimentale altrove, se e dove ciò avverrà; il diritto alla ricerca della felicità, come alcune Costituzioni nel mondo affermano, esiste davvero per gli esseri umani, anche da noi.
Riforma del diritto di famiglia: gli obblighi nascenti dal matrimonio riguardano entrambi i coniugi, senza differenze, l'indirizzo della vita coniugale è stabilito sia dall'uno che dall'altro consorte, sui figli il potere di guida spetta ad ambedue, pariteticamente, comunque i minori andranno cresciuti secondo le loro inclinazioni, di esseri in formazione; il regime patrimoniale di base non può che essere la comunione degli acquisti, per una coppia, la separazione personale non deve essere troppo angusta nell'impianto, né complicata in giudizio, nel diritto successorio la figura del consorte non sarà più un incidente di contorno.
Legge 180: il manicomio non costituisce una buona risposta, per le persone che soffrono mentalmente, basta con le esaltazioni dei saperi e poteri della scienza medica, le classificazioni di stampo kraepeliniano non vanno sopravvalutate, nemmeno le etichette del DSM americano sono la panacea; le malattie mentali esistono, a esasperarle sono spesso però le tensioni, i conflitti sociali e familiari: i metodi di cura abituali hanno anch'essi le loro colpe, la libertà può essere terapeutica, per aiutare le persone i Centri di salute sparsi nel territorio rappresentano la soluzione migliore.
Interruzione di gravidanza: l'aborto è spesso un evento triste, pesante, il diritto alla vita è fra le prerogative più alte, esistono però circostanze in cui un esito simile diventa il male minore, quando all'orizzonte vi siano minacce di danni e infelicità, soprattutto allorché la donna incinta è fragile, giovane, malata, a rischio di brutti inconvenienti, meglio rassegnarsi all'inevitabile allora, non costringere la poveretta a esiti di maternità non voluti, a pratiche furtive, clandestine, prive di garanzie sanitarie, con sanzioni legali che incombono: e l'interessata sarà l'unica in casi simili a poter decidere.
Danno psichico: non è impossibile che una lesione di carattere psichico sia riconducibile all'illecito commesso da qualcuno, esistono vittime potenziali che da sempre si trascinano forti debolezze, prive di difese rispetto a forme di sopruso per altri sopportabili, certo un'implosione psicotica o anche nevrotica ha sempre molteplici cause, dietro di sé, basterà che quel certo fattore abbia svolto tuttavia un ruolo pregnante, nella catena eziologica, in tal caso un risarcimento a chi non è più lo stesso di prima, mentalmente, non potrà essere negato.

9. Altri interventi

Altri capitoli significativi.
Adozioni, affidi: i bambini hanno più di chiunque al mondo diritto a una vita serena, a un'educazione armoniosa, quando i genitori biologici non esistano o non siano in grado di assicurare loro condizioni di benessere, ebbene, sarà doveroso per la comunità intervenire con sollecitudine, onde assicurare ai piccoli il meglio che si può, sotto il profilo di una nuova famiglia, eventualmente provvisoria, appena si può definitiva.
Disabilità: le istanze di chi accusa difficoltà di ordine psichico e fisico, in particolare di chi è in carrozzina, non vede, non sente o non parla, vanno affrontate in un ordinamento moderno senza atteggiamenti commiseratori, al di là di commosse distribuzioni di oboli, col pensiero a recinti attrezzati alla meno peggio; bensì cercando di valorizzare doti e propensioni complessive negli interessati, sfoltendo gli ostacoli, assicurando che possa essere frequentata la scuola, che i bus funzionino, che il lavoro non manchi, che la città sia attrezzata, il tutto all'insegna della fertilità e dell'ossigeno.
Amministrazione di sostegno: la terra è piena di esseri i quali stentano a governare la propria esistenza, specie sul piano della quotidianità, il manicomio – in cui tutto per alimentare gli ospiti era preorganizzato – non esiste più, ognuno deve risolvere i suoi problemi da solo, si tratta di una condizione che finisce per creare inconvenienti, a volte, minacciando vuoti o disguidi, l'intervento di una figura a metà fra l'angelo custode e il segretario può, in casi simili, risultare preziosa.
Cure palliative: il dolore fa parte dell'universo, sia quello psichico che quello fisico, meglio sarebbe per la felicità terrena che così non fosse, tuttavia, in passato si è spesso guardato alla sofferenza con spirito di rassegnazione, quasi di gratitudine, come ci fosse qualcosa di nobile nelle fitte e negli spasmi, è sempre più chiaro oggigiorno che così non è, ''qualità della vita'' è solo un nome per chiamare la vita stessa, meno dolore c'è fra gli uomini più esistere diverrà fonte di letizia, in tutte le evenienze è così, dal primo all'ultimo giorno.
Unioni civili: una delle pagine meno luminose delle Nazioni, e non solo in Occidente, è consistita nelle vessazioni inflitte all'amore omosessuale, fra donne e fra uomini, specie quando non si trattasse di rapporti platonici; così troppo spesso nei secoli, a livello civile e penale: ecco perché va salutata come una conquista importante la legge che di recente, in Italia, come ormai in tante parti del mondo, ha dischiuso alle coppie arcobaleno le porte della libertà, dell'ufficialità, anche se troppi pregiudizi e rigurgiti di violenza prosperano ancora, nel nostro paese.

Fine vita: un morente degradato può esigere, se così vuole, che la spina collegata alla macchina che lo tiene in vita venga staccata; andrà debitamente informato sul suo destino, in modo leale e comprensibile, se non vuol sapere non si parlerà a lui direttamente, il tempo della comunicazione è tempo di cura: sarà libero di chiarire in apposite disposizioni anticipate cosa debba accadere di lui, il medico non potrà tendenzialmente discostarsi da quelle indicazioni; l'alimentazione e l'idratazione forzata costituiscono pratiche sanitarie, saranno anch'esse rinunciabili: la cure vanno pianificate insieme, medico e paziente alleati, la terapia del dolore è imprescindibile.

10. Vulnerabilità sparse

Si potrebbe continuare con gli esempi:
(a) la legge sulla giusta causa, i diritti dei carcerati, l'acquisto della maggior età a 18 anni, la donazione di organi, le vittime di calamità, i medici impauriti e difensivisti, i pedoni, il *mobbing*, gli esseri autoimmuni o predisposti alle malattie, profili vari relativi alle donne, la contenzione, il cattivo odore della pelle, le cure compassionevoli (alle soglie della disperazione), gli zingari, il volontariato:
(b) i transessuali, gli ermafroditi, i risparmiatori, la sicurezza sul lavoro, le prostitute, il codice del consumo, i giganti, le cooperative di solidarietà, l'autismo, i succubi di Internet, l'anoressia, la bruttezza, i vuoti dei *care giver*, gli obesi, le suore, l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari, le minoranze etniche e religiose, i dializzati, i segregati in casa, lo *stalking*, il no alle discriminazioni;
(c) e ancora gli *homeless*, i suicidi, le vittime della mafia, la fecondazione assistita, le vittime di Internet, gli anziani della quarta età, i poveri nel loro insieme, gli esseri troppo innamorati, paurosi e suggestionabili, i mendicanti, le case di riposo, i trapianti, i fumatori, l'epilessia, il dopo di noi, la l. n. 328 sui servizi, gli oligofrenici, i rifugiati politici, i disoccupati, la riforma del terzo settore.
Senza contare alcune basilari sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione, degli ultimi decenni: con riconoscimenti ulteriori per le buone pratiche, con prerogative inedite accolte, scommesse incoraggiate, puntelli offerti alla generosità collettiva, disinteressata; frange di una spirale virtuosa, lodevole, che è venuta sempre più dipanandosi.

11. No al paternalismo

Un ricco atlante come si vede, multiforme.
Alcuni bandoli prescrittivi spiccano già chiaramente.
No approcci paternalistici, rispetto a chi è sfortunato, no frasi commosse dall'alto, quand'anche edificanti: ''Poveretto, ti è andata male, pazienza stavolta, farai intanto un fioretto alla Madonna".
La pietà di regime serve poco, può offendere chi è orgoglioso, ferisce pure chi non se ne accorge: allorché un essere dalla carrozzina manda segnali – veniamo alla solita metafora – lo sciocco da fuori guarda le ruote.
Riscontri diretti invece, sguardo ad altezza uomo: micro-progetti nell'agenda, le aspettative dell'interessato, più o meno esplicite.
«Non è il fiore a mancare in chi è a disagio; qualche petalo e basta, momentaneamente appassito». Sono come tutti quanti al mondo, gli individui fragili: si alzano la mattina e cominciano a prefigurarsi incontri, a fare programmi, «Compro quella scodella blu, oggi, prendo dei giacinti, telefono a Cecilia, mangio il passato di piselli». «Pago quel debito, il pomeriggio, studio un po' di francese, la sera spero venga Ugo a cena».
Voci semplici, cose che al momento non ci sono; spostamenti ridotti, gesti banali.

12. Ostacoli, combinazioni

Dentro la persona: crucci e speranze, emozioni indistinte; paura che arrivi una colica, nostalgie, l'attesa che Geltrude chiami dalla Spagna. Passaggi felici, risate vedendo un bravo imitatore in tivù.
In calendario: la *manicure* da fare, gli acquisti di canfora; i pagamenti in cartoleria, cucinare pietanze digeribili. Mettere ordine nei cassetti, smacchiare quel vestito, scrivere al commercialista.
Insidie sul cammino, cavalli di Frisia, blocchi all'angolo. A ognuno capita di incontrarne.
Per certi individui tutto è più ostico però: handicap seri, incognite meno aggirabili. Il nostro eroe è in prigione magari, non sa le lingue, ignora l'uso del computer; soffre di amnesie, è in astinenza, ha perso l'uso della parola.
È sconfortato, accusa micro-attacchi maniacali, vomita senza ragione; attraversa momenti di paranoia, si aggira in un mondo suo. Bisogna immaginare per lui un riparo apposito.

Non bene il rosso allora – prime indicazioni – né il blu per il momento; servono il giallo e il verde. Non c'è bisogno di una rampa, occorre un apparecchio acustico; nessun problema con la banca, con le tasse, le questioni sono l'alcol qui, l'insonnia.
No allora – in generale – regole calate dall'alto, sensi unici di marcia ("così o da nessuna parte"); sì un assemblaggio *ad hoc* di poteri/restrizioni, modulato sulla fisionomia di chi ha bisogno, fin dal primo decreto.
La *cartha* delle "sue" valenze intime.
In nessun caso facsimili, per il giudice, fotocopie di modelli; ascoltare, cercare di comprendere, e solo dopo intervenire – a ragion veduta, provvedendo con senno.

13. Creature indebolite

Scansato o aggirato l'ostacolo, addolcite le creste, i problemi verranno ad attenuarsi; scompariranno dall'agenda del beneficiario, a volte.
Non esistono per il diritto – ecco la conclusione di molti – soggetti "deboli intrinsecamente"; tali una volta per sempre. Soltanto esseri indeboliti per il mancato apprestamento delle opportune rimozioni, da parte della Repubblica, in attesa di un ritorno ai giusti ritmi.
Non sarà fragile così, non per forza, il bambino orfano, esposto a insidie circostanti, extraeuropeo, albino, con ritardi di apprendimento. Casomai il minore privo di figure adulte di riferimento, istituzionalizzato sconsideratamente, ignorato dalle strutture educative; quello in cerca di affetto, senza telefoni a portata di mano, bisognoso di un dentista, mancante di qualcuno in grado di registrare attese, invocazioni.
Disturbi mentali? Di nuovo a contare – più che i misteri sotterranei – sarà il funzionamento nei rapporti con gli altri, con l'ambiente.
Indebolito potrà dirsi l'oligofrenico che i familiari sequestrino in casa, quello obeso per pigrizia, improduttivo suo malgrado, con gli occhiali da miope mentre gli servirebbero da presbite. Cesserà di esserlo, sarà meno in scacco, il giorno in cui gli operatori, scopertane l'esistenza, avranno rivisto il dosaggio di psicofarmaci, ritoccato le scadenze; inserendo l'utente in un circuito di impegni, facendogli nominare un guardiano premuroso, procurandogli una pensione di invalidità.
Ricomparirebbe, la parte oscura, il giorno in cui egli si trovasse – poniamo – interdetto senza necessità, dismesso dalla cooperativa sociale, sottratto ai luoghi

del tempo libero, boicottato nei legami sentimentali; minacciato qua e là nella sua riservatezza, ostacolato nello sport, scoraggiato nella coltivazione di qualche *hobby*, affidato a un tutore (magari onesto ma troppo) austero e spilorcio.

14. Altri esempi

Così di seguito.
Non sarà fragile lo spastico, il sordomuto, il paraplegico avvolto in coltri idonee a valorizzare, al meglio, quanto il soggetto è in grado di offrire, di compiere.
Non il neo-scarafaggio – che il giorno prima era un uomo normale, Gregor – qualora in casa lo trattino ancora come un figlio, come un fratello.
Non la donna incinta, vittima di afflizioni psico-somatiche, che il consultorio di quartiere sappia guidare però, sino al momento del parto, anche nei mesi successivi, con scrupolosità.
Non sarà debole l'alcolista grave accolto in un centro che si prenda, continuativamente, cura di lui. Né il *gay* messo in condizione di accompagnarsi a qualcuno, alla luce del sole, di optare per un regime di comunione, di non testimoniare ai processi contro il suo compagno.

Né il detenuto ospite di una prigione con celle adeguate, servizi di biblioteca, bagni puliti, contatti periodici, possibilità di tenerezze incluse, rispetto al mondo esterno; quello incoraggiato a organizzare quartetti d'archi dentro le mura, a diplomarsi, ad allevare uccellini.

15. L'interdizione da abrogare

Non sempre basterà, per uscire dalle tenebre, qualche ritocco sociale, culturale. Vi sono svolte cui porre mano legislativamente, con fermezza; comunque sul piano della *law in action*, nel più breve tempo possibile.
Andrà abrogato anzitutto l'istituto dell'interdizione. Ne abbiamo già parlato sopra.
Una misura risalente – è noto – ai tempi delle *code civil*, due secoli fa; introdotta per rassicurare le famiglie alto-borghesi della Francia preindustriale, spaventate dall'esistenza nel proprio seno di un congiunto bizzarro, a livello mentale.
Il sostanziale annichilimento del destinatario, allora, mediante il diritto privato; la sottrazione di ogni libertà di manovra. Scongiurare le minacce al patrimonio di casa, ecco il fine, bandire gli intralci al mercato generale dei beni: una sorta di morte civile, amen per il destino, per la coscienza e la dignità dell'interessato.

Oggigiorno? Un reliquato incompatibile – ecco il giudizio quasi unanime – con la Convenzione sulla disabilità del 2006; superfluo ormai quale ricovero, stante l'odierna vetrina normativa. Simbolo di fondali estranei alla nostra Costituzione, condannati dalla migliore psichiatria.
Un'icona da ammainare già idealmente, per motivi igienico-culturali; pensando all'ordinamento del terzo millennio, alla sua coerenza e purezza d'insieme.

16. Disarmonie empiriche

Sul piano empirico poi.
Ha senso quanto accade in Italia, tutt'oggi, e cioè che – dati due maschi affetti da schizofrenia, sostanzialmente uguali quanto a diagnosi, simili per età, sesso, ricadute, contesto familiare – l'uno possa finire interdetto a Torino e l'altro invece (stanti i margini di discrezionalità di cui i Tribunali beneficiano, nella scelta fra le varie coperture) protetto con un'amministrazione di sostegno a Milano?
I malati di Alzheimer esistono anche in Austria e in Germania, trattasi di paesi che hanno da tempo abrogato l'interdizione, presso entrambi operano oggi stampelle meno oppressive (*Sachwalterschaft* e *Betreuung*), cosa pensare dell'affermazione di certi nostalgici peninsulari, secondo cui l'unica protezione efficace contro l'Alzheimer – in una nazione che voglia dirsi civile – sarebbe oggi l'interdizione?
Le ciclotimie gravi sono tutt'altro che una sinecura, per la scienza e per il diritto, quali sarebbero però i rischi negoziali che sotto l'angolatura delle malinconie, delle testardaggini, delle eccentricità dispositive, delle suggestioni di onnipotenza, un buon provvedimento di amministrazione di sostegno – costruito con sapienza, ricco delle precauzioni indispensabili – non sarebbe in grado di cogliere attualmente, di fronteggiare con successo?

17. Persone in coma

Mai interdire le persone in coma, d'altro canto, né quelle in stato vegetativo.
Per quanto spessi – sottolineiamo – siano i fantasmi che possono affliggerle.
La condizione di buio e immobilità naturale basterà a sventare, qui, ogni insidia burocratica: *sub specie* di disguidi via *web*, di malintesi per telefono o dal vivo, con o senza l'inganno di terzi.

Ecco perché non avrebbe senso accanirsi: Eluana Englaro andava anch'essa disinterdetta, dal marzo 2004, e protetta di lì in avanti con l'amministrazione di sostegno.
Vietato in questa lunghezza d'onda, può aggiungersi, esagerare con lacci e con divieti.
Mai ricorrervi in particolare negli atti giudiziali – una rappresentanza semplice appare più che sufficiente, in vista della protezione. Mai infierire sui beneficiari inconsapevoli, con esautorazioni o con divieti operativi.
Grottesca l'idea di un magistrato proteso sul giaciglio di Eluana. «L'abbiamo disinterdetta, signorina, ecco il decreto, avrà in futuro un guardiano meno arcigno del tutore». «Non potrà fare grossi acquisti però, neanche sposarsi, disconoscere figli». «Nessun testamento, attenzione, proibiti regali di valore, non potrà adottare un bambino …».

18. Contenzioni abusive

Con pari energia andrà combattuto ogni meccanicismo nel ricorso a forme di contenzione – invasiva, sproporzionata – della persona con disturbi.

Pericoli di scivolare dal letto, nottetempo, di cadere da una finestra, rischio di precipitare dalle scale, di uscire al gelo, nel ricordo dell'infanzia.
Ai vari livelli delle istituzioni esistono ormai linee-guida affidabili, in proposito, protocolli minuziosi per le urgenze.
Tutte misure, diverse dai legacci e dalle strozzine, che ben potranno venir adottate – dai medici e dagli infermieri – onde impedire a chi attraversa un momento buio, capriccioso o evocativo, di farsi del male o perdersi nella notte.

19. Sovranità tendenziali

Importante sottolineare come nessun ricorso all'amministrazione di sostegno comporterà, in via automatica, perdite di questo o quel filamento di sovranità.
Di due specie, in particolare, gli errori da evitare sul piano operativo.
Allargare i cordoni quando occorrerebbe invece stringerli; tirare eccessivamente le redini quando bisognerebbe, piuttosto, allargarle.
Ci sono evenienze – va rilevato – in cui lasciato a se stesso, libero di decidere, un "non competente" rischia di confondersi; altre nelle quali, benché ci si trovi davanti a un essere vulnerabile, bisognoso di riguardi, quel pericolo non esiste.
Per il diritto, in vista di una rotta da tracciare, si tratta di situazioni ben diverse.

Prendiamo l'esempio di Brando, spendaccione di carattere, un prodigo abituale come si dice; sarà necessario qui, anche per gli equilibri familiari, impedire che venga a dilapidarsi il patrimonio.
Oppure il caso di Allegra, schiacciata da varie nubi psichiche, da qualche tempo un inizio di Alzheimer; di nuovo occorre evitare disgrazie.
Non solo serve a entrambi un amministratore di sostegno: uno che paghi le bollette, vada all'assemblea di condominio, saldi i fornitori, faccia sturare i lavandini. Bisognerà anche prevenire, più o meno recisamente, l'eventualità di imbrogli; impedire sprechi assurdi, già in radice, insensati autolesionismi coi soldi.
Far sì che l'interessato non possa comprare troppi arazzi Gobelins (uno basta per il momento): né accendere mutui con strane finanziarie, né prestare gioielli al primo malintenzionato.

20. Automatismi rischiosi

Ove difettino i presupposti di cui sopra, quando manchi un allarme, nessuna restrizione avrà più senso.
Gaspare, ventidue anni, ragazzo sfortunato come pochi: c'è stato un incidente stradale, quella volta, ne è uscito con gravi disabilità fisiche; unica parente al mondo la zia Marika, commercialista, parente di sua madre. È stata nominata sua amministratrice di sostegno, in via provvisoria, col compito di provvedere a tutto; prelievi in banca, volturazioni, rapporti con l'agenzia delle entrate, gestione dei fondi.
Viene raggiunto un accordo con l'assicuratore, per l'incidente: duecentomila euro sul conto corrente. Si conferma che Gaspare, col passare delle settimane, non ha riportato conseguenze di tipo psichico; è solo fisicamente che accusa mancanze.
Passano i mesi, un giorno Gaspare – tarda mattinata, bel tempo, acacie in fiore – decide di andare lui in banca a ritirare mille euro.
Il cassiere, «Non posso».
Gaspare, «I soldi ci sono, mi appartengono».
Il cassiere apre un cassetto, «Qui c'è scritto che è zia Marika quella incaricata dei prelievi».
E Gaspare – sapendo di aver ragione – «Lei sì, anch'io però se voglio».

21. Privilegi sbagliati

No a privilegi immotivati nei confronti dei fragili.
Il risultato, a parte l'oggettiva iniquità per la controparte, potrebbe essere una sorta di ingessamento negoziale, alla lunga "pervasivo-esistenziale'': stante il rifiuto a monte – da parte dei terzi – a entrare in affari con creature autorizzate a fare ciò che vogliono, magari del male, senza fornire spiegazioni.
Una tendenziale parità di trattamento, tra fragili e non fragili, nell'interesse anche dei primi, si profilerà a volte come la miglior linea di politica del diritto.
Bene un'impugnativa, sicuramente, per atti conclusi da soggetti cui il potere dispositivo era stato, in via formale, tolto dal giudice tutelare.
Dubbi tuttavia sulla funzionalità di norme: (a) come l'art. 428 c.c., secondo comma, che parrebbe consentire l'annullabilità di contratti equilibrati per sé stessi, impeccabili, non dannosi per l'incapace; (b) o come l'art. 2046 c.c., che a beneficio dei gravi infermi di mente mantiene in vita una licenza di far danni, e farla franca poi, non più al passo con i tempi.
Quale condominio, in situazioni del genere, accetterebbe al proprio interno una casa-appartamento per creature instabili mentalmente?
Quanti interlocutori, sapendo di aver a che fare con un soggetto facile da abbindolare, miracolato però dal sistema, in grado di evitare sanzioni in senso stretto, a suo piacere, non preferiranno scansarlo già in partenza?

22. Vestiti su misura

No anche ad eccessi, aggiungiamo, di omogeneità statutaria.
Non esistono schemi di condotta – di interfacciamento sociale – applicabili a chiunque; scritti in alto, una volta per sempre, con lo scalpello da marmo.
Fondamentale beninteso l'oggettiva qualità della vita; e molte appaiono le uniformità nei bisogni, le costanti da accogliersi applicativamente, per chi stenta o vacilla.
Il *braille* per i ciechi, la rampa di accesso per chi non cammina; lavelli giusti sui treni, altezza ottanta centimetri: avvertimenti ai semafori, facilitazioni economiche per gli apparecchi acustici.
Nei dettagli ogni itinerario diverge spesso, tuttavia, dagli altri.
Più o meno accentuate, di singolarità nei gusti e comportamenti non ne mancano tra le persone. Specie trattandosi di individui fragili – d'estate o d'inverno, stramberie più o meno lecite, di giorno o di notte.
Il diritto non può prescindere da tutto ciò, soprattutto nel primo libro del codice

civile. Il criterio è necessariamente quello dell'inconfondibilità sartoriale, antropologica; della relatività come per Einstein. Vestiti cuciti su misura dal magistrato.

23. Due donne

Costanza G. in particolare: non può camminare (un incidente), ama le carrozzine piccole e agili; colori chiari, ruote basse e larghe, manubrio tipo bicicletta, seduta compatta, pochi bottoni.
Ingrid V. invece: neanche lei cammina (così dalla nascita), preferisce le carrozzine grandi e spaziose; nere rigorosamente, con due ruote alte dietro e due piccole davanti, soffici, sedile molleggiato.
La prima: non ha paura del servo-scala, riesce a salire e scendere senza aiuti, teme le corsie ovoidali; un po' impacciata ai semafori, le poche volte che viene lasciata da sola per strada. La seconda: non sopporta le vie sterrate, si diverte sopra le pozzanghere; daltonica, ha confidenza coi taxi, gira per conto suo ai musei, va senza difficoltà in ascensore.
Due giovani donne, traiettorie diverse. Le cose di cui necessitano, al cinquanta per cento, sono le medesime; per l'altro cinquanta no. Piani di accudimento, protocolli assistenziali, non potranno del tutto sovrapporsi.

24. Dinamici e stanziali

Stesso discorso sul fronte del dinamismo: il senso dell'agenda quotidiana, sul piano dello stare o dell'andare.
Impensabili di nuovo standard rigidi.
Ciascun essere, fin che possibile, va preso per quello che è dall'ordinamento – per quanto fa e non fa di suo; specialmente nei riti casalinghi, nel dialogo con gli altri.
Esempio quello di Lavinia.
Trentott'anni, *single*: si fa prima a dire di cosa non si occupi. Dirige una galleria d'arte in una città del Nord Italia: l'ha ereditata dal padre, ha saputo rinnovarla, ingrandirla. Gira per il mondo, di continuo, organizza mostre internazionali, classiche e moderne; scrive libri di cucina orientale, è referente in tutte le fondazioni che contano. Cinque sere su dieci cena con personaggi dello spettacolo, industriali, architetti. Ama i piano-bar raffinati, ma anche le feste in piccoli castelli, i concerti da camera; festival, vernici, la trovi ovunque.

Ernesto adesso.
Stessa età: vive da solo, anche lui nella città di Lavinia, altro quartiere. Sempre a casa, che è poi un grande appartamento, di oltre trecento metri quadrati: pieno di ripostigli, armadi, librerie. Una piccola rendita di famiglia, gli basta per vivere. Passa il tempo a ritagliare vecchi giornali, quotidiani soprattutto, ma anche settimanali e mensili; non solo italiani, di ogni tempo. Se li procura in vario modo, glieli portano per posta, per corriere. La sua passione è la cronaca nera, specie i delitti di provincia, in particolare quelli commessi da donne; meglio se attraverso il veleno. Non disegna la cronaca rosa, gli sport con la palla, gli animali feroci, i grandi furti.
In caso di incidente: la vita di Lavinia e quella di Ernesto hanno lo stesso valore, fino a prova contraria.
Per i diretti protagonisti, anzitutto, ma anche nei nostri confronti; laddove occorresse prendere decisioni in vece loro, come rappresentanti.
Se un giorno il macchinone di Lavinia investirà la bicicletta di Ernesto (due volte al mese esce anche lui …), non importa come e quando; ove le lesioni riportate dai due siano quasi le stesse, gravi e durature; qualora l'uno e l'altro abbiano bisogno di aiuto per risollevarsi: ebbene, quelle da seguire non saranno certo linee di montaggio volte a fare di Lavinia una collezionista di ritagli, chiusa nella sua stanza; e di Ernesto un uomo di successo, abituato a vivere cinque vite in una volta.
Ognuno dei due, se d'accordo, andrà riaccompagnato dal diritto entro la sua cornice prediletta.

25. Sussidiarietà

No ancora a uno zelo ingiustificato, nel ricorso alle difese ufficiali.
Roberto, lo chiamano tutti Robertino; quarant'anni, ha sempre avuto qualche ramo un po' storto.
Vive da solo, gestisce la propria azienda agricola, con la quale campa decentemente.
Alberi da frutta, orto, galline ruspanti, sei maiali, tacchini, conigli; morti da tempo i genitori, non ha parenti in casa, da tanto va avanti così: abita a Campiano, piccola frazione verso gli Appennini, in Emilia, venti chilometri da una città capoluogo di provincia.
Ogni settimana si reca in centro: macchinari da aggiustare, sementi, il catasto, concime. Donne nessuna che si sappia, se non occasionalmente; conosce tutti gli abitanti dei dintorni. Simpatico, di carattere gioviale, beve ogni tanto;

ultimamente peggiorato leggermente, più malinconico.
In Comune sanno chi è. Il giudice tutelare, da poco in quell'ufficio, ha convocato Robertino quindici giorni fa.
«Come va?».
«Grazie, e lei?».
«Ho sentito che ultimamente non è in forma».
«Solo un po' di mal di testa».
Il magistrato ha sentito i Servizi, il vecchio medico di famiglia; scoprendo vari dettagli, sulla scuola, i trascorsi da ragazzo, i passatempi. Così lo psichiatra che lo aveva visitato tre anni fa: «Leggera diagnosi di schizofrenia, qualche ossessione; ben compensato». Un infermiere che passa ogni mese a trovarlo: «Non mi preoccuperei più di tanto».
Il tabaccaio di Campiano: «Fuma toscani, l'unico in paese, li faccio arrivare per lui; sa tre barzellette, me ne racconta una ogni volta». Il barista in centro, suo ex-compagno di scuola: «Ordina sempre cose che gli comprava sua madre, da piccolo: bibita al tamarindo, ghiaccioli a forma di banana, latte al cocco». Un vicino di cascina: «Arriva lentamente, con la motocicletta. Appena lo sentono i suoi animali, da un chilometro, alzano la testa. I due cani scodinzolano, si buttano a correre, le capre lo guardano avvicinarsi, i conigli zampettano, le oche che schiamazzano».
Il giudice ha deciso di aspettare: per il momento niente amministrazione di sostegno: più in là magari se sarà necessario.

26. Beni del cuore

No a logiche poco generose.
Non è stata fortunata Deborah, nell'ultimo periodo; la malattia è cominciata quando aveva diciassette anni: ne ha adesso venticinque.
Fino a quella data solo qualche avvisaglia. La sua passione è stata sempre la musica, pianoforte: si era iscritta al conservatorio quando aveva nove anni, per un po' di tempo bene; suonava uno Steinway a coda negli ultimi tempi. Poi, a diciassette anni, alle soglie del diploma, ha dovuto smettere: è iniziata quella brutta malattia, i movimenti delle mani, le articolazioni; circa in quel periodo è morta sua madre, il padre non l'ha mai conosciuto.
È andata a vivere dalla sorella di sua madre, che l'ha in pratica adottata. Due anni fa la zia Marta è anche diventata sua amministratrice di sostegno: il male di cui Deborah soffre tocca un po' anche la testa; ce la fa a usare il computer, sono riusciti a farle avere una pensioncina di invalidità.

Con la musica sempre un rapporto speciale, qualcosa suona ancora; non sarà così in eterno: Chopin, ma anche Beethoven, Liszt, Brahms, Rachmaninov, i suoi preferiti.
Recentemente, girando per internet, Deborah ha scoperto che c'è in vendita uno Steinway. Modello verticale, proprietà di uno svizzero; ben conservato, nero lucido, con le ruote. Diecimila euro. Se n'è innamorata, un pensiero fisso, clicca ogni momento quel sito: i soldi sul conto ci sarebbero, qualcosa la mamma le aveva lasciato.
Cosa fare? Incerta la zia, anche il giudice era combattuto.
Hanno deciso poi per un sì all'acquisto.

27. Il patto di rifioritura

Il patto di rifioritura adesso; come aiutare chi è afflitto da dipendenze, come fargli ritrovare il sentiero perduto.
Primo passaggio, affidarsi alla regia di un'autorità sperimentata: il giudice tutelare. Anche là dove il problema sanitario sia in primo piano, resteranno decisivi, nell'agenda di chi zoppica, i momenti di tipo non biologico: focolare, lavoro, tempo libero, scuola, intese col volontariato.

Meglio sia un'*équipe* composita a occuparsene istituzionalmente. Il timone rimesso a chi è abituato, per mestiere, a soppesare i risvolti del giorno per giorno, del tenore di vita.
E occorre abbandonare l'idea di un marchingegno sanitario – tipo la settimana del trattamento obbligatorio, nella legge 180 – esaurentesi in pochi giorni di ospedale. Le cose vanno viste come destinate a svolgersi in più fasi: continue, progressive, all'insegna di un accorto interscambio, del non primato della chimica. Con alternanze di passaggi, medici e non medici, finché la presa in carico perduri; qualche mese di impegno o anche più tempo: nella coscienza che i miracoli sono rari, che necessitano di realismo.
Un metodo condiviso, il più possibile. Che non escluda l'eventualità di momenti energici, all'occorrenza, di coazioni benigne: nel segno di un richiamo ai doveri della *civitas*, per l'assistito, della coerenza operativa. Ogni sacrificio – giri di boa, astinenze virtuose, rinunce alla tossicità, *self-restraint* – concertato con l'*équipe* di ripristino: in stretta armonia d'intenti. Chi brontola o protesta invitato a smetterla, per il bene di tutti: ammonito a rispettare gli accordi, altrimenti si andrà avanti col programma, piaccia o non piaccia, fino in fondo.

28. Applicazioni

Resta da aggiungere come l'Amministrazione di sostegno si sia confermata, dopo anni di applicazione, quale *corpus* pienamente rilevante ai sensi dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Figura in grado di legittimare, con le dovute garanzie, diffide/*ultimatum* in ordine ai doveri che ogni individuo accusa verso se stesso (autoprotezione, dignità, onore, cautela); nonché in merito agli obblighi gravanti, salvo naufragi in un'isola deserta, verso le persone intorno a lui (assistenza, mantenimento, educazione, promozione).
Non dovrà più accadere che Wendy – diciottenne tossicodipendente, a rischio di autodistruzione, facile preda di malintenzionati, – possa uscire a suo piacere dalla comunità che la ospita. Al custode che vigila alla guardiola sarà stato attribuito dal Tribunale, in partenza, il potere di rifiutare alla ragazza, che lo domandasse, l'apertura del cancello.
Ancora. Decio un ludo-dipendente, poker, macchinette, corse al trotto, tre giorni dopo aver preso lo stipendio se l'è già ''fatto fuori''; risultato i bambini denutriti, senza scarpe, la moglie che non può andare dal dentista. Un provvedimento giudiziale, circoscritto ai meri profili finanziari, non esteso agli aspetti sanitari, terapeutici, farmacologici, potrebbe reputarsi per il futuro, con buona ragione, non proprio adeguato.
Cristal, aspetta un bambino da un mese e mezzo, risulta che fino al giorno del concepimento si faceva di eroina, un giorno sì e un giorno no. Andrà messa in condizione di non poter assumere nessuna sostanza, non perfettamente innocua, sino al parto concluso, e anche dopo se allatta.
Warner, beve ogni giorno sino a stordirsi, non appena ubriaco picchia moglie e figli, quando non è assecondato. Un itinerario all'insegna dell'ascolto, disseminato però di *aut-aut*, di robuste saracinesche, di allontanamenti prolungati, dovrà al più presto – secondo quanto suggeriscono il sociologo, il farmacista, l'analista dell'anima – tratteggiarsi dal magistrato.

29. Il progetto esistenziale di vita

Non meno importante – come leva da introdurre nel sistema – Il progetto esistenziale di vita.
Prendiamo l'esempio di una donna: Melinda, vicina ai quarant'anni.
Vive in un borgo in provincia di Cuneo, è nata con un forte ritardo mentale. Figlia unica, per fortuna con dei bravi genitori, si sono sempre occupati di lei. La madre, Clara, fa la bidella in un istituto scolastico, ormai alle soglie della

pensione; il padre, Renato gestisce una piccola officina di elettrauto, ha il suo carico di anni. Non parla Melinda, praticamente, vede e sente così così; in carrozzina da sempre. Simpatie e antipatie estreme: gusti categorici, mai mezze misure. Una cosa le piace o non le piace. Se tutto fila come lei desidera, ove la cucina sforni leccornie, qualora il gioco che sta facendo la diverta, allora è felice come un usignolo; iniziano a splenderle gli occhi, saluta con le mani. Ride, alza e abbassa le spalle più volte, sporge la bocca per dare baci. Quando succede il contrario, eccola invece strepitare; pugni battuti per aria, cinque minuti, si chiude poi in un silenzio rassegnato: sopracciglia aggrottate, espressione tra la furia e lo sconforto.

Da quarant'anni va avanti così. Colpa del reparto di ostetricia – il ritardo, la disgrazia. L'ultimo giorno Melinda aveva assunto una posizione sbagliata, nel grembo materno: occorreva far luogo a un taglio cesareo, ogni pericolo sarebbe stato superato. Purtroppo quel *black-out* in ospedale: risultato, il cordone ombelicale attorcigliatosi intorno al collo del feto, la mancata ossigenazione al cervello, per un paio di minuti; donde la lesione anatomica finale. C'era stato un risarcimento poi, il punto evidentemente non era quello.

I gusti di Melinda si sono fissati via via nel corso del tempo; benché ricchi di variabili sono oggi chiari ai genitori, per l'intera gamma.

Sì alla cioccolata bianca, ai lamponi di bosco, ai fagioli cannellini, al salame fresco; no alla polenta, al formaggio di capra, al gelato di cocco, alle pere cotte, alla lingua salmistrata. Sì alle storie d'amore, in televisione, ai cartoni animati retro, alle pellicole in costume; no ai telegiornali, ai dibattiti culturali, ai film del terrore. A Melinda piace andare al mare, esita a entrare in acqua però. Il viola quello chiaro, che dà sul lilla; l'azzurro se sfuma sul turchese.

Sì al gelsomino, come profumo, anche alle spighe, no alla verbena. I bambini la divertono, i cani grossi la spaventano; vanno bene i gatti, quando vede le galline stringe gli occhi e ride. Meglio le canzoni cantate dalle donne che dagli uomini, soffre l'umido, i rumori forti, gli spifferi. Odia che la si faccia dormire sul fianco sinistro, detesta non essere lavata ogni giorno; gli sconosciuti prima di accettarli deve studiarli da lontano, per qualche minuto, poi dipende,

30. Modalità organizzative

Clara e Renato, come madre e come padre, hanno iniziato a pensare che – un giorno neanche tanto lontano – loro due non saranno più al mondo. Melinda, benché in serie difficoltà, ha buona tempra e vivrà a lungo: chi sarà lì a decidere (ecco la preoccupazione) il giorno che lei non abbia più accanto qualcuno

che, come quelli di casa, conosce a memoria ogni segreto? Qualcuno che sa come prenderla, sempre, che decodifica ogni battito d'occhi al volo, qualunque smorfia.

Per questo occorre mettere a punto nuovi scudi istituzionali. Il ''progetto esistenziale di vita'': uno strumento a garanzia dei più fragili, qualcosa da porre al centro di una legge apposita; un testo che andrà approvato al più presto dal Parlamento.

Ecco in breve i punti chiave. I genitori, una volta decisi ad assicurare al figlio quella rete difensiva, o in mancanza i Servizi Socio-sanitari, si rivolgono all'apposito Ufficio del Comune. Si attiva un procedimento teso alla confezione del Progetto: mirante cioè a raccogliere, sotto la regia di un esperto incaricato dal Comune, i dati biografici necessari. Materiali che forniranno il disabile stesso, gli esperti che lo hanno seguito, i genitori, i restanti membri della famiglia.

Nessun dettaglio trascurato: abitazione quale e con chi, tipi di film, insofferenze coi negozi, gusti nei vestiti, uso del frigo. Il tutto convogliato entro un *format* di una decina di pagine. Documento destinato a essere parte, per un verso, della carta di identità della persona; da trasfondere, per altro verso, nell'apposito registro del Comune: a sua volta in rete con la Banca-dati nazionale dei Progetti esistenziali di vita.

Da allora in poi nessun operatore avrà facoltà di prendere decisioni, sul conto di quella persona, qualora non abbia prima consultato il Progetto esistenziale di vita. Consultazione scrupolosa, al microscopio; specie dopo che i genitori sono mancati. E ogni scelta difforme dal Progetto – riguardante il cibo, il tragitto della carrozzina nelle passeggiate, la presenza nei *social*, il colore delle tende – sarà impugnabile presso il Giudice tutelare. Ogni tanto il testo se invecchia andrà aggiornato; un organo apposito in Municipio vigilerà su quella persona, minuziosamente: verificando che funzioni tutto al meglio, mese per mese.

"Chi mi protegge è l'Italia", ecco il vessillo per il beneficiario.

31. Libertà fin che possibile

Le signorie per chi è fragile ancora.

Il fatto di accusare disagi psichici non significherà che la persona non possa, sul piano delle iniziative, collaborare alla propria rinascita. Anche sul piano contrattuale.

Anzitutto è pacifico che un individuo, per quanto instabile, è sempre in grado di compiere gli atti della vita di ogni giorno. Nessun barista, al pazzerello che gli chieda un cappuccino, porgendo un euro e quaranta, potrà mai rispondere: "Non

ti servo, sei fuori di testa. Puoi restare nel mio locale, niente però consumazioni; al massimo un bicchier d'acqua dal rubinetto, in regalo».
Lo stesso per quanto concerne il fornaio, il tassista, il salumiere, il calzolaio, il fruttivendolo (articolo 409 c.c., ultimo comma).
Conclusione analoga, fin che possibile, anche rispetto a negozi meno semplici.
Non si parla di operazioni societarie, beninteso, né di fusioni tra banche. Ciò che è sensato dovrà accogliersi tuttavia – in vista di una miglior risocializzazione – nella portata virtuale del fragile; almeno in chiave informativa, di partecipazione ai vari anelli.
Complicità, accompagnamenti; mai esclusioni o segretezze, nessuno messo di fronte al fatto compiuto. Decisive nei dettagli, sempre, le caratteristiche del caso specifico: natura del *vulnus* psichico, curiosità e disponibilità al coinvolgimento, importanza del contratto da stipulare, costi/benefici sulla carta, idoneità di un'assistenza (doppia firma) civilistica.

32. Sposarsi

Cristiano adesso.
30 Seria diagnosi psichiatrica, scompensi periodici, vorrebbe sposare Angela: neanche lei sta bene, depressa cronica, poche speranze di rimessione. Gli esperti sono pessimisti. Ecco un caso in cui chi ha l'ultima parola in Tribunale, va osservato, non potrà che concludere: questo matrimonio non s'ha da fare.
Tonio invece.
Affetto dalla sindrome di *Down* sarebbe intenzionato – lei d'accordo – a sposare Carlotta, *Down* a sua volta. Cresciuti insieme, le famiglie si conoscono, hanno sempre presidiato quella che, per anni, era una semplice amicizia. I due novizi hanno frequentato buone scuole, entrambi un mestiere sicuro in mano, lui magazziniere, lei sarta; tutti quanti li conoscono, ambedue vantano un bel carattere, ci sarà sempre a un metro di distanza un'ala protettiva. Due le coppie, normali, che si sono sposate ultimamente, fra i coetanei del quartiere.
Perché non lo stesso anche loro? Carlotta con l'abito bianco che ha già adocchiato, in una *boutique* specializzata del centro; Tonio quel nuovo vestito grigio perla, coi risvolti lucidi e il cravattino a righe.

33. Rimedi

Il piano dei rimedi ora; assai numerosi, diversi uno dall'altro.
Con varie note comuni, che confermano l'unitarietà della categoria: l'importanza della prevenzione, un'esecutività sbrigliata, snellezza nelle procedure.
Bisogna andare dritti allo scopo, far presto; chi è in ambasce rischia più di altri nell'attesa.
Ai congiunti poveri vanno garantiti gli alimenti, a provvedere saranno gli altri familiari; chi per la strada s'imbatta in una persona esanime o ferita deve prestarle soccorso. I migranti non devono annegare e, quando esistono le condizioni giuste, va concesso loro asilo. Guidando occorre tenere la destra, certe vaccinazioni debbono essere obbligatorie, le violenze sessuali contro un bambino o un disabile richiedono pene speciali.
Chi si ammala va curato, tendenzialmente gratis. Agli scolaretti con disabilità vanno assicurate, in congruo numero, ore di sostegno con capaci insegnanti. Il prestatore ingiustamente licenziato va reintegrato nel posto di lavoro. Se uno commette *stalking* va incontro a un divieto di avvicinamento. Chi ha seri motivi per non voler più vivere, andrà aiutato a morire, anche tramite suicidio assistito; secondo alcuni anche l'eutanasia attiva, in casi estremi, diverrà lecita in Italia.
La pedopornografia va combattuta in tutte le forme.
I bambini soli al mondo o disamati vanno quanto prima presi in carico, sistemati in modo da non stare male, affidati a qualche buon focolare domestico, in vista al più presto di un'adozione. I mariti che picchiano moglie e figli vanno messi fuori dalla casa d'abitazione e, quando abbiano espiato le loro colpe, occorre impedire loro di fare ancora i despoti. La pubblica amministrazione, inadempiente rispetto all'impegno di insediare questo o quel servizio, va talora condannata all' esecuzione forzata dell'opera.
Gli ex-detenuti vanno aiutati a reinserirsi nella società, ai portatori di malattie infettive si addice la quarantena, chi soffre ha diritto alle cure palliative; i doveri di informazione sono inderogabili in medicina, la vittima ha il dovere di mitigare l'ammontare del danno.
Ogni barriera architettonica dev'essere eliminata, I materiali disdicevoli e offensivi vanno cancellati da internet, le persone innocenti vanno rimesse in libertà; chi ha la casa che brucia dev'essere soccorso quanto prima dai vigili del fuoco. I cani abbandonati vanno portati quanto prima nel canile municipale, se esiste, quelli bastonati vanno tolti al più presto al loro padrone.

34. Danni e responsabilità

Non sempre, allorché a farci avvizzire è un torto, ci troviamo nella condizione di poter esigere che le cose tornino come prima, materialmente.
Ciò che si può domandare è spesso solo un risarcimento.
Dovrà trattarsi di un cespite che, per qualità e per quantità, riporti comunque la vittima al perduto benessere: *ni moins ni plus* come dicono i francesi.
Nei casi in cui la posta sia di tipo economico, quel risultato è a portata di mano.
Meno semplice l'area non patrimoniale. Occorrerà guardare qui ai dolori patiti, cioè al danno morale (pianto, ricordi ossessivi, sbandamenti di tono), nonché alle attività realizzatrici turbate, ossia al danno esistenziale (disturbi in famiglia, nella creatività, nel tempo libero).

35. La funzione empatica

Essenziale in materia la funzione empatico-partecipativa.
Nessun dubbio sull'utilità del denaro pur in ambito non patrimoniale: maggiore la provvista, più ampie le iniziative prospettabili alla vittima, in vista di un ritorno in carreggiata: oggetti piacevoli da acquistare, micro compensazioni, usanze con cui riconciliarsi; scelte di tipo innovativo o restaurativo, viaggi da intraprendere.
Spesso il nodo decisivo, la leva per riemergere spiritualmente, si collocherà però a livello di linguaggio. Le frasi spese dal giudice in sede di motivazione; le espressioni in grado di far sentire il sofferente compreso nella sua odissea, ascoltato fino in fondo.
Dimostrazioni letterarie di attenzione, di solidarietà umana – rivisitando passo dopo passo, senza toni di maniera, la sequenza ripercussionale.
Un magistrato capace, descrittivamente, di dar conto di tutto ciò: «Siamo dalla tua parte, ce l'hai detto nella denuncia, sul banco dei testimoni»; sentenze che non facciano sentire il danneggiato solo al mondo, come se niente gli fosse successo.

36. Reprimere il dolo

Chi è stato cattivo andrà trattato peggio in tribunale; anche sul piano del risarcimento.

Regola aurea per chi vuol rinascere: poter contare sul necessario aiuterà a uscire prima dal malessere. Ci sono ipotesi, ad esempio un'operazione chirurgica di speciale difficoltà, nelle quali chi ha commesso una colpa lieve meriterà indulgenza. A volte invece negligenze imperdonabili, sottili malignità: qui il danneggiato deve poter rinascere in fretta, senza limiti di spesa.
Due punti allora.
Primo: nessun dubbio che il bersaglio di una malafede, di una cattiveria preordinata, è destinato a soffrire maggiormente: lo affanna il pensiero della gioia, consapevole, che è immaginabile presso l'avversario (*Schadenfreude*). La semplice colpa altrui ferisce poco, l'arroganza al contrario indispone; aumenta il cruccio nella vittima, la rabbia per il dolo: naturale che più esteso, se si vogliono pareggiare i conti, dovrà essere poi il ristoro.
Secondo: dimostrare le sfumature è difficile, specie in ambito non patrimoniale; un'area abituata a vivere di liquidità, di penombre: certi capitoli lesivi non è ben chiaro chi debba farli emergere, nel processo, con quanta minuzia. Il magistrato vanta ampi margini di apprezzamento in proposito. Nessun dubbio sulla necessità di accollare al malvagio, allora, oneri probatori più intensi; una sorta di presunzione giudiziale, col risultato che all'offeso – se fallisce il contro-gioco istruttorio – andrà corrisposto di più nel conteggio, al limite il 100% del danno.

37. Servizi a rischio

I grandi numeri ora.
Frequenti, negli ultimi anni, i rilievi circa la crescita delle persone bisognose, che giorno per giorno si registra, a livello di territorio; e sul collasso cui rischiano di andare incontro i servizi giudiziali e socio-sanitari, preposti a coprire quelle necessità.
In pochi altri campi del diritto si segnalano, in effetti, contrasti così acuti fra teoria e pratica.
Da un lato convenzioni internazionali, legislazione nazionale e regionale; con grandi affermazioni di principio, proliferare di vessilli e declamazioni – circa i diritti dei soggetti fragili, gli obblighi dello Stato e delle pubbliche istituzioni.
Dall'altro segnalazioni del *welfare* in affanno, impegni pubblici rinviati o disattesi: quando emerga, in particolare, dei giudici che scarseggiano, dei cancellieri che non vengono rimpiazzati, dei decreti troppo spesso impersonali, standardizzati, degli amministratori di buon cuore che latitano.

O quando si sappia – qualcuno aggiunge – dell'assistenza domiciliare che verrà sospesa, dal mese prossimo, del *day hospital* che sta per chiudere, salvo miracoli; degli sportelli che non apriranno subito, del consultorio che accorcerà gli orari, del corso di formazione non più finanziabile.
In nessun campo come in quella della fragilità è così forte – si prosegue – il pericolo che situazioni di relativo splendore possano, da un giorno all'altro, cominciare a perdere colpi, a entrare in crisi: con uffici man mano anchilosati da tensioni interne, sempre meno incisivi negli interventi, frustrati in qualche fantasia di riassetto, ridotti a gusci sostanzialmente vuoti.
Oggi che in Italia l'amministrazione di sostegno tocca la soglia dei trecentomila procedimenti aperti, a fronte di clienti stimati nell'ordine di alcuni milioni, potenzialmente, indicazioni del genere appaiono – occorre dire – sempre meno fantasiose.

38. L'ufficio sportello

Di qui la proposta – secondo alcuni – di un "Ufficio-sportello triangolare per la fragilità e l'amministrazione di sostegno" (Ustfas), da insediare a livello di Comune o di Consorzi di Comuni.

Un'agenzia di supporto – viene precisato – affidata al coordinamento dall'Assessore alle Politiche Sociali, gestibile eventualmente attraverso un'apposita fondazione, o agenzia, sotto il controllo dell'ente locale.
Composta al suo interno da vari soggetti, pubblici e privati: personale del Comune stesso, rappresentanze degli amministratori di sostegno, operatori del Tribunale, enti della Cooperazione sociale, uffici del Dipartimento di salute mentale della Asl, espressioni del volontariato, delle famiglie dei malati di mente, o comunque delle persone anziane, dei portatori di dipendenze, delle persone con disabilità.
«Non vi spiegherò cari utenti come fare, – questo il motto, – faccio le cose io direttamente, per voi».
A monte una legge-quadro nazionale, istitutiva dell'Ustfas per l'intero paese, seguita da leggi regionali di attuazione.
Tre interfacce sociali di riferimento: (a) cittadinanza, famiglie, persone fragili del territorio; (b) ufficio del giudice tutelare, (c) amministratori di sostegno in carica.
Obiettivi di fondo: accogliere, prendere in carico i non autosufficienti, sgravare il giudice e l'amministratore di sostegno da tutta una serie di mansioni (meccaniche, burocratiche, computerizzabili); consentendo a entrambi di gestire, al meglio,

i rapporti personali con gli assistiti (dialogo, ascolto, confidenze, passaggi maieutici, rassicurazioni).
Fra i compiti dell'Ustfas, soprattutto:
– redazione del testo dei singoli ricorsi giudiziali, dettagliati nell'indicazione del perché si ricorre, espliciti nel suggerimento degli atti da compiere, corredati con la documentazione necessaria;
– ricerca di notizie, per conto del giudice tutelare, sul conto dei beneficiandi/beneficiari e delle famiglie;
– ispezioni, controlli periodici, verifiche di base, sulla condizione degli assistiti;
– sostegno agli amministratori in carica, facendo con loro o al posto loro tutto ciò che si presta sul piano organizzativo (adempimenti con banche, catasto, imposte, ufficio del lavoro, case di riposo, Inps, luce, acqua, gas, farmacie, telefonia, e così via);
– servizio di consulenza (medica, psichiatrica, pensionistica, bancaria, assicurativa, psicologica, etc.) a vantaggio degli amministratori;
– organizzazione semestrale, città per città, di corsi di formazione, sia per la cittadinanza, sia per futuri amministratori di sostegno;
– tenuta di un telefono verde, con gli opportuni filtri, a beneficio dei singoli amministrati, delle famiglie.

39. Zona grigia

È tempo di trarre qualche conclusione.
I fragili appartengono, per la maggior parte, a una zona grigia dell'universo: soggetti che non stanno abbastanza bene da cavarsela da soli, in qualsiasi frangente, e non male al punto da abbisognare di qualcuno che li sostituisca, per intero e per sempre.
Diritto pubblico e diritto privato svolgono, qui come sempre, funzioni diverse. Il primo, procedendo dall'alto, obbedisce ai criteri della grande civiltà e solidarietà; guarda al sistema sanitario, agli accompagnamenti per chi non ce la fa, all'accessibilità, ai supporti domiciliari, al trasporto dei bisognosi. Il secondo, attento ai rapporti paritari, affronta ogni questione nell'ottica dei diritti civili; pensa ai rimedi attivabili contro gli impedimenti – e si concentra sugli avversari – di grado formale omogeneo.
Comparti entrambi preziosi in ''debolologia''.
Le prerogative di stampo classico, nel campo della vulnerabilità, interessano non meno che altrove: tanto quelle di tipo patrimoniale (proprietà, usufrutto,

servitù, abitazione, etc.), quanto quelle di natura personale (nome, immagine, onore, riservatezza, etc.).
Potrà anzi presentarsi, a fini di esercizio, qualche passaggio in più da affrontare; il sofferente può non essere a volte, sul terreno processuale, in grado di azionare le leve che gli competono: chi di dovere sarà chiamato a studiare in che modo quella pienezza di *ius commune* debba, volta per volta, ristabilirsi.

40. Nuovi diritti

Non è raro che affiorino nuove prerogative, sui terreni in esame – con l'avvento di leggi di riforma, in forza di svolte importanti nelle corti, grazie all'ampliarsi naturale della giurisdizione, specie quella volontaria.
Diritto al sostegno, per esempio, diritto a non soffrire, al rispetto dell'orientamento sessuale, al supporto scolastico, a trattamenti civili prima della morte; diritto all'altrui comprensione e tolleranza – perché no – riguardo alle proprie singolarità esterne, idiosincratiche, diritto a qualche premura nell'accoglienza, a una gentilezza di linguaggio ambientale; alle piccole storie di cortile, poi, al garbo nei contatti fisici, alla compagnia del proprio cane o gatto.

Diritto a non vedersi dare del tu, ruvidamente, in una casa di riposo o in ospedale, a non mangiare certe pietanze, troppo rustiche, a ricevere fuori orario parenti che abitano lontano.
La cura della persona poi, sul piano estetico: ha anch'essa i suoi fardelli. Essere aiutati a mostrare un bell'aspetto, in presenza degli altri, a serbare un corpo snello, flessuoso. Immagini gradevoli di sé, da offrire dentro e fuori casa: capelli ben pettinati, odore di lavanda, passamanerie ottocentesche, biancheria in ordine.
In vista, se del caso, di un'instillazione nel fragile del gusto di provvedere lui stesso, non appena possibile, a soddisfare le sue necessità.
Situazioni che non postulano la destrezza di un *dominus* organizzato, non temono indiscrezioni o sconfinamenti dei terzi: loro cardine sarà che vi sia semmai l'accorta intromissione di qualcuno, a fianco dell'interessato: la controparte è prevalentemente di natura pubblicistica, comunque mista, la trasgressione diventa un "non aver dato", un "non voler fare".
Stampi inconsueti per l'ordinamento, mai però riducibili a concessioni, elemosine; istanze che vanno oltre – si conclude – la sfera della morale, del costume. Mezze armature, quasi signorie, lemmi *in progress*. Figure alla ricerca di conferme, suggelli, magari in qualche sentenza: con un titolare abilitato,

talvolta, a spendere mezzi di ripristino, quantomeno a ottenere un indennizzo, in caso di mancato adempimento.

41. Disabilità e fragilità

Disabilità e fragilità allora.
Due mondi vicini, in parte sovrapponibili, mai del tutto coincidenti.
Ci sono fragili nella realtà di ogni giorno – si rimarca – i quali non accusano disabilità in senso stretto (malati, anziani, alcolisti, anoressici) e disabili la cui fragilità civilistica appare, per converso, modesta o inesistente (persone in carrozzina, con le stampelle, ipovedenti addestrati, portatori di sindromi psichiche leggere).
Nella disabilità si guarda essenzialmente a un fare empirico, di tipo materiale, complicato per quella persona: nella fragilità alle insufficienze per le scelte da assumere, sul piano giuridico, circa la vita da condurre.
Ambiti complementari, che traggono beneficio a conoscersi, a parlarsi, ognuno con qualcosa da insegnare; l'errore, a livello legislativo, sarebbe di voler intervenire sulla prima (soprattutto amministrativistica come ispirazione) utilizzando le logiche della seconda (soprattutto privatistica come officina).
Raffronti indicativi per l'interprete?
Non tanto quelli tra la squadra dei "forti" da un lato, e la compagine dei "deboli" dall'altro; oppure – quasi lo stesso – tra ciò che una persona in difficoltà fa attualmente, con un minor tasso di freschezza, e ciò che essa faceva prima che nella sua casella irrompessero quei fattori di scompenso, disordine.
Piuttosto, la messa a paragone fra quello che un essere "debole" si trova costretto a fare o a non fare, contingentemente, e ciò che avverrebbe nelle sue giornate qualora fossero attivi i supporti – assistenziali, ospedalieri, educativi – capaci di neutralizzare, in tutto o in parte, i riflessi negativi di quelle manchevolezze.
Parole chiave d'intervento? Ascolto, empatia: valutare ciò che sta accadendo, per chi sta male, capire quali vie saranno condivise, preferibili. I supporti giudiziali come percorsi elastici, rinnovabili a ogni istante, anche dietro istanza dell'interessato. Il benessere quale insieme destinato a fluire, che si spende giorno per giorno; qualcosa privo di intralci, a misura d'uomo.
Il "*nomos panton basileus*" di Pindaro – non importa se anonimo, senza grandi sorprese.

42. I doveri

Multidisciplinarità: le sventure esistono, sul crinale fisico e su quello psichico, il problema è ciò che esse determinano nel magma spicciolo, quotidiano; fuorviante ogni controllo fatto solo di lastre e provette, nel chiuso di un laboratorio.
Bene le *équipes* di lavoro; meglio sia il giudice comunque, finché sono in gioco segmenti relazionali, come accade spesso, a fornire le direttive d'insieme, a plasmare i tragitti di rilancio, di rientro.
I momenti del dovere in questa cornice: fare le cose che competono, andare a lavorare, non indurre in tentazione, andare a prendere i bambini a scuola, rispettare gli impegni. Gli obblighi personali come fondali immancabili, essenziali in un sistema che funzioni.
E ciò su entrambi i versanti che interessano.
Quello che si vedranno chiamati a compiere – in termini di cura, assistenza, porte aperte al Centro, soccorso casalingo – i servizi socio-sanitari, gli uffici giudiziari, i familiari, i debitori, la pubblica amministrazione: con quanta solerzia debbono assolversi le mansioni, pro assistito?
Come sarà obbligato a comportarsi quest'ultimo/a – sul terreno economico, nelle scelte relative ai farmaci, per strada, sul lavoro – tenendo conto della famiglia che lo attornia, dei creditori, degli allievi, del bambino che c'è in grembo, di chiunque abbia titolo per aspettarsi qualcosa da lui/lei: quanti passi indietro dovranno compiere le scusanti, l'eroina, le dolcezze insidiose, i benefici secondari della malattia, gli sprechi incoscienti, le imposizioni pecuniarie ai nonni, il piccolino lasciato piangere, le arroganze più vili, gli egoismi di comodo?

43. Ombre emergenti

Un'area non facile per il diritto.
Forme nuove di debolezza – sul piano dell'età, della destrezza informativa, dei saperi e accessi tecnologici – che si affacciano di continuo; e non è detto che le difese rituali, per chi resta colpito, funzionalmente o comunicativamente, saranno sempre utilizzabili.
La scarsezza di risorse che incombe, sul piano economico, offuscando i sogni migliori, presso i consigli comunali e regionali; ed è già chiaro come certe

garanzie – ad esempio quanto al lavoro dei malati di mente, alla scuola degli allievi con disabilità – non siano generalizzabili oltre una certa soglia, nelle rivendicazioni delle Magistrature più alte.
Psichiatri a traslocare, poi, assistenti sociali a cambiare reparto, ogni tanto, giudici a fare carriera: come evitare – se quella orale è la forma con cui i fragili si raccontano di solito – che ogni cambio fra i custodi migliori, i prediletti, disperda ricchezze preziose? vanificando automatismi, precomprensioni collaudate negli anni?
Sede ideale per ospitare il Grande Cielo: ha i suoi pregi ogni modello, verso che genere di contenitore – fra un'appendice al codice civile, un testo unico di semplici addizioni, una legge quadro di principi, un codice apposito come architettura – orientarsi istituzionalmente?
Le idee camminano veloci, le insofferenze si acuiscono in chi soffre; non ci si abitua alle irrisioni, tante suscettibilità appaiono giustificate, gli antidoti allo stigma sono importanti, certe parole si bruciano in fretta e resistono a lungo (avvilenti, stereotipate): che immagini cercare, inventare, discorrendo di cagionevolezza e resilienza, che neo-vocaboli pretendere, come imporli alle istituzioni?

44. Un lavoro difficile

Scogli vari anche per gli operatori sul campo.
Impegni ogni settimana: al lunedì gli incontri coi familiari e le vertenze nelle case di riposo, al martedì i corsi di formazione e i turni al *call center*; al mercoledì le audizioni in consiglio e i regolamenti per i servizi, al giovedì le consulenze all'*hospice* e la tavola rotonda di quartiere.
Gambe, pazienza: viaggi ai bordi dei padiglioni, documentarsi senza libri, interviste agli addetti ai lavori, visite improvvisate; sopportare le critiche ingiuste, qualche scenata, cogliere i patemi nascosti, specialmente come somma di ciò che si subisce, da chi è indifeso e umiliato, che viene inflitto nell'ombra.
Una sfida i conteggi, le verifiche: censire i posti letto nelle cliniche private, ricordare le circolari sul collocamento dei malati psichici, misurare il grado di affollamento nelle celle; occuparsi delle commissioni per le pensioni di invalidità, degli orari degli infermieri, del gratuito patrocinio, dell'immondizia, del pagamento delle rette negli ospizi.
Molti i passaggi misteriosi, nella vita di chi è ai margini: porte bloccate, rumori

soffocati all'interno, odore di chiuso, di fumo, di cavolo, di immondizia. Riottosità, grugniti, diffidenze, bottiglie vuote sul pianerottolo; fili elettrici che pendono, mattonelle sconnesse sotto i piedi, bollette mai pagate, i soldi dentro il materasso forse. Chiamare, il parroco, i vigili del fuoco?
Il tetto che perde, i vicini di casa ostili o disinformati, i contatori manomessi, la ringhiera arrugginita, i negozianti vaghi o all'oscuro di tutto. Cercare un fabbro, entrare dal terrazzino?

Odi et amo: consenso, dissenso e rispetto della dignità del beneficiario di amministrazione di sostegno[*]

Roberto Masoni
Giudice del Tribunale di Modena

Il saggio sottolinea che la disciplina codicistica dettata in tema di amministrazione di sostegno evidenzia, tanto in sede di giudiziale audizione, quanto nel corso dello svolgimento dell'incarico da parte dell'amministratore di sostegno, una propensione per il convolgimento del disabile nelle scelte che lo concernono.
Si evidenzia che identica prospettiva di civilità si riviene pure nella l. n. 219 del 2017, in tema di consenso informato sanitario.
Questi recenti interventi normativi denotano, entrambi, particolare attenzione amtropocentrica per la persona umana e per lo sviluppo della sua personalità, in modo conforme rispetto agli enunciati costituzionali

The essay underlines that codices discipline dictate on the subject of support administration highlights, both in the judicial hearing and in the course of assignment by support administrator, an inclination in the involvement of the disable person choices that concerne him.
Moreover it is then pointed out that the same perspective of civilization in l. 219 of 2017, n the subject of informed health consent. These recent normative interventions both denote a particular anthropocentric attention for the person and for the development of his personality, in a manner consistent with costitutional statements.

[*] Con lievi modifiche il saggio è stato pubblicato in *Dir. fam.*, 2021, 2, 813 ss.

Sommario: 1. Valorizzazione della volontà e dell'autodeterminazione individuale. – 2. Audizione del beneficiario. – 2.1. Omissione dell'audizione. – 2.2. Prassi devianti. – 2.3. Audizione delegata. – 2.4. Modalità di espletamento. – 2.5. Audizione in periodo emergenziale. – 3. Dissenso alla nomina di a.d.s. – 4. Rete protettiva tutelante. – 5. Contrasti a.d.s. – beneficiario. – 5.1. Dovere di informazione. – 6. Consenso informato al trattamento medico. – 6.1. Volontà del beneficiario. – 7. Conclusione.

Odi et amo. Quare id faciam, fortasse requiris. Nescio, sed fieri sentio et excrucior[1] costituisce l'incipit del carme 85 del poeta latino Gaio Valerio Catullo.

L'epigramma si riferisce al dissidio interiore che suscita il conflittuale rapporto tra il poeta e la donna amata (Clodia-Lesbia), un misto di sentimenti contrastanti e contraddittori, di amore e di odio.

In termini più generali, l'epigramma richiama una relazione d'amore tormentato, nella quale convivono questi sentimenti.

Una relazione di questo genere si ritrova nell'amministrazione di sostegno, ove consenso e dissenso all'attivazione della protezione istituzionale possono convivere nella persona del beneficiario, come due poli convergenti, come *infra* emergerà.

1. Valorizzazione della volontà e dell'autodeterminazione individuale

La disciplina normativa di protezione degli incapaci (di cui alla l. n. 6 del 2004) evidenzia una spiccata propensione per l'audizione del beneficiario, nell'ottica di un suo coinvolgimento ed un'effettiva (e non semplicemente declamatoria e formale) compartecipazione alle scelte che lo concernono, secondo una prospettiva dialogica, rispettosa delle sue prerogative.

Dalla normativa del 2004, non disgiunta da quella dettata dalla l. n. 219 del 2017 (in tema di consenso informato al trattamento sanitario), emerge una direttiva di fondo, la quale rispetto al passato evidenzia l'accresciuto ruolo che assume la volontà e la compartecipazione del disabile alla sua giuridica protezione.

Ossia, dei bisogni, degli interessi, oltreché della volontà del disabile, è necessario farsi carico.

[1] «*Odio e amo. Forse chiederai come sia possibile/ non so, ma è proprio così e mi tormento*» (CATULLO, *Le poesie*, a cura di A. FO, Torino, 2018, 253).

La disciplina di governo si colloca in ottica moderna, rispetto a vetusti e superati istituti di protezione, quali sono interdizione ed inabilitazione.
In particolare, la neofita disciplina è improntata al rispetto della dignità ed alla valorizzazione dell'autodeterminazione della persona, in piena consonanza con i valori di rispetto emergenti dalla Costituzione personalistica, la quale colloca al centro dell'ordinamento giuridico la persona umana, non più considerata subordinata alle esigenze superiori dello Stato.
Porre al centro dell'ordinamento la persona, sia questa capace o incapace, significa garantire lo sviluppo della sua personalità individuale, permettendo l'espansione delle capacità, fisiche, psichiche e relazionali dell'uomo che ancora residuano, con l'obiettivo di garantirne un miglioramento interiore personale (art. 2 Cost.), secondo una prospettiva di tipo antropologico ed anzi in forza di una visione antropocentrica di stampo liberale.
Garantire il rispetto della dignità della persona costituisce valore umano primario e come tale non migliorabile.

2. Audizione del beneficiario

Come per l'esame dell'interdicendo[2], si concorda che, nel procedimento di sostegno, «l'atto istruttorio più importante (sia) l'audizione del futuro beneficiario»[3].
Ancora, incisivamente, si osserva: «ecco le parole chiave dell'amministrazione di sostegno. Sapere – il giudice, il p.m., gli operatori sociali – ascoltare quanto occorre all'interessato, mirare a conoscere in primo luogo i suoi bisogni. E sulla base di quella presa d'atto, confezionare poi un assetto irripetibile di sostituzioni, di affiancamenti, di momenti curatoriali»[4].

[2] Per la precisazione, si rimanda a A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, 202 ss., che scriveva: «quanto alla pratica, di norma le corti ritengono l'esame dell'incapacitando il mezzo di prova più importante»; E.V. NAPOLI, *L'infermità di mente l'interdizione, l'inabilitazione*, Milano, 1995, II° ed., 191: «superare il momento dell'esame costituisce una sicura violazione della norma oltre che dei principi costituzionali a garanzia della libertà e della dignità della persona».
[3] Precisa G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2008, 388, che l'audizione del beneficiario «è un presupposto necessario della pronunzia». Concorda A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2014, 140. R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno: questioni e soluzioni*, in *Off. dir.*, Milano, 2019, 116, afferma che «l'ascolto è il cuore del procedimento».
[4] Così scrive P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del*

Dispone l'art. 407, comma 1, c.c.: «il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce, recandosi ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa».
La previsione normativa riecheggia quella dettata in tema di interdizione («all'udienza, il giudice istruttore, con l'intervento del pubblico ministero, procede all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando …»: art. 714 c.p.c., norma non richiamata tra le disposizioni applicabili all'amministrazione di sostegno, «in quanto compatibili», ai sensi dell'art. 720-*bis* c.p.c.).
In realtà, la temperie culturale ed il significato delle disposizioni normative appaiono profondamente diverse[5], per quanto, in termini generali, entrambe prevedano l'ascolto dell'interessato prima di adottare un provvedimento che lo concerne[6].
È stata evidenziata la profonda diversità intercorrente tra le due previsioni normative, frutto di diverse sensibilità e di stagioni assai lontane tra loro.
L'esame previsto dagli artt. 419 c.c. e 714 c.p.c. (come l'interrogatorio dell'interdicendo in camera di consiglio, previsto dall'art. 838 c.p.c. 1865[7]) trasforma il ruolo dell'interdicendo da soggetto del processo, in oggetto di «un'ispezione giudiziale»[8], in un'ottica semi ispettiva, di significato meramente istruttorio.
Diversamente è a dirsi per l'amministrazione di sostegno.

codice civile, in *Giur. it*., 1988, IV, 49. Per M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci*. *Le misure di protezione*, Milano, 2019, 729, «l'ascolto del beneficiario è atto istruttorio imprescindibile».

[5] Concorda R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno* …, cit.

[6] Per queste tematiche sia consentito il rinvio a R. MASONI, *Il giudice tutelare*, Milano, 2018, 498 ss. Anche F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, II° ed., 2018, 238-239, evidenzia che la diversa formulazione delle norme riflette la diversa "storia" dei due istituti. In tema, già, E.V. NAPOLI, L*'infermità di mente* …, cit., 189 ss.

[7] Da un punto di vista lessicale, esame equivale ad interrogatorio. Quest'ultimo riveste chiaro significato di controllo e di visita, in quanto consiste in una «serie incalzante di domande e di accuse» (G. DEVOTO – G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze, 2011, 1454).

[8] L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1916, VIII° ed., II, 526-527, qualificava l'interrogatorio dell'interdicendo (*ex* art. 838 c.p.c. 1865, che «ha luogo in camera di consiglio») in termini di ispezione giudiziale. In modo lungimirante, egli suggeriva al magistrato di conferire al «colloquio l'impronta più intima e famigliare che sarà possibile, per esplorare la psiche del convenuto nella sua piena a spontanea manifestazione». Raccomandando che l'interrogatorio sia «affidato a magistrati intelligenti, umani e di pronto acume, e che essi lo eseguiscano con tutto lo zelo e la diligenza di cui sono capaci, in quanto che un interrogatorio bene eseguito costituisce spesso il caposaldo del giudizio». Parole ancor'oggi di attualità con riguardo alle modalità di espletamento dell'audizione del beneficiario di a.d.s. da parte del giudice tutelare.

In tal caso, non vi è propriamente un esame da effettuare, ma un'audizione, che si svolge in un procedimento nel quale il giudice deve tenere costantemente conto, a tenore dell'art. 407, comma 2, c.c., dei bisogni e delle richieste del disabile, sempre compatibilmente con le esigenze di protezione della persona.
Nel processo di interdizione, l'esame dell'interdicendo serve a saggiarne la capacità di intendere e volere; mentre, maggiormente ampia e complessa è la funzione dell'audizione del beneficiario nell'ambito della procedura di amministrazione di sostegno, che rende questo atto essenziale e cruciale[9].
Non si tratta tanto di saggiare il tasso di capacità di intendere e volere della persona, ma piuttosto di "*ascoltare*" l'interessato per raccoglierne "*bisogni e richieste*", individuandone le effettive, concrete esigenze esistenziali, le sue aspirazioni e cogliere, se e quale sia, il progetto di vita[10].
Le indicazioni fornite dal beneficiario in sede di ascolto sono estremamente significative ed il giudice ne deve "tener conto", agli effetti della confezione del "vestito su misura" veicolato nel decreto di nomina.
Le indicazioni emerse in sede di audizione si rivelano utili per molteplici finalità. Anzitutto, per l'individuazione della persona idonea a ricoprire l'incarico di a.d.s.[11] e saggiare le preferenze del beneficiario; poi, per l'individuazione delle concrete necessità esistenziali e perciò agli effetti della determinazione della tipologia di atti che l'amministratore di sostegno è chiamato a compiere in sostituzione o in assistenza al disabile e che quest'ultimo non può effettuare in modo autonomo; come pure, agli effetti dell'istituzione di un'amministrazione di natura prettamente patrimoniale, ovvero, anche (o esclusivamente) di tipo personale, volta alla protezione di esigenze esistenziali, ovvero, alla cura della salute della persona.
Da questi pochi sommari cenni si comprende centralità e rilevanza dell'audizione del beneficiario, superiore rispetto all'essenzialità che rivestiva l'esame dell'interdicendo nel processo di interdizione. Cosicché un'approfondita e non frettolosa audizione del beneficiario può rappresentare garanzia di precisa ed idonea confezione del decreto istitutivo.

[9] In tema, A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, cit.; da ultimo, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno ...*, cit.
[10] É stato notato che «l'ascolto non si esaurisce nel pur tendenzialmente necessario momento procedurale dell'audizione, ma pare essere un più generale canone orientativo della decisione del giudice», nell'ottica di «individuare, attraverso una più complessiva valutazione, i bisogni di protezione» (M. PICCINNI, in MAZZONI – PICCINNI, *La persona fisica*, Milano, 2016, 506).
[11] Per il rilievo F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *op. cit.*, 239 e nota 96.

2.1. Omissione dell'audizione

Nella prassi non sono infrequenti le difficoltà di effettuazione dell'audizione.
L'art. 715 c.p.c. disciplina l'ipotesi in cui l'interdicendo non compaia in udienza, obbligando il giudice ad effettuarne l'esame domiciliare.
Analogamente, il testo del comma 2 dell'art. 407 c.c. dispone l'audizione a domicilio dell'amministrando "ove occorra", poi, nel comma 3, prevedendo che, «in caso di mancata comparizione [*il giudice: n.d.a.*] provvede comunque sul ricorso».
L'omessa audizione del beneficiando, non giustificata da ragioni obiettive, di cui va dato conto in motivazione (su cui *infra*), si ritiene determini nullità del procedimento e della nomina[12].
Precise disposizioni sono dettate per l'esame domiciliare dell'interdicendo e per l'audizione del beneficiario.
In caso di necessità ("ove occorra") il giudice è tenuto a recarsi «nel luogo in cui la persona si trova» per l'ascolto. La previsione positiva fa il paio con quella affidata all'art. 715 c.p.c., con riguardo all'esame domiciliare dell'interdicendo o dell'inabilitando, impossibilitati a comparire in udienza «per legittimo impedimento».

La previsione trova riscontro tutte le volte in cui la persona, per effetto della patologia che l'affligge o per l'età avanzata, non possa essere spostata, neppure temporaneamente, dal luogo di residenza o dimora senza subire ragionevole danno.
In tali casi, è il giudice a doversi spostare, non il beneficiario.
A fronte del combinato disposto degli artt. 714 e 715 c.p.c., si domandava quali effetti giuridici discendessero dall'omesso esame dell'interdicendo.
A fronte di impedimento dell'infermo di mente determinante omissione dell'esame, si riteneva che ciò non incidesse sul prosieguo del processo[13].
In termini si era espressa la Corte Costituzionale, la quale aveva ritenuto che «l'irreperibilità (dell'interdicendo) ritualmente accertata non ha l'effetto di paralizzare il corso del procedimento di interdizione»[14].
Come si è testé notato, in materia di amministrazione di sostegno, l'imperativo contenuto nel comma 2 dell'art. 407 c.c. («il giudice tutelare deve sentire ...»)

---

[12] F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 240.
[13] App. Roma, 16 dicembre 1953, in *Foro it*., 1954, I, 1679; Trib. Milano, 24 giugno 1954, in *Foro pad*., 1956, I, 404; Trib. Messina, 28 febbraio 1956, in *Giur. it*., 1957, I, 2, 1039.
[14] Corte Cost. 31 marzo 1988, n. 382, in *Giust. civ*., 1988, I, 1386. Sul punto E.V. NAPOLI, *L'infermità di mente* …, cit., 191.

rende imprescindibile l'audizione dell'interessato; per quanto, il principio vada inteso in termini di relativa flessibilità, tenuto conto che il comma successivo, sulla scorta degli insegnamenti emersi per l'interdizione[15], prevede che, «in caso di mancata comparizione (il giudice: n.d.a.) provvede comunque sul ricorso».
Con riguardo alla neofita protezione, autorevole dottrina ammette che, in «ipotesi limitatissime» ed «in particolarissime situazioni»[16], possa prescindersi dall'audizione dell'amministrando, in particolare quando il soggetto sia irreperibile, ovvero, si rifiuti di presenziare all'audizione, ovvero, ancora, «non sia in grado di comunicare» col g.t.[17]
Fatte queste precisazioni e solo in queste ipotesi limitatissime, il giudiziale accertamento della disabilità[18] del soggetto e della sua inidoneità nell'espletamento di talune o tutte le funzioni della vita quotidiana può venire soddisfatto utilizzando ulteriori fonti informative (documentali: quali, cartelle cliniche, relazioni dei servizi sociali, perizie mediche di parte, etc.: ovvero, orali, in seguito all'audizione dei parenti: art. 407, comma 3, prima parte, c.c.).
L'omessa audizione della persona, nelle limitatissime e giustificate ipotesi di omessa audizione, impedisce di acquisire contezza dei suoi bisogni, delle sue esigenze e richieste, rendendo il decreto istitutivo più povero ed un po' meno su misura.
Neppur sembra necessaria, a pena di nullità dell'audizione, la presenza del p.m. La norma dell'art. 407 c.c. non richiama la presenza del p.m. all'udienza in cui si procede al colloquio, diversamente da quanto stabilito per l'interdizione (artt. 714 e 715 c.p.c.; disposizioni che non state richiamate per l'a.d.s. dall'art. 720-*bis*)[19].

[15] Con riferimento all'interdizione, E.V. NAPOLI, *L'infermità di mente* …, cit., precisava che la mancata comparizione dell'interessato non precluderebbe la pronunzia di incapacità d'agire, perché anche altri elementi consentirebbero di valutare egualmente la personalità del soggetto.
[16] Così scrive A. CHIZZINI, in BONILINI – CHIZZINI, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2007, II° ed., 443; F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 240.
[17] E. MONSERRAT PAPPALETTERE, *Amministrazione di sostegno: la giurisdizione al servizio dei soggetti svantaggiati*, in *Giur. it*., 2005, 719.
[18] L'esperienza insegna che l'audizione del beneficiario non va eccessivamente mitizzata agli effetti decisori, soprattutto quando alle domande risponde un malato psichiatrico. In questi casi, in non poche situazioni, l'impressione scaturente dal colloquio potrebbe trarre in inganno il giudicante sulla assenza di patologia.
[19] Per l'esatto rilievo, F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 239-240 e nota 98. Appariva discusso se l'omessa partecipazione all'esame da parte della pubblica accusa fosse causa di nullità del dell'esame dell'interdicendo (Cass., 17 luglio 2003, n. 11175, in *Fam. dir*., 2005, 51, con nota di Onniboni), oppure no (Cass., 1° dicembre 2000, n. 15346).

2.2. Prassi devianti

Per completezza di esposizione vanno segnalate talune prassi seguite dagli uffici tutelari che opinano legittima l'omissione dell'audizione del beneficiario sussistendo talune condizioni soggettive ed oggettive, ovvero:
1) quando il disabile risulti intrasportabile;
2) in ambito familiare non si segnalino situazioni conflittuali o di contrasto significative;
3) infine, quando per motivi organizzativi l'esame domiciliare, causa la distanza spaziale intercorrente con l'ufficio giudiziario, non risulti agevolmente esperibile.
In queste situazioni, per conoscere le effettive condizioni in cui versa il beneficiario e che il giudice non ha potuto verificare *de visu* in udienza, il ricorrente viene onerato di compilare un questionario da restituire in cancelleria, una volta compilato e sottoscritto da parte del medico di base.
Nel questionario vengono descritte le condizioni, soggettive ed oggettive, in cui si trova il disabile.
Nel questionario si chiede di fornire risposta alle seguenti domande:
precisando se la persona: 1) sia in grado di parlare; 2) in caso negativo, sia in grado di comunicare altrimenti con un interlocutore; 3) sia in grado di comprendere domande di base sulle sue condizioni di vita; 4) sia in grado di comprendere domande sui suoi interessi economici; 5) dall'esame diretto il g.t. possa o meno trarre informazioni utili alla procedura.

La riferita prassi curiale appare distonica (oltre a risultare *contra legem*, dato che l'audizione costituisce un dovere istituzionale del g.t.: art. 407, comma 2) rispetto alla filosofia di fondo che pervade il microsistema della neoprotezione, che nell'ascolto del disabile focalizza il momento cruciale dell'intero procedimento di apertura dell'amministrazione, non solo in senso fonetico, ma pure in senso mimetico e fisico[20].
Si consideri poi che il comma 2 dell'art. 407 c.c. testualmente impone l'audizione "personale" da parte del giudice, il quale, nelle descritte situazioni, neppure può delegare a terzi l'espletamento del cruciale incombente e men che meno a soggetti estranei all'esercizio della giurisdizione.
Già mimeticamente vedere *de visu* la persona, per quanto la stessa possa

[20] Anche A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 141, critica questa prassi, affermando: «più ancora sono criticabili quelle prassi che consentano di disporre l'amministrazione di sostegno senza neppure sentire il beneficiario, innescando modalità procedimentali che appaiono, anzi, *contra legem*».

essere "murata" dalla disabilità del proprio corpo, costituisce fonte vivida di assai utili dati informativi, come pure di precise e vive sensazioni e percezioni, indispensabili per la corretta redazione del progetto protettivo.
Neppure va sottaciuta un'ulteriore prassi adottata da taluni uffici nei quali l'ascolto del beneficiario viene scisso rispetto all'ulteriore corso del procedimento.
In particolare, in talune curie si delega l'audizione del beneficiario ai giudici onorari, per ragioni di sovraccarico del g.t. togato, salvo rimettergli il fascicolo per la confezione del decreto[21].
Anche questa non è una prassi commendevole che contrasta con la previsione normativa laddove impone al g.t. di ascoltare "personalmente" il beneficiario. Tuttavia, essa appare maggiormente giustificabile rispetto alla prima, tenuto conto della difficile situazione contingente in cui opera la giurisdizione volontaria di molti tribunali, che ancor oggi continua ad essere la «Cenerentola del diritto»[22].

2.3. Audizione delegata

Per l'audizione del beneficiario di amministrazione di sostegno si ripropone l'annosa questione, già esaminata dalla giurisprudenza formatasi in materia di interdizione[23], riguardante l'ammissibilità della delega dell'incombente, ai sensi dell'art. 203 c.p.c., quando il beneficiario dimori in altra circoscrizione di tribunale, pur conservando residenza effettiva in quella di competenza del giudice adito.
In materia non sembrano frapporsi ostacoli normativi alla delegazione del "mezzo di prova" costituito dall'audizione del disabile dimorante in altra circoscrizione di tribunale (posto che la "delega" costituisce istituto generale, previsto dal codice di rito *ex* art. 203 c.p.c.), sempre che delle risposte fornite

[21] Per il rilievo, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno …*, cit.
[22] Così si esprimeva, con espressione divenuta celebre, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 383.
[23] Giurisprudenza ritenuta "altalenante" da E.V. NAPOLI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2009, 193. Da ultimo, favorevolmente alla delega, si era espresso Trib. Nola, 11 ottobre 2006, in *Giur. mer.*, 2008, 378, con nota di Amendolagine: «nei casi in cui si debba procedere all'esame dell'interdicendo al di fuori della circoscrizione del tribunale per impedimento o rifiuto dell'interdicendo medesimo a comparire, trovano applicazione le regole generali vigenti in materia di prova delegata ai sensi dell'art. 203 c.p.c., trattandosi di un mezzo di prova tipico previsto dal legislatore nei procedimenti in materia di capacità delle persone». Per l'ammissibilità, pure, Pret. Messina, 25 febbraio 1956, in *Giur. it*., 1956, I, 2, 1039.

dal beneficiario venga fatta specifica e precisa menzione nel verbale d'udienza della prova delegata, che il giudice delegato è tenuto a rimettere all'ufficio delegante (art. 203, comma 3, c.p.c.)[24].

2.4. Modalità di espletamento

Con riferimento all'esame di interdicendo ed inabilitando, la prassi giudiziaria seguita in passato per l'interdizione si era orientata alla formulazione di domande *standard* da porre all'infermo di mente; domande che si riteneva mirassero a saggiarne la capacità di orientamento nello spazio e nel tempo, oltre che la sua capacità di gestire i propri interessi di natura patrimoniale.
More solito si domandava di declinare le generalità (nome, cognome, data, luogo di nascita e residenza), si mostrava una banconota, chiedendo quale acquisto egli potesse effettuare. Si richiedeva di precisare data e luogo ove la persona in quel momento si trovava, sempre nell'ottica di saggiarne l'orientamento s.t.[25]
Questo *modus procedendi* non è automaticamente trasponibile nell'ascolto del disabile evocato in un procedimento di nomina di amministratore di sostegno, tenuto conto della radicalmente differente filosofia di fondo che animano le diversificate risposte protettive[26].
Per la nomina *ex* art. 405 c.c. l'ascolto del disabile è funzionale all'obiettivo di protezione cui tende il neofita procedimento.
Non si tratta tanto di accertare la disabilità, ovvero, l'infermità fisica o mentale (come nell'interdizione) che sono già state verificate nelle sedi competenti (da parte delle commissioni tecniche per la disabilità), ma, piuttosto, di verificare l'attitudine del soggetto alla cura dei propri interessi, personali e patrimoniali, accertando le eventuali autonomie e verificando necessità e tipologia di un intervento sostitutivo, ovvero, assistenziale nell'espletamento degli atti (ed

[24] Propende per una decisione caso per caso, A. CHIZZINI, in BONILINI – CHIZZINI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 444; favorevoli, invece, F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 239, nota 97; R. MASONI, in MASONI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Rimini, 2009, 507. Per la non estensione dell'art. 203 c.p.c. in materia si era espresso G. CAMPESE, *Il giudice tutelare* …, cit., 388.
[25] Per la critica a questa tipologia di indagine istruttoria, soprattutto con riguardo alla condizione personale di chi fosse stato ricoverato per decenni in istituzioni psichiatriche e perciò isolato dal mondo, E.V. NAPOLI, *L'infermità di mente* …, cit., 195.
[26] Invece, secondo F. TOMMASEO, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 240, «le modalità di audizione non differiscono in modo sensibile da quelle previste per i giudizi di interdizione».

individuando in concreto quali essi siano) della vita quotidiana, come pure controllando se sussista una rete protettiva tutelante (su cui *infra*).
L'ascolto del disabile, si compendia, ove possibile in relazione alla patologia che l'affligge, in un colloquio, in un dialogo partecipe ed empatico, più che in un interrogatorio condotto dall'alto in basso, tra giudice e disabile, dato che l'obiettivo è quello di far emergere, maieuticamente, bisogni ed esigenze di protezione della persona, individuandone richieste ed esigenze[27].
In particolare, si tratta di chiedere senza esagerare, senza porre troppe domande, evitando inutili nozionismi ed un'eccessiva invadenza e, comunque, senza intimidire l'interessato, rispettandone pienamente la dignità individuale.

2.5. Audizione in periodo emergenziale

A tenore del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, lo stato di emergenza di cui al d.l. 25 marzo 2020, n. 19, è stato prorogato fino al 30 aprile prossimo.
Ciò ulteriormente significa che i riti emergenziali applicabili alle udienze civili sono utilizzabili fino a tale data.
Per quanto concerne l'audizione del beneficiario, è evidentemente inapplicabile all'audizione del beneficiario la trattazione scritta in telematico, dato che l'incombente suppone la presenza personale della parte («il giudice può disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni»: art. 221, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 conv. in legge 17 luglio 2020, n. 77).
È, invece, compatibile con la procedura di ascolto la possibilità per il g.t. di collegarsi da remoto, per audire il beneficiario che sia, ad es., inserito in struttura protetta.
La norma emergenziale, evidentemente concepita per la trattazione del contenzioso, richiede il «consenso preventivo delle parti» (art. 221, comma 7, d.l. n. 34 cit.).
Parti del procedimento sono, tanto il beneficiario[28], quanto il p.m., che è

[27] Così R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno* …, cit., 506; A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 142-143. Afferma E.V. NAPOLI, *L'infermità di mente* …, cit., 132 che «l'esame o l'audizione deve essere piuttosto condotto con l'utilizzazione delle migliori tecniche dell'intervista, individuate dalla sociologia della comunicazione, che possano rendere leggibile la personalità del soggetto».
[28] Per Cass., 27 febbraio 2020, n. 5380, in *Il proc. civ.*, con nota adesiva di Masoni «il beneficiario

litisconsorte necessario[29], e, a tenore della norma emergenziale, sarebbe necessario acquisire il consenso di entrambi.

3. Dissenso alla nomina di a.d.s.

Agli effetti della nomina dell'a.d.s., il consenso del beneficiario non rappresenta presupposto normativo di attivazione della misura, aggiuntivo rispetto alle condizioni delineate dall'art. 404 c.c.

Molte volte il consenso neppure è ipotizzabile in presenza di disabilità psichica, ovvero, a fronte di talune patologie mentali (quali, ad es., schizofrenia, oligofrenia, sindrome di *down*, depressione maggiore, etc.). In tali casi, il dissenso non può non ritenersi *ab origine* viziato e come tale è irrilevante.

Invece, in presenza di persona in grado di esprimersi con lucidità ed unicamente affetta da disabilità fisica, come ha osservato la nomofilachia, il dissenso espresso va tenuto in considerazione da parte del g.t., in quanto espressione di autodeterminazione individuale[30]. E, a questo riguardo, a tenore dell'art. 407, comma 2, c.c. il giudice deve «tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione, dei bisogni e delle richieste di questa».

Tra le "richieste" del disabile, di cui il giudice deve tener conto, può apprezzarsi il dissenso critico ad una nomina di a.d.s. dallo stesso giudicata non gradita che, pur sempre, si rivela limitativa della capacità di agire e della propria autonomia individuale.

In tal caso, è compito del giudice l'individuazione del "giusto mezzo", nella tensione intercorrente tra valorizzazione dell'autodeterminazione individuale ed esigenza di non abbandono civilistico del disabile.

Rigettando una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice di merito, la Corte Costituzionale aveva escluso che il consenso dell'interessato costituisse presupposto di istituzione della misura protettiva, escludendo l'illegittimità costituzionale degli artt. 407 e 410 c.c., che tale presupposto non

---

di un'amministrazione di sostegno sono dotati di un'autonoma legittimazione processuale non solo ai fini dell'apertura, ma anche per impugnare i provvedimenti adottati dal giudice tutelare nel corso di tale procedura, essendo invece necessaria l'assistenza dell'amministratore di sostegno e la previa autorizzazione del g.t., a norma del combinato disposto degli artt. 374, n. 5 c.c. e art. 411 c.c., per l'instaurazione dei giudizi nei confronti dei soggetti terzi estranei a tale procedura».

[29] Sul punto, chiaramente, Cass., 18 gennaio 2017, n. 1093, in *Guida dir.*, 2018, 5, 25, che qualifica il p.m. contraddittore necessario.

[30] Cass., 30 dicembre 2020, n. 29981, in *Il familiarista*, 2021, con nota di R. MASONI, *Amministrazione di sostegno, consenso dell'interessato e rete protettiva tutelante*.

menzionano («è manifestamente infondata, in riferimento agli art. 2 e 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli art. 407 e 410 c.c., nella parte in cui non subordinano al consenso dell'interessato l'attivazione della misura dell'amministrazione di sostegno e il compimento dei singoli atti gestionali, o comunque non attribuiscono efficacia paralizzante al suo dissenso in ordine a tale attivazione e al compimento di tali atti. L'art. 407 c.c., infatti, espressamente prevede che il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce e deve tenere conto "compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa", sicché il giudice può anche non procedere alla nomina dell'amministratore di sostegno in presenza del dissenso dell'interessato, ove ritenga detto dissenso – nel contesto della fattispecie sottoposta al suo giudizio – giustificato e prevalente su ogni altra diversa considerazione»[31].

Se è vero che la normativa di protezione di nuovo conio garantisce l'autodeterminazione del disabile nella massima misura possibile, tuttavia la stessa al contempo subordina il rispetto della volontà espressa dall'interessato al perseguimento della finalità principale della legge, consistente nel garantire adeguata protezione alla persona bisognosa di aiuto[32].

In tal caso, l'interesse privatistico al rispetto della volontà dell'interessato viene posposto rispetto all'interesse generale dell'ordinamento, alla protezione dei disabili[33]. Cosicché dal novero dei presupposti essenziali di attivazione dell'amministrazione di sostegno, resta escluso il consenso del soggetto interessato[34].

[31] Così Corte Cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Dir. fam*., 2008, I, 5 con nota di Sapio; ivi, 2009, 1, 11, con nota adesiva di R. MASONI, *Consenso e dissenso del beneficiario di amministrazione di sostegno*.

[32] Precisa V. ZAMBRANO, in SALITO – MATERA (a cura di), AA.VV, *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione*, Padova, 2013, 188, che: «la proposizione del ricorso non comporta necessariamente il suo accoglimento, così come il dissenso manifestato non esclude di per sé la possibilità di far luogo all'amministrazione di sostegno».

[33] Per ripetere le parole del padre morale della nuova legge: bene il dialogo e l'ascolto dell'interessato, «purché tutto ciò non si ritorca a danno del soggetto debole. Altrimenti il g.t. dovrà "fare quello che deve" – ossia scegliere per il meglio, cercare di persuadere, confortare, spiegare il perché delle cose. E comunque: E comunque: anti psichiatria, no grazie; abbandono della persona, no grazie; messa in gioco delle tagliole di stampo manicomiale, no grazie. In altri termini, la contrarietà/indisponibilità dell'interessato, dal punto di vista statutario, non costituisce un dato idoneo a mettere fuori gioco, di per sé, la prospettiva dell'amministrazione di sostegno» (P. CENDON, *Anche sui prodigi e sui giocatori non infierire*, in *Personae & danno*).

[34] Così scrive R. ROSSI, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Enc. dir*., 2014, cit., 33: «in casi del genere, la salvaguardia della cura personae imporrà al giudice di porre in second'ordine,

4. Rete protettiva tutelante

Il dissenso all'attivazione dell'amministrazione di sostegno potrebbe provenire da persona adeguatamente supportata dai familiari, nella cura dei propri interessi, personali e patrimoniali.
Con riferimento alla condizione personale astrattamente suscettibile di intervento di protezione (menomazione fisica o psichica della persona), si domanda se l'amministratore di sostegno vada necessariamente nominato.
A questo riguardo, è necessaria la verifica dell'inferenza causale della patologia sulla quotidianità della persona, con riguardo alla capacità di espletamento delle funzioni esistenziali ed alla possibilità di provvedere ai propri interessi, economici e personali (art. 404 c.c.).
Prima di recenti interventi nomofilattici, lo scrutinio del presupposto in discorso è stato filtrato dalla riflessione dei giudici di merito.
Dopo una prima pronunzia della Corte d'appello di Bologna, che aveva escluso la correttezza della nomina di a.d.s. a favore di persona tetraplegica già adeguatamente assistita da personale posto alle sue dipendenze[35], il dibattito in materia è stato alimentato da un decreto del Tribunale di Vercelli, che ha motivatamente escluso siffatta inferenza causale, in presenza dello «ausilio altrui»[36]. Il decreto ha affermato: «non va nominato l'amministratore di sostegno a beneficio di persona disabile che sia in grado di esercitare con pienezza i propri diritti laddove la stessa fruisca del proficuo aiuto da parte di terze persone, posto che la nomina dell'amministratore di sostegno implica la privazione, seppur parziale, della capacità di agire».
Quasi coevamente, ad analoga conclusione è pervenuto l'Ufficio tutelare Geminiano: «la misura di protezione dell'amministrazione di sostegno non è attivabile in presenza di rete sociale attenta e vigile, di idoneo supporto alla persona, non ravvisandosi il requisito dell'impossibilità gestionale»[37].

magari contingentemente, il (rispetto per il) desiderio dell'interessato di essere lasciato in pace. Al tempo stesso, l'incarico vicariale andrà strutturato al suo interno nella forma meno invasiva possibile, incoraggiando ogni scambio che tenda al superamento delle diffidenze».
[35] Ci riferiamo ad App. Bologna, 7 aprile 2008, in personae & danno.
[36] Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, in *Personae & danno*; in *Il familiarista*, 2016, con nota adesiva di R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e intervento di terzi: la nomina è sempre necessaria?*; in *Fam. dir.*, 2016, 177, con nota di G. BONILINI, *L'anziano consapevole e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso può intervenire il mandato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, 827, con nota "pienamente adesiva" della M. PICCINNI, *Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome*.
[37] Analogamente, Trib. Modena, 5 febbraio 2016, in *Dejure*; in *Persona & danno*, con nota adesiva

La misura protettiva sarebbe applicabile nei limiti della stretta necessità, dal momento che essa determina, quale primario effetto giuridico, la limitazione, seppur parziale, della capacità di agire della persona; una limitazione giustificabile unicamente nei casi previsti dalla legge.
Pertanto, a fronte di rete protettiva tutelante (familiare amicale e/o istituzionale), la protezione istituzionale *ex* art. 405 c.c. non andrebbe attivata.
Autorevole dottrina si è espressa per la linea di "non intervento", richiamando il requisito normativamente inespresso della sussidiarietà (o, altrimenti detta, della c.d. sussidiarietà rimediale), ovvero, anche detto della "non necessità" di intervento protettivo[38].
Laddove sia in concreto ravvisabile una rete protettiva, familiare, amicale e/o istituzionale, in grado di surrogare, aiutare ed assistere e/o sostituire la persona affetta da disabilità nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, perchè dovrebbe essere attivata la misura di protezione, legittimando l'intervento tribunalizio d'autorità?
In tal caso, difetta il presupposto normativo costituito dall'incapacità gestionale della persona (art. 404 c.c.), presupposto da porre in correlazione inferenziale con quello della disabilità psichica/fisica acclarata.
Una diversa impostazione determinerebbe «una inammissibile rinunzia alla propria capacità di agire o a parte della medesima», in presenza di ricorso avanzato dallo stesso beneficiario[39].
In situazioni consimili opera l'istituto generale della *negotiorum gestio*.
Dato che, grazie all'intervento delle istituzioni (come pure di parenti, familiari, amici o conoscenti), a motivo di solidarietà sociale o per dovere d'ufficio, gli "affari" del disabile vengono "*gestiti*" da altri (artt. 2028-2031 c.c.), in forza dei principi[40].

di R. ROSSI, *ADS: no se l'interessato vive con i propri animali e i s.s. lo aiutano*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 827, con la cit. nota adesiva della M. Piccinni. In precedenza, analogamente, si era espresso Trib. Modena, 25 settembre 2015, in *Dir. fam.*, 2016, 545.

[38] Scrive P. CENDON: «qualora la rete familiare fosse *hic et nunc* ben tesa, all'erta, senza smagliature, con tutti gli allarmi accesi, attiva ventiquattrore al giorno, e qualora non fosse d'altronde il pericolo dell'innescarsi di conflitti significativi e di ribellioni imbarazzanti tra il disabile ed il suoi congiunti, orbene, la linea del "non facciamo niente", il diritto lasciamolo da parte, andiamo avanti come prima del code Napoleon, potrebbe ancora aver il suo senso» (P. CENDON, in CENDON – ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, I, 397-398).

[39] Così testualmente evidenzia G. BONILINI, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 98.

[40] Precisa C.M. BIANCA, *Diritto civile il contratto*, III, Milano, 2019, II° ed., 124, che «oggetto della gestione è qualsiasi attività giuridica o materiale, obiettivamente utile per il patrimonio o la persona dell'interessato».

In tal caso, il disabile non è in condizione di abbandono civilistico e neppure è impossibilitato alla gestione dei propri interessi, sicché risulterebbe, per converso, ingiustificato l'intervento dell'amministratore di sostegno.
D'altro canto, l'intervento giurisdizionale a tutela della persona fragile appare doveroso unicamente quale *extrema ratio e nella misura della stretta necessità*; quando difettino ulteriori strumenti di protezione civilistici, meno invasivi e maggiormente performanti, quali l'ausilio e l'intervento delle istituzioni, di terzi o di familiari, come pure il provvidenziale conferimento a terzi di una procura sostanziale ad operare nell'interesse altrui (art. 1392 c.c.).
Ad identico risultato in tempi recenti è pervenuta la nomofilachia.
Con una prima pronunzia del 2017, si è affermato il principio enucleato in dottrina ed applicato dalla giurisprudenza dei giudici tutelari, favorevole al "*non intervento*" autoritativo e protettivo in presenza di rete protettiva attiva e tutelante: «l'amministrazione di sostegno non può essere istituita nei confronti di chi, pienamente lucido, vi si opponga, sempre che il giudice accerti che i suoi interessi siano comunque tutelati, sia in via di fatto dai familiari che per il sistema di deleghe attivato autonomamente dall'interessato»[41].
Una recentissima pronunzia ha poi ribadito identico principio di diritto[42].
D'altro canto, la *ratio* della rinnovata protezione del disabile, come emergente dall'art. 1 della l. n. 6 del 2004 («la presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»), richiede che, nella tutela della persona priva in tutto o in parte di autonomia, vi sia «la minore limitazione possibile della capacità di agire». E, come è stato osservato, ciò può anche significare la non necessità, e dunque l'inopportunità, di una misura giudiziale di protezione[43].

[41] Così Cass., 27 settembre 2017, n. 22.602, in *Dir. giust*.; in *Foro it*., 2017, I, 3307, con nota di Casaburi.
[42] Cass., 30 dicembre 2020, n. 29981, cit.: «a questo riguardo, l'equilibrio della decisione deve essere garantito dalla necessità di privilegiare il rispetto dell'autodeterminazione della persona interessata, così da discernere le fattispecie, a seconda dei casi. Se la riscontrata esigenza di protezione della persona (capace di intendere e volere, seppur in stato di fragilità) risulti già assicurata da una rete familiare all'uopo organizzata e funzionale; oppure se, al contrario, non vi sia per essa alcun supporto ed alcuna adeguata tutela esistenziale. In quest'ultima ipotesi, il ricorso all'istituto può essere giustificato, mentre nella prima non lo è, in ispecie ove all'attivazione si opponga, in modo giustificato, la stessa persona del cui interesse trattasi».
[43] M. PICCINNI, *Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 6, 827.

In conclusione, pur a fronte di non infondati entusiasmi che hanno accompagnato l'introduzione della protezione introdotta nel 2004 – meno invasiva, più moderna, performante e personalizzata nell'individuazione delle esigenze del beneficiario rispetto alle eccessive rigidità di interdizione ed inabilitazione, seppur in parte ammorbidite di recente (v. art. 427, comma 1, c.c.) – non va dimenticato che essa induce, comunque, limitazione della capacità di agire, che ultima costituisce un diritto fondamentale della persona.
Premesso ciò la nomina di sostegno si giustifica unicamente nella misura dello stretto indispensabile.
Resta vieppiù valido ed attuale quanto scriveva, oltre trent'anni or sono, C.M. Bianca, il quale notava che «la limitazione della capacità di agire può essere costituzionalmente legittima solo se giustificata da un'effettiva e preminente esigenza di tutela della persona e nei limiti di questa esigenza»[44].

5. Contrasti a.d.s. e beneficiario

Ulteriore conferma dell'accresciuto ruolo che ha assunto la volontà del disabile in materia di protezione emerge non solo in sede di audizione giudiziale, ma anche in sede di attuazione della protezione.

Anche in tal sede assume cruciale rilevanza la volontà espressa dal disabile all'amministratore di sostegno.
Sotto la rubrica "Doveri dell'amministratore di sostegno", dispone il primo comma dell'art. 410 c.c.: «nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»[45].
La previsione ha una particolare forza "dirompente" rispetto al passato, segnando un'evidente rottura rispetto alla tradizione interdittiva del trattamento giuridico dei dementi o degli inabili[46].
Essa costituisce sicura testimonianza e conferma della maggiore sensibilità legislativa nei confronti della dignità della persona e che segna il passaggio da

[44] Così scriveva C.M. BIANCA, *Per una radicale riforma della condizione giuridica del sofferente psichico*, 1988 ed oggi in S. PATTI (a cura di), *Realtà sociale ed effettività della norma, scritti giuridici*, Milano, 2002, II, 729 ss. Quello richiamato è parte dell'intervento tenuto al convegno organizzato da Paolo Cendon alla stazione Marittima di Trieste il 12-14 giugno 1986, "Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione".
[45] Previsione di identico contenuto precettivo era presente nel testo della c.d. 1° bozza Cendon (art. 20).
[46] A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 202.

forme di tutela della famiglia e del patrimonio a forme di protezione di persone in difficoltà[47].
Il canone normativo dell'ascolto è destinato ad operare non solo con riferimento alla gestione patrimoniale, ma pure con riguardo alla *cura personae* ed agli aspetti non patrimoniali inerenti l'amministrazione di sostegno.
Nel senso che l'assolvimento delle funzioni di sostegno deve essere permeato, quale criterio informatore, dalla «disponibilità ad ascoltare e registrare le aspettative, i vuoti, le propensioni, i rimpianti, i timori, gli auspici che l'amministrato venga via via esprimendo»[48].

5.1. Dovere dell'a.d.s. di informazione

Strettamente collegato alla previsione testè richiamata, è il comma 2 dell'art. 410 c.c.: «l'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti».
La previsione introduce un dovere di interlocuzione tra amministratore ed

[47] G. BONILINI, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 379. La concreta ed effettiva valorizzazione della *cura personae* costituisce, invece, trasparente indice, del progresso di civiltà compiuto dal nostro Paese, dotato di una legislazione attenta ai profili esistenziali/non patrimoniali della vita sociale delle persone affette da disabilità. Si consideri, in particolare, che, in attuazione a questi civilissimi principi, un a.d.s. professionista del Tribunale di Modena (avv. G. CRESTA) ha permesso all'amministrata di pubblicare il suo diario che racconta dieci anni di malattia (M. RAGAZZI, *Ascoltami*, Modena, 2017). Dall'incidente in moto occorsole il 7 luglio 2007, che ha coinvolto anche il marito, l'autrice del diario è affetta da tetraplegia spatica, disfagia grave, afasia, permanentemente allettata, monocola, portatrice di cannula tracheostomica e nutrita tramite nutrizione enterale (PEG), ospite fissa di RSA, comunica tramite puntatore oculare. Nonostante le gravissime patologie che l'affliggono ed i presidi medici che ne permettono la sopravvivenza, la Ragazzi è mentalmente lucida, consapevole di sé e cosciente, vivace intellettivamente, di indole ottimista. La sua condizione personale di disabilità appare paradigmatica di come la vita ed in particolare l'assenza di un'esistenza qualificabile come tale (come la sua) possa essere intesa e vissuta e, nonostante tutto, ritenuta meritevole di essere vissuta. La Ragazzi è sottoposta ad amministrazione di sostegno sin dal mese di giugno 2009.
[48] Così scrivono, P. CENDON – R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, II, 958, secondo i quali questo parametro è destinato ad investire l'intero operato del vicario.

amministrato con riguardo agli atti da compiere, nell'ottica di garantire attuazione dei "bisogni" e delle "aspirazioni" della persona (di cui al primo comma). Nel senso che, prima di provvedere, l'amministratore deve coinvolgere il beneficiario nella scelta, informandolo e tentando di conseguire il suo consenso. Un'interpretazione letterale del disposto evidenzia che l'interlocuzione intercorre unicamente tra a.d.s. e beneficiario, per quanto, taluno ritenga che, per il miglior funzionamento della protezione istituzionale, l'interlocuzione dovrebbe comprendere anche i familiari.

Si trae argomento della disposizione normativa che legittima i familiari a reagire alla mala gestio dell'amministratore di sostegno («in caso di contrasto di scelte o atti dannosi, ovvero di negligenza»; art. 410, comma 2, c.c.). Di talchè si suggerisce di coinvolgere i familiari più stretti del beneficiario nello scambio informativo e di condividere con loro le informazioni che lo concernono, come pure le scelte più importanti[49].

In ipotesi di dissenso tra amministratore ed amministrato in ordine agli atti da compiere deve esserne informato il giudice tutelare, il quale «adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti».

In tal caso, l'amministratore di sostegno è tenuto ad astenersi dal compiere l'atto in attesa della decisione giudiziale, che andrà assunta sulla scorta del criterio della realizzazione dell'interesse del beneficiario[50].

Quid iuris nel caso in cui l'atto oggetto di dissenso da parte del beneficiario venga egualmente posto in essere dall'amministratore?

Secondo taluno, l'atto sarebbe annullabile, a norma dell'art. 412, comma 1, c.c.[51]

Altrimenti, l'atto si ritiene sia valido ed efficace, così argomentando dai principi generali in tema di rappresentanza volontaria[52].

Per quanto l'atto posto in essere in dissenso possa ritenersi valido ed efficace sotto il profilo giuridico (anche a tutela dell'affidamento dei terzi), tuttavia, il rapporto tra vicario e disabile potrebbe risultare compromesso e da ciò potrebbe derivare, tra "i provvedimenti opportuni" adottabili dal g.t., quello della rimozione e sostituzione dell'amministratore di sostegno[53].

---

[49] Così si esprime R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno* …, cit., 90-91, la quale soggiunge: «il bravo amministratore di sostegno dovrebbe favorire la comunicazione tra tutti i protagonisti, fungendo altresì, laddove occorra, da facilitatore dei rapporti e della comunicazione, questo nell'ottica della salvaguardia degli interessi del beneficiario».

[50] G. BONILINI, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 379.

[51] Così G. CAMPESE, *Il giudice tutelare* …, cit., 357.

[52] G. BONILINI, in BONILINI – TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 384.

[53] Cfr. A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno*, cit., 203; G. BONILINI, in BONILINI –

6. Consenso informato al trattamento medico

Il ruolo della volontà del disabile si riflette anche sulle scelte di natura medico-sanitaria.
In ipotesi di persona sottoposta ad amministrazione di sostegno, la legge dispone che l'amministratore di sostegno, investito di poteri di rappresentanza esclusiva, sia abilitato ad esprimere il consenso informato medico-sanitario: «nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo».
La norma prosegue disponendo che, a questi fini, si tenga conto della «volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere» (art. 3, comma 4, 2° parte, l. n. 219 del 2017)[54].
A questo approdo si è pervenuti per tappe.
Prima sulla scorta degli enunciati solennemente proclamati dalla pronunzia c.d. Englaro del 2007 con riguardo all'individuazione dei poteri spettanti al tutore dell'interdetto[55]; poi, trasfondendo questi enunciati nell'amministrazione di sostegno, grazie al coraggio della parte maggioritaria e più sensibile dei giudici tutelari che, sin dall'entrata in vigore della l. n. 6 del 2004, ha demandato all'amministratore di sostegno ogni facoltà di cura concernente il disabile mentale, in particolare in materia sanitaria, escludendo di dovere fare capo alla pronunzia di interdizione giudiziale[56].
Ci riferiamo all'orientamento inaugurato sin dal 2004 (a soli tre mesi dall'entrata in vigore della l. n. 6 del 2004) dal Tribunale Geminiano[57].
L'Ufficio affermò che, se l'interessato non sia in grado di esprimere consenso

TOMMASEO, *Dell'amministrazione* …, cit., 385.

[54] In tema, sia consentito rinviare a R. MASONI, *Il corpo umano tra diritto e medicina*, Milano, 2020, 340 ss.

[55] Ci riferiamo a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Dir. fam*., 2008, 1, 77, con note di Gazzoni, Galuppi, Galizia Danovi.

[56] Precisa la BUGETTI, *op. cit*., 124, che sul punto «il legislatore ha confermato un traguardo della dottrina e della giurisprudenza nell'affermare che il consenso informato è espresso o rifiutato dall'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in materia sanitaria».

[57] Così, tra i primissimi, Trib. Modena 28 giugno 2004, est. Stanzani, in *Persona & danno*, con nota di P. Cendon, il quale definisce la pronunzia "impeccabile"; poi seguita da Trib. Milano, 21 giugno 2006, *ivi*; Trib. Trieste, 5 aprile 2007, ivi; Trib. Modena, 20 marzo 2008, in *Giuraemilia*; Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Fam. dir*., 2009, 277, con nota di Ferrando; Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, *ivi*, 2010, 492; Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, *ivi*, 2013, 349; Trib. Perugia,

non viziato e consapevole relativamente a decisioni di natura sanitaria a causa della patologia che l'affligge, all'amministratore di sostegno potevano essere conferiti i connessi poteri di rappresentanza al fine di esprimere il consenso informato in nome e per conto del beneficiario.
L'assunto inespresso in questa ed in altre conformi pronunzie del medesimo giudice è quello secondo cui l'assenza di capacità del malato psichiatrico non può determinare la perdita dei diritti che ad essa si correlano.
L'orientamento maggioritario è stato convalidato, prima dalla pronuncia Englaro e poi da successive pronunzie di merito conformi[58].
Qui, come altrove, l'interpretazione pretoria ha colmato una lacuna legislativa, facendo emergere in modo equilibrato taluni principi giuridici già desumibili dall'ordinamento che, nell'ambito delle misure di protezione, attribuiscono all'a.d.s. compiti di «cura della persona» (art. 405, comma 4, c.c.), ed anticipando il futuro intervento legislativo.
La norma del 2017 ha così inteso "giuridificare" questo lungimirante e largamente condiviso insegnamento, distinguendo i poteri di assistenza da quelli di rappresentanza, a secondo del tenore del decreto di nomina, di cui all'art. 405 c.c.[59]

6.1. Volontà ricostruibile

Quando la "*volontà del beneficiario*" in materia di trattamenti medico-sanitari non possa essere espressa dal disabile, causa patologia, subentrano principi noti.
In aderenza agli enunciati della pronunzia Engaro, il rappresentante legale dell'incapace, dotato di poteri sostitutivi in materia di consenso e rifiuto di trattamenti sanitari, è tenuto a manifestare la volontà della persona ricostruendola, laddove la stessa fosse stata in precedenza espressa.
In particolare, Cass. n. 21748/2007[60] aveva condizionato il potere del tutore

20 giugno 2013, in *Rass. giur. umbra*, 2013, 310, con nota di Babucci; Trib. Cagliari, 16 luglio 2015, in *Fam. dir.*, 2017, 355, con nota di Scalera.

[58] Cass., 20 dicembre 2012, n. 23.707, in questa *Rivista*, 2013, 1316.

[59] Già il testo Calabrò perveniva a questa soluzione: «quando sia stato nominato un amministratore di sostegno e il decreto di nomina preveda l'assistenza o la rappresentanza in ordine alle situazioni di carattere sanitario, il consenso informato è prestato anche dall'amministratore ovvero solo dall'amministratore» (art. 2, comma 6, 2° parte).

[60] Si legge in Cass. n. 21748 del 2007, sub § 7.3.: «il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di

dell'interdetta di esprimere il consenso informato ai trattamenti sanitari ad un duplice limite.

In particolare, insegnando che il rappresentante dell'incapace deve agire decidendo non al posto, né per l'incapace, ma "*con*" l'incapace, in quanto interprete della sua volontà, della sua identità, del suo modo di intendere la dignità, la vita, la salute, la malattia e, alfine, la morte; ossia, «ricostruendone la presunta volontà»; in ogni caso, operando «nell'esclusivo interesse» dello stesso[61].

Laddove la presunta volontà del paziente non possa essere ricostruita, neppure in forma indiziaria[62], la scelta sanitaria sulle cure praticabili (ovvero, non praticabili, *ex* art. 3 comma 4, l. n. 219) al paziente incapace va, improntata da parte dell'amministratore di sostegno, al criterio, subordinato rispetto al primo e di natura obiettiva, della "beneficienza", nella ricerca del *best interest del paziente*, con riferimento all'utilità del trattamento sanitario rispetto al grado di sofferenza patito[63].

A questi criteri deve improntare il suo operato il vicario legale in materia di trattamenti sanitari[64].

Anzitutto, tanto per i minori che per i sottoposti ad amministrazione di sostegno, si precisa in più luoghi che si deve «tenere conto della volontà» da loro espressa antecedentemente (commi 2 e 4).

Si chiarisce poi che il consenso viene espresso «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica della persona» (art. 3, comma 2, l. n. 219, con riguardo

---

disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace nè "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

[61] Sul tema, specificamente, L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 9, 1351 ss., in part., 1357 ss.

[62] Come avviene e si verifica quando il paziente divenuto incapace mai abbia avuto la possibilità di esprimere a voce o per iscritto alcuna volontà in materia di trattamenti sanitari.

[63] L'art. 6, comma 1, della Convenzione di Oviedo precisa: «un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio dello stesso».

[64] Sul punto la M. PICCINNI, *Misure di protezione …*, cit., 1123, evidenzia la natura generale di questo criterio, che costituisce una nuova forma di *habeas corpus*.

ai minori), ovvero, con altra espressione, con riguardo al loro "*best interest*".
Nell'ordinarietà, l'attività di ricostruzione della volontà presunta dell'incapace in materia di cure è rimessa al genitore, al tutore, ovvero, al rappresentante legale dell'incapace.
Solo tale organo è in grado di riportare al medico gli esiti ricostruttivi di tale attività, nell'ottica della prosecuzione delle cure o del rifiuto di esse. La funzione da lui esplicata è più che altro quella svolta dal *nuncius*[65], piuttosto che quella del rappresentante vero e proprio, che forma e manifesta una propria autonoma volontà[66].
D'altro canto, normalmente l'a.d.s., è un familiare, un convivente, un amico, oppure, un confidente del beneficiario (alla stregua dei criteri di scelta *ex* art. 408 c.c.), ovvero, per il minore, il genitore. Costoro rappresentano le uniche figure che, per scienza diretta o per pregressa frequentazione esistenziale col disabile, sono in grado di riferire le convinzioni, i desideri e le aspirazioni etico-religiosi-culturali ed esistenziali che lo stesso aveva espresso, *verbis* o con atti significativi, in materia di trattamenti sanitari.
Solo costui è in grado di divenire portavoce della volontà di colui che non ha più voce in capitolo innanzi alle strutture sanitarie, causa la sua disabilità.

7. Conclusione

Il micro sistema della protezione dei soggetti «non in grado di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c.) ha delineato una disciplina normativa moderna ed assai avanzata rispetto al passato, con riguardo alla "compartecipazione" dei soggetti fragili all'adozione delle misure che li concernono, nel pieno rispetto della loro dignità e personalità individuale.
Allora, «i bisogni e le aspirazioni» manifestate al g.t. in sede di ascolto (art. 407, comma 2, c.c.) , ovvero, «i bisogni e le richieste» del beneficiario espressi all'a.d.s. (art. 410, comma 1, c.c.); e, ancora, la "volontà" dall'incapace legale manifestata agli effetti dei trattamenti medico-sanitari (art. 3, comma 4, l. n. 219), tutte queste espressioni di autodeterminazione individuale si iscrivono

[65] Precisa C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 62-63: «il *nuncius* non emette una propria dichiarazione di volontà ma riferisce ad una parte la volontà altrui». Cosicché, «l'atto del nuncio può essere qualificato come un atto comunicativo avente ad oggetto una volontà altrui».
[66] La M. PICCINNI, *Misure di protezione* …, cit., 1127, precisa che il rappresentante non ha un vero potere di rappresentanza, «ma un più ampio potere di ricostruire la scelta migliore per la persona di cui è portavoce».

in un *idem sentire*, un moderno orientamento di politica legislativa, che trova pieno riscontro in recenti innovazioni normative dettate con riferimento ai rapporti genitori-figli.

In particolare, con riguardo all'esercizio della responsabilità genitoriale, gli artt. 147 e 315-*bis* c.c. (innovati dalle riforme del 2012 e 2013) similmente dispongono che i genitori devono rispettare le «inclinazioni naturali ed aspirazioni» dei figli minori. Questi ultimi hanno diritto ad essere «ascoltati in tutte le questioni e le procedure che li riguardano».

In tal modo ad essi è stato conferito un fondamentale ruolo partecipativo alle decisioni che li concernono, già ad essi riconosciuto dalla dottrina e dalle Convenzioni internazionali[67].

Da questa disamina e dalla previsione della partecipazione dell'incapace all'adozione delle decisioni che lo concernono, emerge trasparente un'esigenza di rispetto della dignità e della personalità del soggetto fragile, sia questo minore o maggiore non in grado provvedere ai propri interessi[68].

L'innovativa concezione rappresenta un portato della rivoluzionaria visione della persona umana emergente dalla griglia di valori iscritti nella Costituzione, la quale valorizza lo sviluppo della personalità individuale, secondo una visione antropocentrica, che pone l'uomo al centro dell'ordinamento.

Una concezione ben rispecchiata nella normativa del 2004, dettata in tema di amministrazione di sostegno, una misura a tutela dei "più fragili", improntata al giusto equilibrio tra due polarità: il "non abbandonare" il fragile ed il "non mortificare" la persona[69].

---

[67] C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, Milano, 2014, V° ed., 339, richiama la Convenzioni Onu sui diritti dei fanciulli e di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo. Prima dell'abrogazione intervenuta ad opera del d.lgs. n. 154 del 2013, M. PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2013, II° ed., 551, richiamava il tenore dell'art. 155-*sexies* c.c., a tenore del quale: «il giudice dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento». La previsione è stata poi trasfusa nel vigente art. 337-*octies* c.c.

[68] Per qualche considerazione sulla dignità del malato terminale a seguito della pronunzia, Corte Cost. n. 242 del 2019, sia permesso rimandare a R. MASONI, *Disponibilità del corpo umano per un fine vita dignitoso*, in *Dir. fam*., 2020, 4, 1711 ss.

[69] Così scrive P. CENDON, *I diritti dei più fragili*, Milano, 2018, 171.

Lo "statuto" dell'amministrazione di sostegno: il decreto di nomina, tra poteri, doveri e valutazioni di opportunità

Rita Russo
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Lo scritto tratta delle modalità di redazione del decreto di apertura dell'Amministrazione di sostegno (Statuto), in conformità allo spirito della legge. L'A. suggerisce una graduale valutazione delle esigenze e competenze del beneficiario e degli obiettivi da perseguire; quindi di identificare in quali settori si deve intervenire, e decidere se l'amministratore deve sostituire il beneficiario nella attività negoziale oppure semplicemente assisterlo. Infine, alcune indicazioni sugli atti personalissimi, quali matrimonio, donazione e scelte terapeutiche.

The paper deals with the drafting of the decree of Support Administration (Statute), in accordance with the spirit of the law. The A. suggests a gradual assessment of the individual needs and skills and the objectives to be pursued; therefore to identify the areas in which measures should be taken, and decide whether the administrator should replace the beneficiary in the legal acts or simply assist him. In the final part, some indications on very personal acts, such as marriage, donation and therapeutic choices.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Scrivere lo Statuto. – 3. Le limitazioni e le clausole operative. – 4. Le libertà incomprimibili e le scelte terapeutiche.

1. Premessa

L'istituto della amministrazione di sostegno è stato introdotto nel nostro sistema legislativo dalla legge n. 6 del 9 gennaio 2004 con finalità primarie di tutela della persona. Il legislatore appare decisamente orientato verso un capovolgimento dell'ottica che fino a quel momento aveva sorretto le misure giudiziarie adottabili nel caso di persone diminuite, relegando, per espressa disposizione di legge, le misure ablative della capacità solo ai casi in cui ciò è necessario al fine di «assicurare la loro adeguata protezione» (art. 414 c.c.); con il termine protezione è da intendersi prioritariamente la protezione della persona e non del patrimonio, la cui tutela viene in rilievo in quanto funzionale a soddisfare le esigenze di vita e di cura della persona beneficiata[1].

La normativa orienta, nei casi di persone prive in tutto o in parte di autonomia, verso la nomina di un amministratore di sostegno che può – e non deve – essere nominato qualora la persona si trovi nella impossibilità anche solo parziale di provvedere ai suoi interessi (art. 404 c.c.) che deve essere scelto con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi del beneficiario (art. 408 c.c.). Nessuna indicazione nel testo legislativo autorizza ad interpretare la compagine normativa nel senso che essa sia finalizzata a conservare il patrimonio, e, pur essendo prevista dalla legge la forma della amministrazione "incapacitante", e cioè quella che estende al beneficiario alcune limitazioni proprie del regime della interdizione o inabilitazione, ad essa deve ricorrersi con cautela, perché il giudice si deve attenere al principio della minore limitazione possibile delle capacità del soggetto e valorizzare la volontà dell'interessato[2].

L'amministrazione di sostegno si presenta come uno strumento volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità[3], poiché la legge chiama il giudice all'impegnativo compito di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla

[1] Cass. civ., sez. VI, 26 luglio 2018, n. 19866; App. Catania, decr., 9 marzo 2018, entrambe in *Dejure*.

[2] Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584 entrambe in *Dejure*.

[3] Cass., sez. I, 27 settembre 2017, n. 22602, in *Dejure*.

nel tempo, così da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile con il minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione[4].
Introducendo l'amministrazione di sostegno, il legislatore ha dotato l'ordinamento di una misura che può essere modellata dal giudice tutelare in relazione allo stato personale e alle circostanze di vita di ciascun beneficiario e in vista del concreto e massimo sviluppo delle sue effettive abilità. In quest'ottica il giudice deve valutare anche l'*an* della applicazione della misura, dovendosi privilegiare il rispetto del diritto fondamentale della persona di autodeterminarsi nelle scelte di vita e personali, anche quando non approvate dal contesto familiare e sociale, purché da queste scelte non ne derivi un concreto pregiudizio per la persona stessa. In questa prospettiva è la legge stessa a rimette la scelta di chiedere la misura di protezione in primo luogo al soggetto stesso.
La funzione della misura non è rassicurare i familiari sulla conservazione del patrimonio, ma migliorare la qualità di vita del soggetto protetto; ed è solo a questa condizione che si giustifica l'intervento dell'autorità giudiziaria. Non è la gravità della malattia che orienta il giudice, ma piuttosto la idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa[5].
Questa è la vera rivoluzione copernicana operata dalla legge n. 6 del 2004 e cioè quella di introdurre come misura di protezione primaria per l'individuo fragile una misura flessibile ed adattata alle sue esigenze personali, al posto delle misure rigide della interdizione ed inabilitazione; ed inoltre anche queste stesse misure, divenute residuali, per effetto della novella perdono i loro connotati di assoluta rigidità poiché il rinnovato art. 427 c.c. dispone che nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero solo con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.
Una rivoluzione copernicana, quindi, che sostituisce alla idea che il soggetto *minus habens* debba essere escluso (*id est* interdetto) dalla partecipazione alla società civile, l'idea della inclusione.
Per questa ragione la regola fondamentale è che l'amministrazione non è di

[4] Cass., sez. I, 11 maggio 2017, n. 11536; Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 22332; Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584; Cass. civ, sez. I, 11 settembre 2015, n. 17962, tutte in *Dejure*.
[5] Cass. civ., sez. I, 4 marzo 2020, n. 6079, in *Dejure*.

per sé ablativa né limitativa della capacità di agire e che comunque essa debba limitarsi nella misura massima possibile.
Sul concetto di capacità di agire occorre tuttavia intendersi, perché ove si voglia considerala una sorta di monolite, prerogativa solo della persona perfettamente *compos sui*, non sarebbe possibile applicare una misura di protezione flessibile. Una tradizionale definizione di capacità d'agire è quella storica data da Santoro Passarelli[6] secondo la quale essa «consiste nell'attitudine della persona a compiere gli atti giuridici che concernono la propria sfera di interessi ossia a manifestare le volontà dirette: all'acquisto dei diritti, all'esercizio dei diritti, all'assunzione degli obblighi». Una altrettanto storica definizione è quella data da Falzea[7] secondo il quale la capacità è la «possibilità che il diritto riconosce al soggetto di rivelare nel mondo giuridico e di far valere in esso interessi. Il soggetto è in grado di determinare con i propri comportamenti l'applicazione delle norme e l'insorgere degli effetti da essa predisposti». Con la seconda definizione, più moderna e per certi versi in anticipo sui tempi, la dottrina si sgancia dalla tesi volontaristica – dove rileva l'integrità della volizione il cui presupposto è necessariamente una *mens sana* – per porre l'accento non sulle attitudini della persona ma sugli interessi che di volta in volta quest'ultima rivela nel mondo giuridico e che in esso fa valere, tramite i suoi comportamenti.

Importante, ai fini che qui interessano, è la distinzione tra rivelare gli interessi e farli valere, poiché entrambi i comportamenti sono due aspetti dell'esercizio del diritto, ma non presuppongono le medesime competenze ed abilità da parte del soggetto. Anche il soggetto legalmente incapace – si pensi ad esempio al minore – può manifestare i suoi interessi, le sue esigenze ed i suoi bisogni; inoltre può, con i propri comportamenti, determinare l'applicazione delle norme e l'insorgere degli effetti; ad esempio può esercitare il possesso di un bene. Il soggetto potrebbe però non avere sufficienti competenze ed abilità per fare valere adeguatamente gli interessi, quando a tal fine sono necessari atti e negozi giuridici.
Il nostro percorso attraverso il quale realizzare il "vestito su misura" (*tailored measures*) può muovere dall'idea che gli interessi da manifestare e far valere nel mondo del diritto sono molteplici e che al centro di questa compagine vi è la persona, la sua realizzazione e la sua partecipazione alla vita sociale. Questa forma di protezione che mira ad evitare situazioni traumatiche, si fa preferire non solo sul piano pratico, in considerazione della maggiore snellezza della

[6] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 15 ss.
[7] A. FALZEA, *Capacità – efficacia giuridica – Teoria generale*, Milano, 1999, 16 ss.

procedura, ma altresì su quello etico sociale, per il maggior rispetto della dignità dell'individuo che essa sottende, in contrapposizione alle più invasive misure della inabilitazione e della interdizione[8].

2. Scrivere lo Statuto

Il passaggio fondamentale per applicare la misura in conformità allo spirito della legge è l'accurata stesura dello "Statuto", cioè il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno; e ciò al fine di realizzare gli obiettivi di flessibilità ed inclusione, poiché l'amministrazione di sostegno non ha una disciplina legale predeterminata in ogni suo aspetto.
Si percepiscono qui gli effetti della rivoluzione copernicana: prima della legge n. 6 del 2004 il giudice doveva decidere soltanto l'*an* della misura, scegliendo tra due schemi legali predeterminati; adesso deve stabilirne anche *quando*, *quid* e *quomodo*. La parte più impegnativa del decreto di apertura di amministrazione di sostegno non è la motivazione, che pure deve dare conto delle ragioni per le quali si sceglie la misura e se ne individua un certo contenuto, ma il dispositivo, perché con esso si "legifera" nel caso concerto, stabilendo le regole cui si deve conformare l'attività dell'amministratore.
La disciplina normativa fornisce al giudice uno schema legale minimo e delle indicazioni di massima utili a costituire la base legale dei suoi poteri, ma lascia ampi spazi di regolamentazione e di adattamento della misura al caso concreto. Con il decreto si nomina l'amministratore, gli si conferiscono poteri e doveri, si limitano – se necessario – le capacità della persona e si elabora per essa un progetto di vita.
Il decreto è rivolto al beneficiario ed al suo amministratore, ma anche alla famiglia, alle istituzioni ed ai terzi in genere: deve essere chiaro, comprensibile e completo, e deve essere immediatamente pubblicizzato nel registro delle amministrazioni di sostegno e nei registri dello stato civile perché ciò garantisce anche l'interesse dei terzi alla sicurezza ed alla validità delle negoziazioni giuridiche.
Il primo passo per confezionare il vestito è prendere le misure della persona e non muovere da un modello astratto che potrebbe anche non adattarsi alle esigenze della persona stessa.
Possono suggerirsi, schematicamente, alcuni passaggi.

[8] Cass. civ., sez. I, n. 25366/2006, cit., in motivazione, e Cass., sez. I, n. 13584/2006, cit.

Appare utile accertare i bisogni della persona, intesi come bisogni oggettivi, ma anche come desideri ed aspirazioni, valutando in che misura questi desideri non siano frutto di volontà distorte ed in contrasto con i bisogni oggettivi, nonché i desideri e i bisogni della famiglia; questi ultimi non sono ovviamente di importanza maggiore di quelli del beneficiario, ma pure devono essere presi in considerazione, perché una rete familiare adeguata e funzionante consente in molti casi di adottare una misura "leggera" ovvero anche – in taluni casi – di non adottarne nessuna[9]. È importante anche accertare le competenze della persona e cioè le sue capacità e abilità, e, correlativamente, quali sono i suoi punti deboli, poiché la persona potrebbe essere in grado di autodeterminarsi e di esercitare con sufficiente avvedutezza taluni diritti, ovvero operare in taluni ambiti della vita sociale, mentre potrebbe non essere abile e competente in altri settori. Tra le risorse da prendere in considerazione, oltre al sostegno che può offrire la rete familiare, è giusto valutare anche le capacità di assistenza dei servizi socio sanitari pubblici ed eventualmente del volontariato sociale, per verificare in che misura queste reti sociali e familiari di protezione possono mettere a disposizione competenze ed abilità che si integrano con le competenze ed abilità del soggetto, così da consentire di raggiungere l'obiettivo finale della soddisfazione degli interessi della persona.

Una volta definito questo quadro, si può procedere ad individuare quali obiettivi, in questo contesto, la persona può perseguire da sola, per quali ha bisogno di assistenza e per quali deve essere sostituita.

Le possibili aree di intervento possono così schematizzarsi:

a) le aree patrimoniali, quali gli atti di straordinaria amministrazione, ordinaria amministrazione, riscossione pensione/redditi, gestione del patrimonio, utilizzazione del denaro e in che misura;

b) la residenza o il ricovero;

c) le scelte sui trattamenti sanitari;

d) altri diritti personalissimi (testamento, donazione, matrimonio).

Questa ricognizione prelude alla decisione se intervenire in tutte le aree degli interessi della persona, patrimoniali e personali, oppure soltanto in alcune di esse e se l'intervento deve essere con finalità sostitutive, nel senso che all'amministratore di sostegno si conferiscono i poteri di rappresentanza del soggetto in sostituzione di esso, o di semplice assistenza.

L'amministrazione di sostegno si configura infatti come sostitutiva, o mista, laddove presenti caratteristiche affini alla tutela, se l'amministrato non è in

[9] Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Dejure*.

grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento sostitutivo dell'amministratore. Diversamente, è definita amministrazione puramente di assistenza quando si avvicina alla curatela, in cui il beneficiario è capace di disporre del suo patrimonio, ma non da solo[10].

In ragione delle valutazioni sui bisogni e sulle competenze, in relazione alle diverse aree di intervento, l'amministrazione può presentare contemporaneamente (talune) caratteristiche della tutela e della curatela se in alcuni ambiti si ha una rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, in altri ambiti all'amministratore di sostegno si demandano compiti di assistenza della persona e in altri ambiti ancora non si prevede alcun compito per l'amministratore di sostegno e quindi la persona resta totalmente libera di autodeterminarsi.

Ciò posto, è da chiedersi se può essere utile predisporre un modello. Se per modello intendiamo la versione informatica dello "stampone", già talora utilizzato negli uffici prima dell'avvento dei mezzi telematici, la risposta non può che essere negativa; ma se per modello intendiamo una lista di controllo (*check list*) dei passaggi necessari per confezionare l'abito su misura e una dotazione di formule di massima con le quali rispondere – previo adattamento – a domande ricorrenti, lo strumento può essere di utilità, a patto però che sia il giudice tutelare a governare il modello e non viceversa.

La lista di controllo serve anche ad evitare che restino aree scoperte, per effetto di involontarie dimenticanze e non per scelta; tutto ciò che il giudice tutelare, nell'atto di nomina o in successivo provvedimento, non affida all'amministratore di sostegno, in vista della cura complessiva della persona del beneficiario, resta nella completa disponibilità di quest'ultimo[11].

La nostra *check list* non può che iniziare dalle clausole necessarie.

In ogni decreto di apertura di amministrazione di sostegno occorre precisare, perché è la legge che lo richiede (art. 405 c.c.), la durata dell'amministrazione, se a tempo determinato, e prevedibilmente per quanto, oppure se a tempo indeterminato; data la flessibilità della misura la clausola può essere in seguito modificata stabilendo proroghe o la cessazione anticipata della misura. È inoltre necessario inserire le regole di trasparenza, vale a dire in che modo l'amministratore deve dare conto della sua attività. L'art. 405 c.c. prevede che il giudice tutelare stabilisca la periodicità della relazione che l'amministratore deve rendere circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; si tratta di una relazione obbligatoria, che sul versante

[10] Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2020, n. 6079, in *Dejure*.

[11] Corte cost., 10 maggio 2019, n.114, in *Dejure*.

patrimoniale è meno impegnativa di un vero e proprio rendiconto, ma lo è molto di più sulle questioni personali, dovendo descrivere e dare conto di come vive il beneficiario dopo la apertura dell'amministrazione. La scelta legislativa di imporre questo obbligo è un ulteriore conferma di quanto sopra si è detto, e cioè che l'amministrazione di sostegno non è una misura di cura del patrimonio ma di cura della persona. Vi sono poi ulteriori obblighi, non espressamente previsti dalla legge per l'amministrazione, ma propri della disciplina dell'interdizione, che il giudice tutelare può estendere se necessario ovvero opportuno, quali l'obbligo del rendiconto annuale (o diversa cadenza periodica ritenuta opportuna) e dell'inventario, ed in tal caso se ne applicherà la relativa disciplina.

Altra clausola necessaria è quella della indicazione dei limiti di spesa. Se l'amministratore gestisce il reddito e/o il patrimonio occorre specificare che deve impiegare il denaro per soddisfare le esigenze di vita e cura del beneficiario e indicare il limite di spesa mensile (o altra periodicità stabilita dal giudice), con la precisazione che eventuali spese esuberanti dovranno essere autorizzate.

L'art. 409 comma II c.c. prevede che il beneficiario di amministrazione di sostegno possa, in ogni caso, compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana, sicché per esercitare questa autonomia (salvo che non si prospettino situazioni limite come ad es. nel caso della persona in coma) si rende necessaria una dotazione economica.

Pertanto, se il beneficiario ha ancora competenze relazionali, occorre indicare quale somma – rapportata alla disponibilità economiche, nonché alle esigenze e capacità del beneficiario – l'amministratore deve mettere mensilmente a sua disposizione e della quale la persona può disporre liberamente. Nella prospettiva di promuovere l'inclusione sociale, questa soluzione è raccomandabile ogni volta che non ci siano gravi controindicazioni, anche se limitata a somme di piccolo importo: il denaro non è solo un mezzo di scambio, ma anche un simbolo di potere ed autonomia della persona che ne dispone e pertanto essere totalmente esclusi dalla facoltà di utilizzarlo è una forma di esclusione sociale.

Ove le circostanze lo consentano il beneficiario può essere fornito di una carta di credito prepagata a lui intestata, che l'amministratore ricarica periodicamente e secondo i limiti di spesa dati dal giudice tutelare. Questa è una buona prassi utilizzata, ad esempio, dal giudice tutelare del Tribunale di Lucca, e che si può rivelare particolarmente utile per controllare le spese e al tempo stesso rispettare l'autonomia della persona; anche il possesso di una carta di credito è un simbolo di autonomia.

3. Le limitazioni e le clausole operative

Sebbene l'amministrazione di sostegno non sia una misura di per sé incapacitante, tuttavia per lo stato di fragilità, la malattia, le patologie psichiche o le *addiction* può rendersi necessaria una limitazione delle capacità del soggetto. Ciò non significa tuttavia che l'amministrazione di sostegno diventi in questo caso una interdizione, dissimulata da un nome politicamente corretto, perché, come sopra si è detto, la capacità di agire non deve essere vista come un monolite, ma come un insieme di poteri, facoltà e competenze sui quali si può intervenire chirurgicamente, eliminandone alcuni e limitandone altri, nella misura strettamente necessaria ad assicurare la realizzazione del miglior interesse della persona protetta.
In diversi passaggi della legge n. 6 del 2004 quest'aspetto emerge chiaramente: in primo luogo, nel disposto dell'art. 1 secondo il quale la finalità di tutelare va realizzata con la minore limitazione possibile della capacità di agire; nell'indicazione di cui all'art. 405 c.c., secondo cui ai soli negozi menzionati specificamente nel decreto di nomina sarà circoscritto il potere rappresentativo o di assistenza dell'amministratore; nella prima parte dell'art. 409 c.c., ove si prevede che il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedano la rappresentanza esclusiva, o l'assistenza necessaria, dell'amministratore di sostegno; ed inoltre nella precisazione di cui al secondo comma dell'art. 409 c.c., ove si prevede che il beneficiario di amministrazione di sostegno potrà, in ogni caso, compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana.
L'art. 411 c.c. ultimo comma prevede che il giudice tutelare 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. L'uso della parola "determinati" rende chiaro che è necessario specificare quali sono gli effetti, limitazioni e decadenze che si estendono al beneficiario e che – di contro – non è corretto l'inserimento di una clausola generica quale «sono estese al beneficiario le limitazioni previste dalle legge per l'interdetto/inabilitato» o equivalenti.
La Corte Costituzionale sin dal 2005 ha affermato che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore, confermando che le limitazioni sono misure mirate e che incidono,

come un intervento chirurgico, solo sulle aree interessate dalla patologia[12]. Tutto ciò che il giudice tutelare, nell'atto di nomina o in un successivo provvedimento, non affida all'amministratore di sostegno resta nella completa disponibilità di quest'ultimo; si conserva – ad esempio – la capacità di donare, salvo che il giudice tutelare, anche d'ufficio, ritenga di limitarla avvalendosi del quarto comma dell'art. 411 c.c.[13]

È quindi opportuno indicare gli atti di straordinaria amministrazione che il beneficiario non può compiere ovvero non può compiere da solo, in modo specifico, richiamando in decreto gli artt. 372, 373, 374, 375 e 376 c.c.; non necessariamente tutti e non a tutti necessariamente applicando lo stesso regime. Per ciascuna tipologia di atto occorre quindi indicare se sono atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto, vietandoli al beneficiario, oppure se il beneficiario deve compierli con l'assistenza dell'amministratore.

Inoltre, sarà opportuno specificare come sono regolati l'incasso e la gestione dei redditi, nonché la intestazione e la gestione dei conti correnti/libretti di deposito (con eventuale chiusura dei vecchi conti ed apertura di nuovi sui quali può operare l'amministratore), nonché il rilascio di carte di credito e di debito, anche al fine di facilitare i rapporti con enti previdenziali ed istituti di credito. Questi enti hanno regolato negli anni le loro prassi operative sulla misura dell'interdizione, ed offrono i propri servizi sulla base di regolamenti interni e clausole contrattuali standardizzate; pertanto nella maggior parte dei casi soltanto un provvedimento giudiziario dettagliato e comprensibile consente loro di cooperare adeguatamente per l'attuazione delle misure di protezione individualizzate.

Altro gruppo di clausole importanti sono quelle che attengo alla cura del beneficiario, poiché l'amministratore deve assicurare il benessere della persona, spesso anziana o comunque bisognosa di assistenza domestica e personale. Pertanto, gli si può attribuire la scelta, sentito il beneficiario e tenendo conto della sua volontà, di: a) assumere (ovvero mantenere in servizio) e retribuire personale di assistenza e collaborazione domestica in favore della persona beneficiata, con stipendio rapportato ai parametri dei relativi contratti collettivi di categoria; b) ricoverare ovvero mantenere ricoverata la persona beneficiaria in casa di cura, pagando la relativa retta.

Di una certa importanza sono le clausole che attengono alla interlocuzione

[12] Corte cost. n. 440/2005, cit.

[13] Corte cost. n. 114/2019, cit.

con enti ed uffici. Si tratta di aree di intervento in cui la misura non è necessariamente limitativa, anzi, vi sono casi di amministrazioni "leggere" che nascono proprio per sostenere la persona nei suoi rapporti con enti, istituti e pubbliche amministrazioni, anche al fine di ottenere uno scopo determinato. Così l'amministratore può essere autorizzato a presentare le dichiarazioni dei redditi e le istanze di definizione agevolata del contenzioso tributario, richiedere prestazioni assistenziali e previdenziali, intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione ed altri enti o istituti. In questi casi l'amministratore può essere autorizzato ad avvalersi di professionisti, da retribuire.

Nel testo normativo è omessa qualsiasi previsione per il caso in cui nel patrimonio del beneficiario dell'amministratore di sostegno vi siano imprese commerciali; manca infatti il richiamo all'art. 371 c.c.

Il giudice tutelare ha comunque il potere, derivante dalla formulazione dell'art. 411 c.c., di applicare l'art. 371 come richiamato dal 324 c.c. e cioè limitare i poteri di gestione dell'impresa da parte del beneficiario e conferire all'amministratore il compito di continuare l'impresa commerciale o in alternativa valutare la convenienza dell'alienazione, l'affitto o la liquidazione dell'azienda. In questi casi può essere utile incaricare l'amministratore di redigere preventivamente una relazione sullo stato dell'impresa e di formulare una proposta sulla convenienza di continuarla, liquidarla, affittarla, specificandone le modalità; a seguito di questa relazione si può autorizzare o meno l'amministratore a dare seguito alla proposta, ponendogli obblighi di rendiconto specifici.

Da ricordare che il divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione anche se esteso a tutti gli atti, non comporta di per sé divieto di matrimonio, di donare o di testare. Se si ritiene necessario impedire al beneficio di compiere uno di questi atti, occorre specificarlo poiché si tratta di divieti previsti da norme del codice nelle rispettive *sedes materiae* (artt. 85, 591, 774 c.c.) e non nella disciplina generale della interdizione. In assenza di una specifica disposizione nello "Statuto" – anche aggiunta dopo l'apertura della amministrazione – che stabilisca che il beneficiario decade dalla facoltà di testare o di donare o da entrambe e/o che non può contrarre matrimonio, è esclusa la possibilità di ritenere estesa, in via analogica, l'incapacità di testare, di donare o di contrarre matrimonio al beneficiario dell'amministrazione[14].

[14] Cass. civ., sez. II, 28 agosto 2020, n. 18042, Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2018, n. 12460; Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2017, n. 11536, tutte in *Dejure*.

4. Le libertà incomprimibili e le scelte terapeutiche

L'amministrazione di sostegno si fa preferire all'interdizione anche qualora sia necessario estendere in maniera piuttosto incisiva le limitazioni previste dall'interdizione, poiché la misura resta comunque flessibile e può essere nel tempo modificata per meglio adattarsi alle esigenze della persona.
È da chiedersi allora se, pure nei casi di amministrazioni fortemente limitative, ci sono spazi di libertà che non possono essere compressi, e se ciò costituisce una caratteristica specifica della misura, come peraltro sembra indicare la già citata sentenza della Corte Costituzionale[15], per la quale in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore.
L'art. 410 c.c. dispone che «l'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con beneficiario».
Ciò vuol dire che in ogni caso, anche quando l'amministrazione è fortemente limitativa, deve essere rispettato il diritto del beneficiario di manifestare la propria opinione e di dissentire dalle scelte dell'amministratore e che la volontà dell'amministratore non prevale automaticamente su quella del beneficiario, ma è necessaria in questo caso l'intermediazione giudiziale. Se la capacità di agire è (anche) la possibilità di manifestare nel mondo giuridico i propri interessi, e di tenere comportamenti ai quali si riconnettono effetti giuridici rilevanti, poiché al dissenso del beneficiario segue l'effetto dell'intervento giudiziale, se ne trae la conclusione che il diritto di essere informato e di dissentire è uno spazio di libertà che non può essere compresso; in relazione alla singola scelta la volontà del beneficiario potrebbe essere considerata recessiva rispetto a quella dell'amministratore, ma ciò solo dopo apposita ed accurata valutazione da parte del giudice.
Per questa ragione è opportuno inserire espressamente questa clausola in ogni decreto; trattandosi di un obbligo di legge è comunque vincolante per l'amministratore anche qualora il giudice tutelare non lo specifichi, ma la sua presenza nel decreto vale a ricordare ai diretti interessati e ai terzi che al beneficiario deve essere riconosciuto – ogni volta che sia possibile – uno spazio di autodeterminazione.
Ciò si rende particolarmente evidente in materia di scelte personalissime come i trattamenti sanitari e le scelte di fine vita.
È ormai principio consolidato che alla amministrazione si può ricorrere anche

[15] Corte cost. n. 440/2005, cit.

o eventualmente soltanto per soddisfare esigenze di «cura della persona» ed anche per l'esercizio di scelte connesse al diritto alla salute[16]. È quindi ammessa la rappresentanza per queste scelte personalissime, ma occorre tenere conto dei principi costituzionali in materia di rispetto delle libertà nei trattamenti sanitari, e più in generale del rispetto della dignità umana, principi che si inverano e si specificano, in un punto di equilibrio tra rispetto della libertà ed esigenze di tutela, nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, secondo il quale anche la persona incapace deve – nei limiti del possibile – essere associata alla procedura di autorizzazione al trattamento espressa dal suo rappresentante, ovvero dell'autorità, della persona o dell'organo designato dalla legge.

Alcune specifiche previsioni sono oggi contenute nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, meglio nota come legge sul consenso informato e sulle Dat (direttive anticipate di trattamento).

L'art. 3 della legge n. 219 del 2017 dispone che anche la persona incapace o minore di età ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute, in modo consono alle sue capacità, per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. Nel caso in cui ci sia un amministratore di sostegno la cui nomina prevede l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, ma tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

La norma sembra recepire una prassi che già era diffusa tra i giudici tutelari, e cioè quella di affidare all'amministratore di sostegno la rappresentanza in materia di scelte sanitarie e quindi la possibilità di esprimere o rifiutare il consenso alle cure, ma solo in esito ad una procedura partecipativa che tenesse conto anche della volontà del beneficiario, oltre che del parere dei sanitari[17].

La Corte Costituzionale si è poi espressa nel senso che il giudice tutelare ha il compito di individuare e circoscrivere i poteri dell'amministratore, anche in ambito sanitario, nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in conto la volontà. Le misure di tutela, osserva la Consulta, sono dettate in base alle circostanze del caso di specie e, dunque, alla luce delle concrete condizioni di salute del

[16] Cass. civ., sez. VI, 26 luglio 2018, n. 19866; Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 12998, tutte in *Dejure*.

[17] Trib. Bologna, sez. fam., 31 maggio 2017, n. 2050; Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, tutte in *Dejure*.

beneficiario, dovendo il giudice tutelare affidare all'amministratore di sostegno poteri volti a prendersi cura del disabile, più o meno ampi in considerazione dello stato di salute in cui, al momento del conferimento dei poteri, questi versa[18].

Nell'intervenire in questa specifica area, si deve considerare che la persona beneficiaria potrebbe già aver espresso, in un momento in cui non era ancora affetta da patologie o fragilità, delle direttive anticipate di trattamento ed anche aver nominato un fiduciario; in questo caso occorrerà tenere conto di quali sono le patologie per le quali la persona ha già espresso le direttive anticipate di trattamento e dei compiti che la volontà negoziale ha affidato al fiduciario, perché da questi compiti dovrà essere escluso l'amministratore di sostegno, anche se occorrerà prescrivergli di coordinarsi con il fiduciario. Se la persona non ha espresso direttive anticipate di trattamento o non le ha espresse in relazione ad una specifica patologia e se al momento in cui si è necessario fare delle scelte sulle cure non è più in grado di esprimerle, si dovrà ricostruire la sua volontà presunta, secondo le indicazioni date dalla giurisprudenza[19].

In caso di dissenso tra medici ed amministratore o tra amministratore e beneficiario, della questione dovrà essere investito il giudice tutelare, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3 legge Dat e dell'art. 410 c.c. Il giudice tutelare può, bilanciando gli interessi in evidenza nella specifica fattispecie, autorizzare il rappresentante a rifiutare o esprimere il consenso al trattamento, pur nel dissenso dei sanitari o dell'interessato, e autorizzare l'amministratore ad accompagnare il beneficiario presso la struttura medica, ma non potrà autorizzare l'uso di mezzi di coercizione privativi della libertà personale, perché questi richiedono una necessaria base legale e pertanto, con esclusione dei trattamenti sanitari obbligatori, la fase di concreta esecuzione della cura o del trattamento cui l'amministratore ha prestato il consenso dovrà essere attuata sempre attraverso la *moral suasion*.

Sulla scorta di queste indicazioni, si può utilizzare una clausola che tenga conto sia delle esigenze di tutela che del rispetto della libertà personale, da inserire solo se necessario, in relazione ad esigenze concrete, che può essere formulata in questi termini: l'amministratore di sostegno è autorizzato a prestare (o negare) il consenso informato in rappresentanza esclusiva/ assistenza necessaria del beneficiario con riferimento a trattamenti sanitari e terapeutici, dopo essersi consultato con i medici ed i terapeuti che hanno in cura la persona, valutata la

[18] Corte cost., 10 luglio 2019, n. 144, in *Dejure*.

[19] Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Trib. Roma, sez. IX, 23 settembre 2019, entrambe in *Dejure*.

rispondenza di detti trattamenti all'interesse della persona beneficiaria e dopo avere verificato la volontà della stessa al riguardo, tenendo in considerazione anche eventuali indicazioni già manifestate prima dell'insorgenza della patologia e dell'aggravarsi delle sue condizioni, ovvero, se espresse, le indicazioni date nelle Dat e ricorrendo, in caso di dissenso con il beneficiario o di dissenso con i medici, al giudice tutelare.

Inoltre, appare opportuno in taluni casi prevedere anche la morte del beneficiario, circostanza che spesso mette in crisi gli amministratori, che si chiedono se possono o meno provvedere alle spese funebri; a queste spese si provvede infatti alla morte del beneficiario, che segna però anche il termine dei poteri rappresentativi, il che impedirebbe all'amministratore di assumere obbligazioni in nome e per conto. Se questo è vero, nulla però vieta di assumere in anticipo obbligazioni per un evento prevedibile.

Al riguardo va segnalata una interessante prassi del giudice tutelare del Tribunale di La Spezia che è quella di inserire tra i compiti dell'amministratore anche la «sottoscrizione di qualunque contratto avente ad oggetto obbligazioni a carico del beneficiario con autorizzazione a provvedere, in caso di morte del beneficiario, alle spese urgenti relative alla celebrazione delle esequie, alla predisposizione dei servizi funerari, alla tumulazione o cremazione del medesimo, alla predisposizione degli allestimenti cimiteriali e al disbrigo delle pratiche cimiteriali».

Infine, una considerazione conclusiva.

Una volta costruito lo Statuto, tenendo presente i principi di flessibilità, rispetto della dignità e delle libertà fondamentali da mettere in equilibrio con le esigenze di tutela, non resta che darvi esecuzione. E, a tal fine, può ricordarsi che il giudice tutelare ha un ruolo fondamentale nella costruzione di quella "rete di protezione" complessiva della persona, in cui l'amministratore svolge un ruolo fondamentale ma non unico, perché deve essere coadiuvato dalla famiglia, ma anche dai servizio socio-sanitari e dagli enti che hanno competenza sulle specifiche aree di interesse.

Il giudice tutelare, è bene ricordarlo, può dare indicazioni a enti e strutture di svolgere attività a supporto della persona, poiché l'art. 344 c.c. comma II espressamente prevede che il giudice tutelare «può chiedere l'assistenza degli organi della pubblica amministrazione e di tutti gli enti i cui scopi corrispondono alle sue funzioni». Si tratta di una richiesta di assistenza e non già di un potere provvedimentale, al quale è possibile far seguire l'esecuzione forzata: tuttavia la richiesta di assistenza da parte del giudice ha normalmente l'effetto di determinare gli enti, i cui organi potrebbero diversamente anche esporsi a responsabilità interne o disciplinari, alla cooperazione.

Gli atti personali e patrimoniali compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno

Maria Luisa Cenni
Notaio in Ozzano dell'Emilia

Il contributo si propone di affrontare alcuni aspetti, di rilievo per l'attività notarile, relativi a particolari atti, anche di contenuto patrimoniale, caratterizzati dalla personalità, sia sotto l'aspetto della volontà che della sua manifestazione. Tali atti presentano particolare interesse quando debbano essere compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno, o dall'amministratore come rappresentante o con l'assistenza necessaria dell'amministratore stesso. In particolare verrano affrontati taluni aspetti relativi al matrimonio e all'unione civile, alle procedure della crisi, ai regimi patrimoniali e alle convenzioni; alla capacità di donare; alla capacità di testare; alle procure ed infine si accennerà agli strumenti di pubblicità previsti per l'amministrazione di sostegno.

This paper aims at addressing some relevant aspects for the notary's activity, pertaining to special notarial instruments – including those dealing with property – characterised by personality, with respect to both the person's will and its expression. Said instruments are particularly interesting when they are to be signed by a legally incompetent person who is subject to trusteeship, or by the trustee in his/her capacity as that person's representative, or with the support of the trustee. In particular, some aspects are tackled relating to marriage and registered partnerships, crisis procedures, property regimes and conventions; the capacity to donate; testamentary capacity; power of attorneys and, lastly, the publicity instruments available for trusteeship.

Sommario: 1. Aspetti generali. – 2. Il matrimonio e l'unione civile, le procedure della crisi coniugale (o dello scioglimento dell'unione civile), i regimi patrimoniali e le convenzioni. – 3. La capacità di donare. – 4. La capacità di testare. – 5. Le procure. – 6. La pubblicità.

1. Aspetti generali

Le riflessioni che svolgerò, relative agli atti personali e patrimoniali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, sono strettamente connesse al più generale aspetto del contenuto del decreto di nomina, quale strumento previsto dal legislatore per personalizzare tale misura di protezione adattandola alle esigenze e alle aspettative del beneficiario, al fine di valorizzarne le "residue capacità".

Nell'amministrazione di sostegno, infatti, dove il beneficiario non è sottoposto ad un rigido regime imposto dalla legge tali atti possono collocarsi negli ambiti di «ordinaria» capacità di agire dell'amministrato, così come risultano limitati o conformati dal decreto di nomina e dalle sue modifiche, ovvero il loro compimento può porre il problema della rappresentanza esclusiva o dell'assistenza necessaria dell'amministratore.

La duttilità della misura di protezione disciplinata dagli articoli dal 404 al 413 del c.c., inseriti dall'art. 3 della legge 9 gennaio 2004, n. 6, emerge innanzitutto dalle norme contenute nell'art. 409, comma 1 c.c. il quale, nel disciplinare gli effetti dell'amministrazione di sostegno, prevede che il beneficiario conservi «la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno» e negli articoli 405, in particolare comma 5 nn. 3 e 4 e 411 comma 4 c.c., i quali consentono al giudice tutelare di conformare il libero esercizio delle facoltà del beneficiario, e la correlata ampiezza dei poteri d'intervento dell'amministratore, in base alle esigenze di protezione della persona. In tale contesto normativo il ruolo centrale è svolto proprio dal decreto di nomina, sempre modificabile o integrabile, in ogni tempo, anche d'ufficio dal giudice (art. 407, comma 4 c.c.).

La Cassazione con giurisprudenza consolidata ha delineato tale istituto, ed il relativo ambito di applicazione, ponendo in evidenza:

– che ha la finalità di offrire a chi si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, adeguandosi alle sue esigenze[1];

[1] Così, da ultimo, Cass., sez. 2, sentenza n. 6079 del 04 marzo 2020, secondo cui

– che è posto allo scopo di superare l'impianto «che guardava all'infermo di mente quale soggetto sottoposto ad uno speciale ed inflessibile regime giuridico, ed al rapporto capacità-incapacità» attraverso «l'impiego di uno strumento duttile, idoneo a graduare caso per caso le misure di tutela di volta in volta più adeguate in relazione alla concreta disabilità, così da valorizzare le residue capacità del soggetto debole»[2].

Un istituto quindi diretto non all'incapacitazione del soggetto beneficiario ma al suo sostegno, ossia alla protezione di quell'ambito di capacità, quale che sia, non compromesso[3].

Tale interpretazione rispecchia la finalità della legge espressa nell'art. 1 il quale dispone «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente».

Tale funzione dell'amministrazione di sostegno, e la sua profonda differenza rispetto ai coesistenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione[4], sono oggetto di analisi da parte della Corte Costituzionale nella recente sentenza n.

«L'amministrazione di sostegno prevista dall'art. 3 della l. n. 6 del 2004 ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 427 del c.c. Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Tale sentenza richiama le precedenti, conformi, decisioni della Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332 e Cass., 1 marzo 2010 n. 4866, tutte in *Archivio CED Cassazione*.

[2] Così Cass., 11 maggio 2017, n. 11536 e Cass., ord. 21 maggio 2018, n. 12460 entrambe, in *Archivio CED Cassazione*.

[3] Per una rassegna giurisprudenziale V. AMENDOLAGINE, *La tutela degli interessi del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, in *Giur. it*., 2020, 690 ss.

[4] Al riguardo nella citata Sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2019, in *www.cortecostituzionale.it* si legge «Per quanto qui interessa, la giurisprudenza di questa Corte ha già chiarito che il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, diversamente dal provvedimento di interdizione e di inabilitazione, non determina uno *status* di incapacità della persona (sentenza n. 440 del 2005), a cui debbano riconnettersi automaticamente i divieti e le incapacità che il codice civile fa discendere come necessaria conseguenza della condizione di interdetto o di inabilitato». Nella sentenza n. 440 del 9 dicembre 2005, richiamata nella sentenza n. 114/2019, la Consulta aveva già evidenziato le differenze fra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: in *Corr. giur.*, 2006, 775 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Ancora*

114 del 15 maggio 2019 nella quale viene richiamato, e fatto proprio, il percorso ermeneutico compiuto dalla Corte di Cassazione di cui vengono ripresi i seguenti passaggi fondamentali:
– l'orientamento consolidato «nel senso di ritenere che tutto ciò che il giudice tutelare, nell'atto di nomina o in successivo provvedimento, non affida all'amministratore di sostegno, in vista della cura complessiva della persona del beneficiario, resta nella completa disponibilità di quest'ultimo»;
– l'orientamento secondo cui «l'amministrazione di sostegno si presenta come uno strumento volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità (Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 27 settembre 2017, n. 22602). La normativa che la regola consente al giudice di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo, in modo tale da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile a fronte del minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione (in questo senso, Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenze 11 maggio 2017, n. 11536, 26 ottobre 2011, n. 22332, 29 novembre 2006, n. 25366 e 12 giugno 2006, n. 13584, ma si veda anche Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 11 settembre 2015 n. 17962)».

Riguardo al tipo di disabilità che, come affermato dalla Suprema Corte, data la duttilità dello strumento può essere di qualunque tipo e gravità, è di recente intervenuta la stessa Corte di Cassazione affrontando un aspetto dibattuto: cioè se l'amministrazione di sostegno possa essere utilizzata anche a fronte di una *menomazione solo fisica* che impedisca al beneficiario di provvedere ai propri interessi[5].
Questo aspetto è rilevante dal punto di vista pratico, in particolare nell'ottica di analizzare gli spazi di capacità dell'amministrato, poiché attiene a quel particolare presupposto applicativo dell'istituto rappresentato dell'individuazione dei soggetti che possono esserne beneficiari (ambito soggettivo); profilo sul quale vi sono divergenze in dottrina e nella giurisprudenza di merito[6].

---

sul discrimen *tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*.
[5] È il caso analizzato da Cass., ord. 31 dicembre 2020, n. 29981, in *Archivio CED Cassazione*, relativo alla possibilità di sottoporre ad amministrazione di sostegno un'anziana signora sul presupposto di una scarsa cognizione delle proprie possidenze patrimoniali, non paventata come conseguenza di una patologia psico cognitiva, ma quale semplice effetto dell'organizzazione di vita già da tempo assunta e imperniata su una fiduciaria delega gestionale delle risorse alla figlia.
[6] Sul punto si registrano divergenze in dottrina e nella giurisprudenza di merito in particolare riguardo ai soggetti che non presentano *deficit* cognitivi né disturbi comportamentali ma necessitano di supporto in considerazione dell'età avanzata o di sola infermità fisica. Sul punto G. BONILINI – A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 80 ss.; G.

È un aspetto, poi, di particolare rilievo nelle valutazioni relative al compimento dei c.d. atti personali o personalissimi[7] in quanto, come emergerà, in vario modo e con vario grado, presentano la caratteristica di richiedere la permanenza in capo al beneficiario di un elevato grado di capacità.
È allora chiaro che dovrà partirsi dal presupposto che l'amministrazione di sostegno sia istituto applicabile anche a soggetti che tale grado di capacità conservino.
Sul punto è intervenuta la Cassazione con la recente ordinanza n. 29981 del 31 dicembre 2020[8] fissando un limite che, secondo la ricostruzione della Suprema Corte, discende dalla *ratio* dell'istituto; in tale decisione si legge che «l'amministrazione di sostegno, ancorché non esiga che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità di intendere o di volere, nondimeno presuppone una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi mentre *è escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica*, in quanto detto utilizzo implicherebbe un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona, tanto più a fronte della volontà contraria all'attivazione della misura manifestata da un soggetto pienamente lucido».
Nella motivazione tuttavia viene precisato «che occorre privilegiare il rispetto della autodeterminazione della persona interessata distinguendo qualora la persona capace ma in stato di fragilità non abbia alcun supporto e alcuna adeguata tutela. In questo caso l'istituto può essere giustificato».
In tal modo se da un lato si esclude in linea di principio l'utilizzabilità della amministrazione di sostegno nei confronti di persone capaci di autodeterminarsi che si oppongano alla attivazione della misura, dall'altro si ammette il suo fisiologico utilizzo nel caso sia lo stesso beneficiario a volerlo a propria tutela[9], ovvero (potremmo aggiungere) il beneficiario non si opponga, ovvero il giudice tutelare nell'esercizio della sua delicata funzione ritenga che la specifica situazione giustifichi l'applicazione della misura di protezione.

FERRANDO – L. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione – amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, 109 ss. Nella giurisprudenza di merito Tribunale Vercelli, decreto 16 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it* e Tribunale Milano, decreto 19 febbraio 2014, cit. a nota 27.

[7] Su questo aspetto D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2020, I, 13 ss.

[8] In *Archivio CED Cassazione*.

[9] In questo senso lo studio 623-2016/C di S. Monosi e N. Taccone, *in CNN Notizie* dell'8 settembre 2017.

Tale impostazione interpretativa, condivisa dalla Suprema Corte, delinea un perimetro applicativo dell'istituto abbastanza ampio da ricomprendere, fra i beneficiari, soggetti che comunque conservino la necessaria capacità, di donare, di testare o di contrarre matrimonio, secondo le diverse regole dettate per ciascuno di questi atti personalissimi. È allora evidente la centralità del decreto di nomina che deve essere ritagliato sulle esigenze e sulle aspettative del beneficiario ed è modificabile in ogni tempo, anche d'ufficio al fine di garantire il costante adeguamento della misura di protezione alle specifiche esigenze dell'amministrato.

Uscire dall'alternativa capacità/incapacità di agire e dalla conseguente possibilità/impossibilità di compimento di un atto giuridicamente rilevante a mezzo (o con l'assistenza) di altri significa uscire da tradizionali certezze.

In forza di queste tradizionali certezze gli atti personalissimi non potevano che essere vietati all'incapace e al suo rappresentante, generandosi per essi una situazione secondo cui al soggetto privo di capacità di agire era inibito il compimento di atti personalissimi, proprio a causa della sua situazione di menomata capacità ma, al contempo, era impedita anche la possibilità di attribuirne ad altri la realizzazione, proprio in quanto atti personalissimi.

In questo contesto si aggrava il ruolo dell'interprete, che se un tempo non doveva compiere grandi sforzi per distinguere ciò che era fuori o ciò che era dentro il recinto dell'incapacità, oggi fatica sempre più a tracciare la linea di confine.

La duttilità e la proporzionalità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e il rilievo attribuito all'autodeterminazione del soggetto ad esso sottoposto rivoluziona inevitabilmente la materia degli atti personalissimi, che cominciano ad allontanarsi dall'effetto della impossibilità di compimento e impongono di rivedere certe conclusioni intorno alla inammissibilità, per essi, di forme di rappresentanza necessaria, di assistenza o di supporto alla formazione o manifestazione della volontà[10].

L'applicazione pratica, poi, evidenzia le difficoltà che si incontrano nella ricostruzione degli atti personalissimi come "categoria giuridica", ammesso che di tale categoria sia davvero possibile ravvisare elementi strutturali costanti a fronte di discipline sensibilmente diverse proprio in relazione agli aspetti a presidio della personalità.

Tale differenza emergerà anche fra gli istituti che verranno di seguito brevemente trattati. Infatti, diverse saranno le conclusioni in relazione alla capacità del beneficiario, e alla ammissibilità della rappresentanza o dell'assistenza, nell'ambito matrimoniale, nella donazione e nel testamento.

---

[10] Così D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, cit., 16.

Nella valutazione della capacità dell'amministrato di compiere atti c.d. personali o personalissimi si è posto, negli interpreti e nella giurisprudenza, il triplice quesito:
1) se le specifiche norme del codice civile variamente limitative relative a interdetti e inabilitati siano suscettibili di estensione analogica al beneficiario di amministrazione di sostegno; cioè se tali norme trovino automatica applicazione. Su questo punto, anticipando una condivisibile conclusione, la risposta è negativa;
2) se talune specifiche norme del codice civile relative agli interdetti e agli inabilitati, in particolare quelle che incidono su diritti personalissimi, possano essere estese al beneficiario di amministrazione di sostegno con decreto del giudice. La risposta che possiamo anticipare è positiva ed inoltre, proprio in considerazione del diverso atteggiarsi della capacità, e delle sue forme di manifestazione, nel compimento dei diversi atti potrà accadere che il giudice ritenga utili, per la tutela del beneficiario, certe estensioni e non altre.
Non pare pertanto condivisibile l'impostazione, talvolta proposta, che compie una valutazione unitaria per atti diversi, basata sulla comune qualificazione come atti "personalissimi", come se le decisioni del giudice dovessero essere uguali riguardo ad essi. Infatti con riferimento al matrimonio, alla donazione e al testamento essendo diversi riguardo a ciascuno di detti istituti il grado di capacità e le forme imposte per la relativa, valida manifestazione, diverse e specifiche, potranno essere le valutazioni compiute dal giudice;
3) se possa essere prevista una funzione di rappresentanza o di assistenza per il loro compimento da parte dell'amministratore di sostegno. Possiamo anticipare che la risposta è diversa per i diversi istituti: alcuni non tollerano rappresentanza né assistenza altri, seppure con qualche sforzo interpretativo, paiono ammetterla.
Ai primi due aspetti ha dato risposta la Corte Costituzionale, da ultimo, nella già citata sentenza n. 114/2019, affermando:
– riguardo al primo che «In particolare, le differenze tra le originarie previsioni codicistiche e la nuova misura si sono rivelate subito talmente profonde da impedire l'estensione analogica all'amministrazione di sostegno delle disposizioni codicistiche riguardanti l'interdizione e l'inabilitazione». E ribadendo che «in assenza di esplicita disposizione da parte del giudice tutelare non possono ritenersi implicitamente applicabili divieti e limitazioni previsti dal codice civile ad altro fine»;
– riguardo al secondo che il giudice tutelare può limitare la capacità del beneficiario di compiere atti personalissimi, anche d'ufficio, nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o in occasione di una sua successiva revisione tramite l'estensione, con esplicita clausola ai sensi

dell'art. 411 quarto comma, primo periodo, c.c. Il principio affermato dalla Consulta, che nella citata sentenza si è occupata in particolare della capacità di donare dell'amministrato, è che «deve escludersi che la persona beneficiaria di amministrazione di sostegno possa essere privata della capacità di donare fuori dai casi espressamente stabiliti dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 411 quarto comma, primo periodo, c.c., restando tale capacità integra in mancanza di diversa espressa indicazione».

Occorre dare risposta al terzo aspetto, quello relativo ai limiti della funzione di rappresentanza o di assistenza da parte dell'amministratore di sostegno per il compimento dei c.d. atti personalissimi.

È l'aspetto forse più delicato poiché impone una verifica di compatibilità, della rappresentanza e dell'assistenza, alla luce delle diverse norme che regolano ciascuno degli istituti presi in considerazione.

Come è già emerso, stante la duttilità dell'amministrazione di sostegno e il suo ampio perimetro soggettivo di applicazione, non vi è ragione per ritenere precluso al beneficiario di amministrazione di sostegno la conclusione di un negozio personale o personalissimo[11] che comunque presuppone, con le

[11] La questione è stata risolta positivamente dalla Giurisprudenza della Cassazione. In questo senso Cass., ord. 21 maggio 2018, n. 12460, secondo cui «In tema di amministrazione di sostegno, il giudice tutelare può prevedere d'ufficio, *ex* artt. 405, comma 5, nn. 3 e 4, e 407, comma 4, c.c., sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà. Infatti – esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'articolo 591, comma 2, c.c., al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ed escluso che il combinato disposto degli articoli 774, comma 1 e 411, commi 2 e 3, c.c., non consenta di limitare la capacità di donare del beneficiario – la previsione di tali incapacità può risultare strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione»; Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, secondo cui «In ragione delle significative differenze che intercorrono tra l'amministrazione di sostegno (diretta a valorizzare le residue capacità del soggetto debole) e dell'interdizione (volta a limitare la sfera d'azione di quel soggetto in relazione all'esigenza di salvaguardia del suo patrimonio nell'interesse dei suoi familiari), il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 c.c. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno ma può essere disposto dal giudice tutelare solo in circostanze di eccezionale gravità, quando sia conforme all'interesse dell'amministrato. In tali casi, il matrimonio contratto da quest'ultimo può essere impugnato da lui stesso *ex* art. 120 c.c. o dall'amministratore di sostegno *ex* art. 412, comma 2, c.c., non anche dai terzi *ex* art. 119 c.c., non potendosi richiamare la disciplina dell'interdizione», entrambe in *Archivio CED*

differenze fra i vari atti che verrano poste in rilievo, la persistenza in capo al beneficiario stesso di un grado di capacità che gli consenta «di esprimere una libera e consapevole volontà»[12].

Neppure deve esservi una generale preclusione alla conclusione di negozi personali anche con l'assistenza o la rappresentanza dell'amministratore di sostegno.

A riprova di ciò viene spesso richiamato l'art. 3 della legge 22 dicembre 2017 n. 219 in tema di disposizioni anticipate di trattamento sanitario il quale prevede che il consenso informato possa essere espresso anche dall'amministratore di sostegno, ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.

Come già detto, occorre verificare la compatibilità, oltre che con la condizione del beneficiario e la conseguente specifica regolamentazione contenuta nel decreto di nomina, anche con lo specifico modello negoziale.

Le riflessioni che seguiranno riguardano:

– il matrimonio e la fase della crisi del matrimonio. In questo ambito, fra gli atti patrimoniali che maggiormente interessano l'attività notarile, alcune riflessioni meritano le convenzioni matrimoniali e gli accordi patrimoniali che possono essere contenuti negli spazi di autonomia «contrattuale» della crisi coniugale. Le relative valutazioni si ritiene che valgano, dopo la legge n. 76 del 2016, anche per le unioni civili;

– la capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Aspetto che resta dibattuto in dottrina anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2019 cui si è accennato, e di delicata soluzione sotto l'aspetto pratico;

– la capacità di testare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

In tutti questi ambiti la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni interpretative «avanzate» che richiedono il superamento delle classificazioni tradizionali.

Cassazione ed inoltre Cass. n. 18042/2020 Cass. n. 14794/2014 e la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2019.

[12] Così espressamente la già citata Cass., ord. 21 maggio 2018, n. 12460, in *Archivio CED Cassazione*.

2. Il matrimonio e l'unione civile, le procedure della crisi coniugale (o dello scioglimento dell'unione civile), i regimi patrimoniali e le convenzioni

La giurisprudenza di merito e, su certi aspetti, la Corte di Cassazione hanno elaborato soluzioni interpretative sistematiche ed evolutive «avanzate»[13] nell'ottica della massima conservazione della capacità del beneficiario di contrarre matrimonio ed eventualmente di scioglierlo e di un ridimensionamento della «portata assoluta del diritto di intervento nel compimento di atti personalissimi da parte di terzi».
In particolare:
1) sulla capacità del beneficiario di contrarre matrimonio la giurisprudenza, con orientamento consolidato, ed in linea con il pensiero della Corte Costituzionale, afferma:
– che il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 c. c. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno ma può essere disposto dal giudice tutelare solo in circostanze di eccezionale gravità, quando sia conforme all'interesse dell'amministrato. Viene quindi confermato che tale norma non è suscettibile di estensione analogica all'amministrato e viene anche superata l'interpretazione dottrinale che riteneva non estensibile tale divieto al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ritenendo che il divieto di contrarre matrimonio potesse essere imposto solo in via d'interdizione;
– che se tale divieto non viene imposto il beneficiario conserva la capacità di contrarre matrimonio. È cioè, in tale ambito, legalmente capace;
– che il matrimonio contratto dal beneficiario al quale non sia stato esteso detto divieto può essere impugnato da lui stesso, *ex* art. 120 c. c., o dall'amministratore di sostegno *ex* art. 412, comma 2 c.c., ma non anche dai terzi, *ex* art. 119 c. c. non potendosi richiamare la disciplina dell'interdizione[14].

[13] Così nella motivazione della Sentenza della Cassazione 30 giugno 2014, n. 14794, in www.Ilcaso.it, la quale qualifica il matrimonio "atto personalissimo" e definisce "personalissimo" il diritto del soggetto di autodeterminarsi in ordine al proprio matrimonio.
[14] Su tali aspetti Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, in *Archivio CED Cassazione*, secondo cui «In ragione delle significative differenze che intercorrono tra l'amministrazione di sostegno (diretta a valorizzare le residue capacità del soggetto debole) e dell'interdizione (volta a limitare la sfera d'azione di quel soggetto in relazione all'esigenza di salvaguardia del suo patrimonio nell'interesse dei suoi familiari), il divieto di contrarre matrimonio, previsto dall'art. 85 c.c. per l'interdetto, non trova generale applicazione nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno ma può essere disposto dal giudice tutelare solo in circostanze di eccezionale gravità, quando sia conforme all'interesse dell'amministrato. In tali casi, il matrimonio contratto da

Tale interpretazione conduce quindi, da un lato, alla conservazione della capacità del beneficiario e, dall'altro, alla conservazione del vincolo matrimoniale mediante applicazione delle norme speciali che limitano soggettivamente la possibilità di impugnare il matrimonio.

Sotto l'aspetto della rappresentanza, o dell'assistenza, l'evoluzione interpretativa riguarda in particolare le procedure della crisi coniugale ove si afferma la possibilità per l'amministratore di sostegno (ed esclusi i casi di conflitto di interessi) «di coadiuvare o affiancare la persona bisognosa nella espressione della propria volontà, preservandola da eventuali pressioni o ricatti esterni, anche relativamente al compimento di atti personalissimi, come ritenuto da una giurisprudenza di merito avanzata che lo ha autorizzato, previo intervento del giudice tutelare, a proporre ricorso per separazione personale o per cessazione degli effetti civili del matrimonio del beneficiario»[15].

L'analisi della disciplina del matrimonio (e dell'unione civile), tuttavia, porta ad escludere per la "fase genetica" del vincolo la rappresentanza o l'assistenza necessaria dell'amministratore.

Quindi alle diverse fasi del rapporto coniugale (o dell'unione civile), quella genetica, quella dello svolgimento del rapporto e quella della crisi, con i relativi atti anche patrimoniali, paiono applicabili regole diverse.

quest'ultimo può essere impugnato da lui stesso *ex* art. 120 c.c. o dall'amministratore di sostegno *ex* art. 412, comma 2, c.c., non anche dai terzi *ex* art. 119 c.c., non potendosi richiamare la disciplina dell'interdizione». La Cassazione, poi, era già intervenuta negando l'applicabilità dell'art. 428 c.c. in materia di incapacità naturale, al matrimonio negando quindi la possibilità per gli eredi di chiederne l'annullamento, ritenendo invece applicabile l'art. 120 che limita la possibilità di impugnare il matrimonio al coniuge che anche se non interdetto «provi di essere stato incapace di intendere e di volere» al momento della celebrazione del matrimonio e l'art. 127 che dichiara intrasmissibile agli eredi tale azione se non quando il giudizio è già pendente alla morte dell'attore. In tal senso Cass., 30 giugno 2014, n. 14794 secondo cui «L'art. 428 c.c., che disciplina il regime di impugnazione degli atti negoziali compiuti da persona incapace di intendere e di volere, non si applica in ambito matrimoniale, il cui regime delle invalidità è disciplinato da norme speciali, le quali, nel bilanciamento tra il diritto personalissimo del soggetto di autodeterminarsi in ordine al matrimonio e l'interesse degli eredi a far valere l'incapacità del "*de cuius*" allo scopo di ottenere l'annullamento del suo matrimonio, assegnano preminenza, in modo non irragionevole, all'esigenza di tutela del primo e, quindi, della dignità di colui che, non interdetto, ha contratto matrimonio. Ne consegue la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 120 e 127 c.c., con riferimento all'art. 3 Cost., laddove esclude la legittimazione piena ed autonoma degli eredi ad impugnare direttamente il matrimonio contratto dal loro congiunto in stato di incapacità di intendere e di volere». Gli eredi cioè possono solo proseguire l'azione. In tal senso Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653, in *Archivio CED Cassazione*.

[15] Così nella motivazione della citata sentenza della Cass., 30 giugno 2014, n. 14794, con riferimento ai procedimenti della crisi coniugale.

a) La capacità di contrarre matrimonio o costituire unione civile.

In particolare, sulla capacità di contrarre matrimonio una recente, condivisibile, decisione di merito[16], pur ipotizzando una «assistenza» da parte dell'amministratore di sostegno, ritiene necessaria una manifestazione di volontà espressa «direttamente e personalmente» dall'amministrato, escludendo quindi la rappresentanza in tale atto personalissimo[17].

Occorre tuttavia chiarire in cosa può consistere tale "assistenza" alla luce delle specifiche norme che regolano il matrimonio e la sua celebrazione, anticipando che le relative conclusioni, pur con le differenze di rito previste nei nuovi articoli da 70-*bis* a 70-*quinquiesdecies* del d.P.R. n. 396 del 2000 (come introdotti dall'art. 1, lett. t) del d.lgs. n. 5 del 2017), si ritengono applicabili anche alla costituzione dell'unione civile.

La citata decisione di merito, dopo aver dato atto che la più moderna giurisprudenza ha effettivamente ammesso che determinati atti personalissimi possano essere compiuti non già dal soggetto incapace ma, in sua rappresentanza (*rectius* in sua sostituzione), dal tutore e/o dall'amministratore di sostegno[18], pone in evidenza i seguenti aspetti peculiari del matrimonio:

– la speciale normativa in materia di celebrazione del matrimonio la quale prevede espressamente il «mutuo consenso espresso dagli sposi e ricevuto con le prescritte solennità dall'ufficiale di stato civile» che «non può essere che quello manifestato nella formula e nei modi che la legge richiede ed al quale, indipendentemente dall'interno proposito dei nubendi, seguono gli effetti giuridici propri del matrimonio civile delle parti stesse "voluto" (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 26 marzo 1964, n. 684 al punto che «sono cause di inesistenza del

[16] Tribunale Della Spezia, decreto del giudice tutelare 4 marzo 2020, in *https://smartlex24.ilsole24ore*.

[17] Qualifica il matrimonio atto "personalissimo", in una decisione resa in materia di amministrazione di sostegno, la Cass., sez. 6 - 1, ord. 22 febbraio 2021, n. 4733, in *Archivio CED Cassazione*, secondo cui «Il provvedimento con il quale il giudice tutelare decide sull'istanza, formulata nell'ambito di una procedura di amministrazione di sostegno, diretta ad ottenere l'estensione al beneficiario, ai sensi del combinato disposto degli artt. 411, comma 4 e 85 c.c., del divieto di contrarre matrimonio, incidendo in maniera definitiva, sia pure "*rebus sic stantibus*", sulla capacità di autodeterminarsi della persona e quindi su un *diritto personalissimo*, ha natura intrinsecamente decisoria, sicché la competenza a conoscere del relativo reclamo appartiene alla corte d'appello *ex* art. 720-*bis* c.p.c.».

[18] Facendo riferimento al consenso ai trattamenti sanitari, secondo quanto previsto dalla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione e secondo quanto ora previsto dall'art. 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

matrimonio la mancanza dei requisiti formali della celebrazione e del consenso degli "sposi" (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 14 febbraio 1975, n. 569)»;
– l'intero quadro normativo che disciplina il matrimonio dal quale emerge che il consenso a contrarre matrimonio deve essere espresso da un soggetto cosciente, in grado di manifestare un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole (in altri termini, di autodeterminarsi sul punto), facendosi da ciò discendere che questo consenso non può essere manifestato dall'amministratore di sostegno. Depongono in tal senso anche le norme di cui agli artt. 101 c. c. (rubricato "Matrimonio in imminente pericolo di vita") e 111 c.c. (rubricato "Celebrazione per procura") che richiedono pur sempre una manifestazione di volontà del nubendo.
Conclude quindi il giudice, nel citato provvedimento, che «la normativa dettata per il matrimonio non consente deroghe alla necessità di un consenso alle nozze espresso *direttamente e personalmente* dal nubendo (poiché atto personalissimo)» risultando pertanto ostativa all'attribuzione all'amministratore di sostegno (quale rappresentante del beneficiario) dell'ulteriore potere «di rilasciare all'atto di matrimonio dichiarazione della volontà di contrarre in nome e per conto dell'amministrato nonché alla sottoscrizione dell'atto».
La conclusione raggiunta nella citata decisione pare condivisibile, anzi obbligata, alla luce delle norme che regolano la celebrazione del matrimonio e la redazione del relativo atto che costituisce l'unico documento «per reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio» (art. 130 c. c.) ed in particolare:
– le norme codicistiche in materia di celebrazione del matrimonio che prevedono la dichiarazione «personale» degli sposi all'ufficiale di stato civile (in particolare art. 107 c.c.);
– l'art. 12 ("Modalità di redazione degli atti"), in particolare comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000 (Regolamento dello stato civile) che dispone «Gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, da emanarsi entro dodici mesi dalla pubblicazione del presente regolamento, le cui disposizioni entrano in vigore contestualmente a quelle contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 10, comma 2»;
– il decreto del Ministro dell'interno in data 5 aprile 2002, emanato in attuazione del citato art. 12, recante le formule di rito per la redazione degli atti dello stato civile in relazione al matrimonio, integrato dal decreto del Ministro dell'Interno in data 27 febbraio 2017 unito alla circolare ministeriale n. 3 in pari data, emanato in attuazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 5 del 2017, per le unioni civili.
Dall'esposto quadro normativo emerge la necessità che il consenso al matrimonio sia espresso direttamente e personalmente dagli sposi, non essendo ammessa

la rappresentanza (e neppure l'assistenza) ad eccezione dell'ipotesi particolare della celebrazione del matrimonio per procura di cui all'art. 111 c.c., che costituisce una forma speciale ed eccezionale di celebrazione del matrimonio la quale, peraltro, presuppone un consenso libero, pieno, effettivo e consapevole espresso personalmente al momento del conferimento della procura.
Inoltre, le formule dello stato civile per la formazione degli atti di matrimonio, inderogabili per legge (come peraltro le analoghe formule per la formazione dell'atto di costituzione dell'unione civile), confermano tale conclusione prevedendo solo dichiarazioni rese personalmente dagli sposi.
Emblematiche sono al riguardo le formule che fissano le forme e le modalità di manifestazione della volontà, a fronte di disabilità dei nubendi o in casi particolari quali, a titolo di esempio:
– le ipotesi di sposo sordomuto, che sa leggere e scrivere[19], sposo sordomuto che sa leggere ma non sa o non può scrivere, ovvero che non sa né leggere né scrivere[20], nelle quali è comunque prevista la manifestazione personale della volontà, magari espressa a mezzo di un interprete, che è, evidentemente, un mero mezzo di comunicazione della volontà personalmente espressa dagli sposi;
– l'ipotesi di matrimonio di persone che non conoscono la lingua italiana in

[19] Formula 63 (Caso di matrimonio di sposo sordomuto, che sa leggere e scrivere) «*La richiesta, le dichiarazioni, le risposte alle domande* di cui sopra, da parte di ..., sordomuto(a) che sa leggere e scrivere, nonché la dichiarazione di aver letto gli articoli precitati del codice civile che gli (le) ho presentato, *mi sono state fatte su foglio scritto da lui (lei) stesso(a)*. Io gli (le) ho pure per iscritto sullo stesso foglio formulato le domande di rito e comunicato la risposta di ... di volersi unire in matrimonio con lui (lei) e la dichiarazione da me fatta della loro unione in matrimonio. Tale foglio, munito del mio visto, inserisco nel volume degli allegati a questo registro. Il presente atto, dopo essere stato letto dal (dalla) sordomuto(a) ed averne io dato lettura agli altri intervenuti, viene da tutti, insieme con me, sottoscritto». Formula 69 prevede il caso di matrimonio in cui *entrambi gli sposi* sono sordomuti che sanno leggere e scrivere «Do' atto che l*a richiesta, le dichiarazioni e le risposte* alle domande di cui sopra, da parte degli sposi, *entrambi sordomuti che sanno leggere e scrivere, sono state fatte da ciascuno su foglio scritto, da me comunicato all'altro sposo. Pure per iscritto mi è stato dichiarato dagli sposi* di aver preso cognizione degli articoli precitati del codice civile che ho loro presentato, ed ho comunicato ad entrambi la risposta affermativa alla domanda, posta per iscritto a ciascuno di loro, se intendono unirsi l'un l'altro in matrimonio, nonché la mia dichiarazione in tal senso (*omissis*)».

[20] Formula 64 (Caso di matrimonio di sposo sordomuto che sa leggere ma non sa o non può scrivere, ovvero che non sa né leggere né scrivere) «*La richiesta, le dichiarazioni, le risposte alle domande* di cui sopra, da parte di ..., sordomuto(a) che sa leggere ma non scrivere (ovvero: che sa leggere ma non può scrivere perché ...; ovvero: che non sa né leggere né scrivere), *mi sono state fatte per mezzo di* ..., nato(a) in ... il ..., cittadino(a) ..., residente in ..., che, *da me assunto(a) ad interprete, (omissis) Il presente atto, dopo essere stato letto dal (dalla) sordomuto(a) (ovvero: comunicato dall'interprete al sordomuto)* e averne io dato lettura agli altri intervenuti, viene da tutti, ad eccezione del (della) sordomuto(a), insieme con me, sottoscritto».

cui è prevista la manifestazione di volontà resa personalmente dagli sposi e comunicata all'ufficiale dello stato civile a mezzo di un interprete[21];
– infine l'ipotesi, forse più emblematica, del matrimonio celebrato in imminente pericolo di vita (art. 101 del codice civile) per la quale la inderogabile formula per la formazione dell'atto di matrimonio prevede l'accertamento da parte dell'ufficiale di stato civile della capacità di intendere e di volere, e la relativa menzione, oltre alla richiesta di contrarre matrimonio proveniente personalmente dagli sposi[22].
Dall'esposto quadro normativo emerge che in questo specifico atto personalissimo l'amministratore di sostegno non può intervenire né come rappresentante né come assistente nella relativa manifestazione di volontà che deve provenire personalmente dagli sposi (o dalle parti dell'unione civile) che siano soggetti capaci di autodeterminarsi al riguardo. Potrà immaginarsi una assistenza dell'amministratore, così come ipotizzata nella citata decisione di merito, per «affiancare il beneficiario nel percorso di formazione della volontà, aiutandolo così a comprendere le implicazioni (personali e giuridiche) della scelta coniugale» ma non in quella di manifestazione della stessa.
Tornerò sull'ipotesi della scelta del regime di separazione dei beni nell'atto di matrimonio, ai sensi dell'art. 162 comma 2 c.c., da inserire nell'atto stesso.

[21] Formula 71 (Caso di matrimonio di persona che non conosce la lingua italiana) «*La richiesta, le dichiarazioni, le risposte alle domande* di cui sopra, *da parte di ..., che non conosce la lingua italiana, mi sono state fatte per mezzo di* ... nato(a) in ... il ... cittadino(a) ..., residente in ... che *da me assunto (a) ad interprete* ha giurato di bene e fedelmente adempiere all'incarico che gli (le) è stato affidato. A mezzo dello stesso interprete ho comunicato a ... gli articoli precitati del codice civile, la risposta di ... di volersi unire in matrimonio con lui (lei) nonché la mia dichiarazione della loro unione in matrimonio».

[22] Formula 119 (Matrimonio celebrato in imminente pericolo di vita - articolo 101 del codice civile) «Oggi alle ore e minuti io ... (nome e cognome e qualità dell'ufficiale di stato civile), in quanto richiesto, mi sono trasferito con il segretario comunale ... (nome e cognome) in questo luogo ... (indicare se casa di abitazione, ospedale, clinica, istituto, ecc) posto in ... al numero civico ... ove ho trovato ... (nome e cognome), nato (a) in ... il cittadino (a) ... residente in *il (la) quale versa in imminente pericolo di vita ma è capace di intendere e di volere, come ho accertato a mezzo di ... (indicare il modo con cui l'accertamento è stato effettuato)*, e ... (nome e cognome dell'altro sposo) nato (a) ... in ... il cittadino (a) residente in ... *essi mi chiedono di essere uniti in matrimonio e mi dichiarano*, previo giuramento, che non esistono fra loro impedimenti per i quali non sia prevista la possibilità di ottenere l'ammissione o l'autorizzazione al matrimonio (*omissis*)».

b) Le procedure di separazione o di scioglimento del matrimonio (o di scioglimento dell'unione civile).

Premesso che il diritto alla separazione (e al divorzio) è stato riconosciuto dalla giurisprudenza come «situazione giuridica soggettiva che realizza la personalità dell'individuo»[23], e quindi qualificato diritto personalissimo, in questo ambito si è sviluppata una giurisprudenza di merito, divenuta costante[24], la quale ritiene che gli atti di gestione della crisi coniugale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno (ed in genere della persona legalmente incapace) possano essere compiuti anche in suo nome e per suo conto dall'amministratore di sostegno (in genere dal rappresentante legale)[25]. Su questo aspetto, peraltro, già si era formato l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui anche per le persone affette da infermità mentale o comunque da fragilità sussiste il diritto di svincolarsi da un vincolo matrimoniale divenuto intollerabile, agendo per la separazione o per il divorzio.

Un indice normativo in tal senso viene ricavato dall'art. 4 comma 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, che nel procedimento di divorzio prevede che il presidente del tribunale nomini «un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace» ammettendo una rappresentanza legale in tali procedimenti.

La giurisprudenza di merito, ad esempio, ha ritenuto:

– l'amministratore di sostegno autorizzato ad aderire in luogo del beneficiario alla domanda di divorzio congiunto, ovvero a presentarla[26];

– l'amministratore di sostegno autorizzato a proporre ricorso per separazione

[23] Così Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 2183, in *Archivio CED Cassazione*.

[24] Richiamata anche nella motivazione della già citata Sentenza della Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2014, n. 14794, in cui si legge «Un simile *vulnus* può essere, tuttavia, scongiurato o limitato, alla luce di una interpretazione sistematica ed evolutiva che ammetta la possibilità per l'amministratore di sostegno, qualora nominato (ed esclusi i casi di conflitto di interessi), di coadiuvare o affiancare la persona bisognosa nella espressione della propria volontà, preservandola da eventuali pressioni o ricatti esterni, anche relativamente al compimento di atti personalissimi, come ritenuto da una giurisprudenza di merito avanzata che lo ha autorizzato, previo intervento del giudice tutelare, a proporre ricorso per separazione personale o per cessazione degli effetti civili del matrimonio del beneficiario»

[25] Con riferimento all'interdetto è intervenuta, in particolare, la Cass. civ., sez. I, 06 giugno 2018, n. 14669, in *Archivio CED Cassazione*. Nelle decisioni in materia di amministrazione di sostegno viene affermato che il beneficiario, attraverso il suo amministratore, può compiere tali atti personalissimi, poiché la misura non comporta la perdita della titolarità di tali diritti e di conseguenza neppure l'esercizio.

[26] Trib. Modena, 25 ottobre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 275.

personale in nome e per conto del beneficiario sulla scorta di volontà già espresse dal medesimo prima del sopraggiungere della misura di protezione[27];
– sussistente in capo all'amministratore di sostegno la legittimazione attiva ad agire in giudizio per la separazione personale con addebito[28].
La Corte di Cassazione, poi, con sentenza n. 6518 del 6 marzo 2019, decidendo sulla legittimazione processuale dell'amministratore di sostegno costituitosi per l'amministrata in un procedimento di modifica delle condizioni di divorzio, ha affermato che «il vizio dedotto di legittimazione processuale non sussiste».
Preso atto di questo orientamento interpretativo deve ritenersi ammessa la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno, autorizzato dal giudice tutelare, anche nelle procedure facilitative convenzionali di cui agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile) per la separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio applicabili anche, per quanto compatibili, allo scioglimento delle unioni civili in virtù del richiamo operato dal comma 25 dell'articolo unico della legge n. 76 del 2016.
Sono procedure che hanno ampliato e rafforzato l'autonomia privata nell'ambito della definizione della crisi coniugale (e dello scioglimento dell'unione civile) attribuendo all'accordo, raggiunto all'interno dei procedimenti consensuali ivi previsti, l'effetto di incidere sullo stesso *status* coniugale (o di unito civilmente).
Viene infatti previsto, sia per la fase della separazione che per la fase del divorzio, l'accordo sostenuto da professionisti cui viene riconosciuta natura negoziale; accordo al quale la legge espressamente attribuisce gli effetti dei provvedimenti giudiziali che definiscono «i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio» (così l'art. 6, comma 3 del d.l. n. 132 del 2014).
Detti accordi rappresentano spazi di autonomia negoziale nella crisi familiare e anche ambiti di regolamentazione patrimoniale della crisi nei quali pare doversi ammettere la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno debitamente autorizzato.

[27] Su questo aspetto è intervenuto il Tribunale di Milano, con decreto del 19 febbraio 2014, in www.ilcaso.it, secondo cui la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno conserva il diritto di separarsi.
[28] Così la Sentenza del tribunale di Ravenna n. 639/2020 in data 4 agosto 2020 in www.iltuoforo.net, la quale in motivazione cita altri precedenti giurisprudenziali.

Tali spazi di autonomia, che possono contenere accordi patrimoniali funzionali alla risoluzione della crisi o occasionati dalla crisi, in particolare si sviluppano:
– negli accordi raggiunti nel procedimento di separazione consensuale omologata. In tale caso il contesto documentale destinato a contenere tali accordi è il verbale dell'udienza presidenziale di cui all'art. 711 c.p.c.;
– nel divorzio su domanda congiunta, o su conclusioni comuni, applicabile anche allo scioglimento delle unioni civili. Il contesto documentale che può contenere anche accordi patrimoniali è, in tal caso, la sentenza che definisce il procedimento di divorzio, emessa sull'accordo delle parti (contenuto nel verbale di udienza di comparizione dei coniugi redatto dal cancelliere)[29];
– negli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, anche per lo scioglimento dell'unione civile. In tal caso il contesto documentale è l'accordo raggiunto a seguito della convenzione di negoziazione assistita, il quale è un vero e proprio contratto concluso all'interno di un procedimento di natura privatistica, in cui l'intervento dell'autorità giudiziaria si riduce al nulla osta o all'autorizzazione del Procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 6 comma 2 del d.l. n. 132 del 2014.

In tali ambiti, di aumentato riconoscimento della contrattualizzazione delle situazioni familiari, possono trovare collocazione anche accordi patrimoniali e anche accordi di disposizione o di acquisto di beni, con l'eccezione della procedura di cui all'art. 12 del d.l. n. 132 del 2014 «innanzi al sindaco, quale

[29] Sullo specifico aspetto della possibilità che la richiesta di divorzio congiunto contenga un accordo con il quale si attui un trasferimento immobiliare, e non soltanto l'impegno preliminare di vendita, è intervenuta la Sentenza della Cassazione, sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761, (a seguito di rimessione con Ordinanza interlocutoria n. 3089 in data 10 febbraio 2020 della prima sezione civile) secondo cui «Le clausole dell'accordo di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni – mobili o immobili – o la titolarità di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi o dei figli al fine di assicurarne il mantenimento, sono valide in quanto il predetto accordo, inserito nel verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è stato attestato, assume forma di atto pubblico *ex* art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo il decreto di omologazione della separazione o la sentenza di divorzio, valido titolo per la trascrizione *ex* art. 2657 c.c., purché risulti l'attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, della l. n. 52 del 1985, come introdotto dall'art. 19, comma 14, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, restando invece irrilevante l'ulteriore verifica circa gli intestatari catastali dei beni e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

ufficiale dello stato civile» la quale, tendenzialmente, non può contenere accordi patrimoniali poiché, per essa, la norma stessa dispone che «L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale»[30].

Gli accordi che regolano i rapporti patrimoniali della crisi familiare sono spesso qualificabili *atti di amministrazione straordinaria* e, caso per caso, potranno integrare atti di divisione, acquisto o disposizione di beni, assunzione di obbligazioni, riscossioni di capitali, negozi transattivi.

Riguardo ad essi deve ammettersi la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore previamente autorizzato, con le valutazioni che verranno appresso svolte riguardo alla donazione qualora configurino vere e proprie liberalità.

Tali accordi patrimoniali, infatti, presentano caratteristiche peculiari sotto l'aspetto della loro natura e della loro causa, anche in considerazione della loro tendenziale atipicità o meglio, secondo la qualificazione della Suprema Corte, di accordi che svelano una "tipicità propria" che di volta in volta può colorarsi «dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza, o meno, nel concreto, dei connotati di una serie di possibili rapporti aventi significati, anche solo riflessi, patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale».

Tali caratteristiche impongono adeguate (e specifiche) valutazioni in relazione alla capacità dell'amministrato nel loro compimento, in relazione alle funzioni di rappresentanza e di assistenza dell'amministratore ed in relazione alle relative autorizzazioni giudiziali[31].

[30] Peraltro, tale disposizione ha sollevato dubbi interpretativi circa l'estensione del divieto in essa previsto dando luogo a due diverse interpretazioni in relazione alla previsione dell'assegno periodico di mantenimento o divorzile. Una prima interpretazione contenuta nella circolare del Ministero dell'Interno n. 19 del 28 novembre 2014 e confermata da una Sentenza del Tar Lazio in data 7 luglio 2016, n. 7813, nel senso di comprendere nel divieto anche l'assegno periodico di mantenimento o divorzile. Il giudice amministrativo, con la citata decisione, ha cioè ritenuto che la disposizione di cui al cit. comma 3 dell'art. 12 si riferisse ad ogni pattuizione di 'contenuto economico', sia quelle ad effetti reali, che comportano l'effetto traslativo dei beni, che quelle ad effetto obbligatorio, che comportano l'obbligo di corrispondere una somma di danaro periodica. Una seconda interpretazione, che deve considerarsi quella applicata, contenuta nella successiva circolare del medesimo Ministero in data 24 aprile 2015, n. 6 e confermata dalla Sentenza del Consiglio di Stato in data 26 ottobre 2016 n. 4478, che ha ritenuto che l'espressione «patti di trasferimento patrimoniale si riferisce, letteralmente, agli accordi traslativi della proprietà (o di altri diritti) con i quali i coniugi decidono, mediante il c.d. assegno *una tantum* … di regolare l'assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte e di trasferire la proprietà o la titolarità di altri diritti sui beni da uno all'altro, anziché prevedere la corresponsione di un assegno periodico».

[31] Su tali accordi anche M.L. CENNI, *Crisi familiare, autonomia negoziale e regimi patrimoniali*

c) I regimi patrimoniali e le convenzioni.

Altro ambito che merita un accenno è quello relativo ai regimi patrimoniali, ed in particolare alle scelte e convenzioni di modifica del regime legale.

Anche in tale ambito le valutazioni svolte per il matrimonio valgono anche per l'unione civile, in considerazione del rinvio operato dal comma 13 della legge n. 76 del 2016 al regime matrimoniale.

Come noto, al momento della celebrazione del matrimonio, o della costituzione dell'unione civile, si instaura il regime patrimoniale legale della comunione dei beni il quale operando automaticamente non richiede alcuna manifestazione di volontà ulteriore rispetto a quella di voler contrarre matrimonio (o costituire unione civile).

L'unica scelta relativa al regime patrimoniale che può essere compiuta nell'atto di celebrazione del matrimonio, o di costituzione dell'unione civile, è quella della separazione dei beni da dichiarare nell'atto stesso ai sensi dell'art. 162 secondo comma del codice civile, per il matrimonio, nonché ai sensi della norma stessa, richiamata dal comma 13 della legge n. 76 del 2016, oltre che ai sensi dell'art. 70-*octies* del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 per le unioni civili.

La scelta del regime di separazione dei beni, poi, viene certificata dall'ufficiale dello stato civile secondo la formula imposta dal citato decreto del Ministro dell'Interno in data 5 aprile 2002[32] e annotata nell'atto di matrimonio (o di unione civile).

È quindi evidente come tale scelta risenta del contesto in cui può essere resa che, come è già emerso, impone dichiarazioni rese personalmente dagli sposi (o dalle parti dell'unione civile) senza possibilità, in quell'ambito documentale, di rappresentanza o di assistenza.

L'unica ipotesi in cui le formule rigide imposte per la redazione degli atti dello stato civile prevedono un intervento di "assistenza" per la scelta del regime della separazione dei beni è quella, particolare, disciplinata dall'art. 165 c.c. (capacità del minore)[33]. È l'ipotesi del minore autorizzato a contrarre matrimonio (non

della famiglia. Il ruolo del notaio, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, *Quaderni di familia*, 2021, 8.

[32] Anche in questo caso la formula è rigida: «FORM 62 - Caso in cui gli sposi hanno scelto il regime della separazione dei beni (art. 162 secondo comma del codice civile e art. 64 secondo comma del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396) "*Gli sposi*, alla presenza degli stessi testimoni, *mi hanno dichiarato* di scegliere il regime della separazione dei beni, a norma dell'art. 162 secondo comma, del codice civile"».

[33] Tale ipotesi è prevista nella stessa Formula 62 la quale precisa che «Nelle ipotesi di cui all'art. 165 del codice civile, specificare che il minore, o i minori, sono assistiti dai genitori esercenti la potestà o dal tutore o dal curatore speciale, indicandone le generalità e precisando gli estremi dell'eventuale provvedimento di nomina».

applicabile all'unione civile che, ai sensi del comma 2, dell'art. unico della legge n. 76 del 2016, può essere costituita solo da "due persone maggiorenni") alla quale pare potersi equiparare l'ipotesi disciplinata dall'art. 166 c.c. che prevede (e quindi ammette) l'assistenza del curatore nelle stipulazioni fatte nel "contratto di matrimonio" dell'inabilitato.

Quindi volendosi ammettere, solo per tale particolare scelta patrimoniale e non per la manifestazione del consenso al perfezionamento del vincolo, l'assistenza dell'amministratore di sostegno le norme cui fare riferimento potrebbero essere i citati artt. 165 e 166 c.c. (in particolare quest'ultima norma). Nello specifico contesto qui esaminato, invece non pare esservi spazio per la rappresentanza.

Il regime legale, poi, può essere modificato, o si può impedire che operi, mediante la stipulazione di convenzioni matrimoniali.

Le convenzioni matrimoniali, ai sensi dell'art. 162, comma 3 c.c., possono essere «stipulate in ogni tempo», quindi sia prima che dopo il matrimonio (o la costituzione dell'unione civile).

Pertanto, riconosciuta al beneficiario dell'amministrazione di sostegno la capacità di contrarre matrimonio, salva l'estensione del divieto di cui all'art. 85 c.c., può risultare interessante una riflessione sugli strumenti negoziali idonei ad incidere sul regime legale al fine di adottare un regime "distributivo" della ricchezza familiare in costanza di matrimonio (o di unione civile) ritenuto più idoneo agli interessi del beneficiario stesso.

Le convenzioni matrimoniali infatti:

– sono negozi che incidono sui regimi patrimoniali familiari derogabili, nei limiti di legge (c.d. regime distributivo):

– sono negozi di diritto familiare ma ne viene ammessa la delegabilità mediante procura speciale e viene riconosciuto all'interdetto di stipulare convenzioni matrimoniali mediante il suo rappresentante legale. In tal senso un indice normativo si rinviene nell'art. 193 comma 3 c.c. in materia separazione giudiziale dei beni e un altro indice normativo, in particolare riguardo alla ammissibilità dell'assistenza, è ricavabile dalle già citate ipotesi previste dagli artt. 165 (capacità del minore) e 166 (capacità dell'inabilitato) che ammettono l'assistenza dei genitori o del curatore nei casi particolari previsti da tali norme per i quali, peraltro, non è richiesta autorizzazione giudiziale;

– sono atti di straordinaria amministrazione e talvolta di disposizione.

Anche alla luce della interpretazione giurisprudenziale evolutiva cui si è fatto riferimento deve ritenersi ammissibile la stipulazione di convenzioni matrimoniali da parte del beneficiario rappresentato o assistito dall'amministratore di sostegno debitamente autorizzato dal giudice tutelare, unico giudice competente, in base

a quanto previsto dallo stesso decreto di nomina e a quanto previsto dalle norme richiamate dall'art. 411 c.c.
Le convenzioni matrimoniali sono strumenti duttili, possono essere meramente programmatiche o anche dispositive e ciò incide sul regime della capacità e delle autorizzazioni con la precisazione che le autorizzazioni occorreranno:
– se debbano essere stipulate dall'amministratore come rappresentante o dal beneficiario con l'assistenza dell'amministratore (non quando possano – e siano – stipulate dal beneficiario dotato della necessaria capacità);
– in base a quanto previsto dal decreto di nomina per le convenzioni qualificabili atti di straordinaria amministrazione e, quando siano traslative o divisionali, in forza del disposto degli artt. 374 e 375 c.c.
A titolo esemplificativo può ipotizzarsi:
a) la separazione dei beni stipulata prima del matrimonio. Peraltro, in pratica, la convenzione matrimoniale precedente il matrimonio, e ovviamente sottoposta alla condizione sospensiva della celebrazione del matrimonio, può rivelarsi il miglior strumento per evitare che con la celebrazione del matrimonio stesso si instauri il regime di comunione legale. Ciò in considerazione delle riflessioni svolte in relazione alla scelta della separazione dei beni nell'atto di matrimonio, per la quale si deve escludere la rappresentanza dell'amministratore[34], mentre restano i prospettati dubbi sull'ammissibilità dell'assistenza per la quale, in base alla interpretazione sopra proposta, volendola ammettere, sarebbe opportuna un'apposita estensione della previsione dell'art. 166 c.c. nel decreto di nomina. Una tale convenzione rientra fra gli atti di straordinaria amministrazione che, pertanto, se compiuta dall'amministratore come rappresentante o come assistente, richiede la relativa autorizzazione del giudice tutelare in base alle previsioni del decreto di nomina per tale categoria di atti;
b) separazione dei beni stipulata dopo il matrimonio senza divisione di beni già comuni. Quanto all'autorizzazione valgono le considerazioni di cui alla superiore lettera a). Con divisione di beni già comuni, se compiuta dall'amministratore come rappresentante o come assistente, deve ritenersi necessaria l'autorizzazione ai sensi dell'art. 375 c.c., richiamato dall'art. 411 comma 1;

[34] Interessante proprio su questo caso specifico è il provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Bologna in data 16 maggio 2017, inedito, il quale a seguito della comunicazione da parte dell'amministratore-assistente dell'intenzione dell'amministrato di contrarre matrimonio dispone «Il Giudice letto quanto sopra dispone che l'AdS prenda parte alla cerimonia optando per il regime della separazione del beni». Tale ordine del Giudice può essere più facilmente ottemperato mediante la stipulazione di una convenzione di separazione dei beni precedente in considerazione delle esposte incertezze interpretative.

c) comunione convenzionale di contenuto solo programmatico. È qualificabile atto di straordinaria amministrazione, soggetto ad autorizzazione del giudice tutelare in base alle previsioni del decreto di nomina per tale categoria di atti;
d) comunione convenzionale anche dispositiva: ad esempio viene ampliato l'oggetto della comunione includendovi beni già personali del coniuge amministrato o dell'altro coniuge. Rappresentanza o assistenza in base a quanto previsto dal decreto di nomina ed autorizzazione ai sensi dell'art. 374 c.c. o 375 c.c. a seconda che il beneficiario alieni o acquisti, richiamati dall'art. 411 comma 1 c.c.;
e) convenzione programmatica con la quale si torna al regime di comunione dei beni da un precedente regime (scelto o convenuto) di separazione dei beni. È atto di straordinaria amministrazione soggetto ad autorizzazione del giudice tutelare in base alle previsioni del decreto di nomina per tale categoria di atti.
Infine, una riflessione sul fondo patrimoniale che è una particolare convenzione matrimoniale con la quale determinati beni vengono destinati a «far fronte ai bisogni della famiglia». Dal vincolo di destinazione così impresso discende la istituzione di un patrimonio separato con i conseguenti limiti all'esecuzione sui beni (e sui frutti) che ne formano oggetto (art. 170 c.c.).
Per la sua struttura flessibile e per la "protezione" del patrimonio che ne forma oggetto si presenta come uno strumento particolarmente idoneo a soddisfare anche le esigenze di famiglie caratterizzate da fragilità di uno dei suoi componenti.
Tale convenzione, come noto, può essere solo impositiva del vincolo di destinazione o anche traslativa[35].

[35] Non potendo in questa sede trattare gli aspetti strutturali del fondo patrimoniale, che lo rendono idoneo a soddisfare una pluralità di interessi familiari, occorre tuttavia richiamare il disposto dell'art. 168, comma 1, c.c. secondo cui: «la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione». Tale disposizione, infatti, dopo aver enunciato come regola generale che la proprietà del bene costituito in fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, prevede che possa essere «diversamente stabilito nell'atto di costituzione». Sulla base di tale possibilità di deroga la prevalente dottrina e la giurisprudenza di legittimità (fra altre Cass., 27 gennaio 2012, n. 1242 e Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, entrambe in *Archivio CED Cassazione*) hanno ammesso la possibilità per il costituente, o i costituenti, di riservarsi la proprietà dei beni conferiti, o di attribuirla ad uno solo dei coniugi o anche ad un terzo (c.d. fondo patrimoniale "con riserva di proprietà"). Alla luce di tale norma si comprendono le diverse fattispecie costitutive del fondo patrimoniale solo istitutivo del vincolo di destinazione o anche con effetto traslativo; infatti con la locuzione «costituzione del fondo patrimoniale con riserva della proprietà» si intende sinteticamente far riferimento all'ipotesi in cui il costituente, nell'atto di costituzione del fondo, impone solo il vincolo di destinazione su determinati beni ma non viene costituito in fondo patrimoniale il diritto di proprietà (il cui

Nel caso di soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, che sia coniuge o parte dell'unione civile destinataria delle utilità del fondo, le esigenze possono essere:
– stipulare un fondo patrimoniale, solo impositivo del vincolo o anche traslativo, quando è già aperta l'amministrazione di sostegno. Quanto alle autorizzazioni richieste si ritiene che possano valere le valutazioni già compiute per le convenzioni matrimoniali rispettivamente solo programmatiche (fondo patrimoniale con la sola imposizione del vincolo di destinazione) o anche dispositive (per il fondo patrimoniale con effetti traslativi che possono essere di disposizione di diritti o di acquisto di diritti da parte del beneficiario);
– sciogliere convenzionalmente un fondo patrimoniale precedentemente costituito. Si tratta di una convenzione, anch'essa, che potrà essere stipulata nei limiti fissati dalla Cassazione[36], e per essa si ritiene che valgano, quanto alle

---

eventuale trasferimento avviene in deroga alla regola di cui all'art. 168 c.c.) e neppure un altro diritto reale tipico disciplinato nel libro terzo del codice civile.
Sono allora configurabili, in sede di costituzione del fondo, a titolo esemplificativo, le seguenti ipotesi limitando l'esemplificazione alle ipotesi di fondo patrimoniale costituito da un solo coniuge o da entrambi i coniugi, (e facendo riferimento, per semplicità, al diritto di proprietà):
1) ove il costituente, già pieno proprietario del bene, sia uno solo dei coniugi, è ipotizzabile che:
a) conferisca la proprietà nel fondo, con conseguente attribuzione della stessa in capo ad entrambi i coniugi, secondo la regola generale di cui all'art. 168 c.c. Configura un'ipotesi di fondo patrimoniale con effetti traslativi, oltre che con il necessario effetto di imposizione del vincolo;
b) riservi a sé stesso la proprietà (ovvero la trasferisca in deroga alla regola generale di cui all'art. 168 c.c.), gravata dal vincolo di destinazione. Configura un'ipotesi di fondo patrimoniale con il solo effetto di imposizione del vincolo di destinazione;
2) ove costituenti siano entrambi i coniugi, già comproprietari in comunione legale od ordinaria, è ipotizzabile che:
a) conferiscano la proprietà in fondo patrimoniale. In tal caso qualora la proprietà spetti ai coniugi in comunione ordinaria, per quote diseguali (ipotesi che non può ricorrere in caso di comunione legale in quanto comunione "senza quote") l'atto costitutivo del fondo produrrà anche l'effetto traslativo necessario ad ottenere la parità di quote fra i coniugi secondo il disposto dell'art. 168 c.c.;
b) i coniugi vogliano riservarsi la proprietà del bene nelle quote a ciascuno originariamente spettanti. L'atto costitutivo del fondo patrimoniale avrà solo l'effetto di costituire il vincolo di destinazione.

[36] Sul punto Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Archivio CED Cassazione*, secondo cui «I coniugi non possono sciogliere consensualmente il fondo patrimoniale in presenza di figli minori, o anche solo concepiti, i quali, pertanto, sono legittimati a dedurne la conseguente l'invalidità» e Cass., ord. 22 novembre 2019, n. 30517, in *Archivio CED Cassazione*, secondo cui «In presenza di figli minori, lo scioglimento del fondo patrimoniale posto in essere dai genitori senza autorizzazione del giudice tutelare è invalido, ma, poiché il divieto di scioglimento è posto a vantaggio dei detti minori, l'azione di annullamento spetta soltanto a questi ultimi e non pure ai terzi, ancorché

autorizzazioni, ed in assenza di figli minori, le brevi considerazioni svolte per le convenzioni programmatiche avendo tale convenzione l'effetto di rimuovere il vincolo di destinazione imposto con la convenzione costitutiva del fondo, fermi restando gli eventuali effetti traslativi prodottisi;
– vendere un bene costituito in fondo patrimoniale. In tal caso occorre fare le necessarie valutazioni in relazione all'art. 169 c.c. (Alienazione dei beni del fondo) che dispone: *«Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente»*. La norma, come noto, pone molti dubbi interpretativi che non possono essere affrontati in questa sede.
Può tuttavia, in sintesi, rilevarsi che gli elementi determinanti per valutare l'autorizzazione necessaria sono:
– la presenza o meno di figli minori. In assenza di figli minori per compiere atti di disposizione dei beni del fondo occorrerà, ai sensi dell'art. 169 c.c., solo il consenso di entrambi i coniugi e, pertanto, se un coniuge sia beneficiario di amministrazione di sostegno la rappresentanza, l'assistenza e le autorizzazioni relative saranno regolate dal decreto di nomina, e dalle norme dettate per tale istituto. In particolare qualora l'atto di disposizione venga compiuto dall'amministratore di sostegno come rappresentante del beneficiario o con l'assistenza dell'amministratore sarà necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 375 c.c.;
– in presenza di figli minori occorrerà verificare se l'atto costitutivo del fondo contenga una deroga all'autorizzazione giudiziale[37] prevista dall'art. 169 c.c., la cui competenza spetta al Tribunale ordinario del luogo di residenza della famiglia. Se l'atto costitutivo del fondo contiene tale clausola di deroga

creditori in revocatoria». Entrambe le citate decisioni sono nel senso di ammettere lo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale in assenza di figli minori o nascituri, e di riconoscere invece, in presenza di tali figli, la necessità di autorizzazione giudiziale a loro tutela.

[37] Su tale aspetto, forse uno dei più dibattiti nell'interpretazione dell'art. 169 c.c. ed in particolare in relazione alla estensione della possibilità di inserire clausole derogatorie alla disciplina ivi contenuta, è intervenuta la Cassazione con la recente ordinanza n. 22069 del 4 settembre 2019, in *Archivio CED Cassazione*, nella cui motivazione si legge «In tema di fondo patrimoniale, pur in presenza di figli minori, la preventiva autorizzazione del giudice al compimento di atti di disposizione, indicati nell'art. 169 c.c., è applicabile solo in mancanza di un'espressa pattuizione in deroga contenuta nell'atto di costituzione del fondo». Su questo specifico aspetto era già intervenuta la Cass., 4 giugno 2010, n. 13622 anch'essa in *Archivio CED Cassazione*.

alla specifica autorizzazione di cui all'art. 169 c.c., si ritiene che valgano le conclusioni sopra raggiunte e cioè che l'atto di disposizione, qualora venga compiuto dall'amministratore di sostegno come rappresentante o come assistente, richiede l'autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 375 c.c.

In presenza, invece, di figli minori e in assenza di deroga, contenuta nell'atto costitutivo del fondo, all'autorizzazione di cui all'art. 169 c.c., pare doversi ritenere che occorra anche l'autorizzazione prevista da tale ultima norma la quale, come già detto, prevede la competenza del tribunale ordinario del luogo di residenza della famiglia.

Occorre tenere presente che le convenzioni matrimoniali dispositive vengono qualificate liberalità e pertanto riguardo ad esse occorrerà tenere conto delle considerazioni che verranno svolte riguardo alla capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno.

3. La capacità di donare

Sulla capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno sono intervenute di recente la Corte Costituzionale con la già citata sentenza n. 114 del 10 maggio 2019[38] e la Corte di Cassazione, sezione prima civile con ordinanza del 21 maggio 2018, n. 12460[39].

---

[38] In *Vita not*., 2019, 595, con nota di B. CENTRELLI – G. VEROLA, *Delle donazioni e dell'amministrazione di sostegno*; in *Fam. dir*., 2019, 745, con nota G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare* e in *Riv. not*., 2019, 1075 ss., con nota di N.A. TOSCANO, *Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la capacità di donare se il giudice tutelare non stabilisce diversamente*.

[39] In *Archivio CED Cassazione*, la quale ha affermato che «In tema di amministrazione di sostegno, il giudice tutelare può prevedere d'ufficio, *ex* artt. 405, comma 5, nn. 3 e 4, e 407, comma 4, c.c., sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà. Infatti – esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'articolo 591, comma 2, c.c., al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ed escluso che il combinato disposto degli articoli 774, comma 1 e 411, commi 2 e 3, c.c., non consenta di limitare la capacità di donare del beneficiario – la previsione di tali incapacità può risultare strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione».

La Corte Costituzionale nella sua citata decisione ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 774, primo comma, primo periodo, del codice civile richiamando ampiamente le motivazioni fatte proprie dalla Cassazione nella menzionata ordinanza e aderendo ad una ricostruzione del quadro normativo che non ravvisa «né nella disposizione censurata, né all'interno del codice civile alcun divieto legislativo di donare rivolto ai beneficiari di amministrazione di sostegno, fatti salvi gli specifici limiti disposti caso per caso dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 411, quarto comma, primo periodo, c.c.» rilevando che ciò «appare, oltre che conforme al diritto vivente, aderente ai principi informatori dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, connotato da un consapevole e ponderato "bilanciamento tra esigenze protettive" e "rispetto dell'autonomia individuale" (Cass. civ., sez. I, ord. 28 febbraio 2018, n. 4709)».

La richiamata ordinanza della Cassazione n. 12460/2018, conformemente a quanto poi affermato dalla Consulta, ha riconosciuto al giudice tutelare il potere di prevedere d'ufficio, sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità donare del beneficiario collegandolo alle condizioni psico-fisiche del beneficiario che non gli consentano di *esprimere una libera e consapevole volontà* e sul presupposto che tale limitazione della capacità risulti uno strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi[40].

Le conclusioni che possono dirsi ormai raggiunte, pertanto, sono le seguenti:

– il divieto contenuto nell'art. 774 c.c. non si applica automaticamente al beneficiario dell'amministrazione di sostegno al quale viene, conseguentemente, riconosciuta la capacità di donare, in assenza di limitazioni disposte dal giudice tutelare. Se non ci sono limitazioni, quindi, il beneficiario deve essere considerato capace di donare, salve altre indicazioni contenute nel decreto di nomina per la categoria di atti ai quali anche la donazione può ricondursi;

– il giudice tutelare può escludere la capacità di donare, mediante estensione del divieto contenuto nell'art. 774 c.c., «in presenza di situazioni di eccezionale gravità, tali da indurre a ritenere che il processo di formazione e manifestazione

[40] Sull'argomento N. TACCONE, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, studio 8-2020/C, in *CNN Notizie* del 15 luglio 2021 e bibliografia ivi citata; G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, cit.; A. CHIARUTTINI, *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 973 ss.

della volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o di agenti esterni».

Prima che si potesse dire raggiunta tale interpretazione era diffusa, anche nella pratica notarile, la diversa prospettiva, ampiamente sostenuta in dottrina anche in base al tenore letterale dell'art. 774 primo comma, primo periodo c.c. (norma sottoposta al vaglio della Consulta), secondo cui il divieto contenuto nella citata norma era applicabile anche al beneficiario di amministrazione di sostegno qualora nel decreto di apertura della misura fosse limitata la capacità del beneficiario di compiere atti dispositivi.

In questa ottica si riconosceva la capacità donativa al beneficiario solo nei casi di mera legittimazione concorrente, cioè nell'ipotesi di menomazione fisica o di infermità tale da non intaccare la lucidità intellettiva e qualora il giudice tutelare nel decreto di nomina avesse stabilito che sia il beneficiario che l'amministratore potessero compiere in modo disgiunto gli atti dispositivi.

La riconosciuta capacità astratta di donare del beneficiario impone una diversa riflessione sul contenuto del decreto di nomina e, anche in assenza di limitazioni o specifiche indicazioni nel decreto, una interpretazione compatibile con i principi in materia di donazione.

I criteri in base ai quali valutare la persistenza della capacità di donare, alla luce del contenuto del decreto di nomina emergono, a parere di chi scrive, nella recente sentenza della Cassazione n. 6079 in data 4 marzo 2020[41], che decide in materia testamentaria, ma contiene alcuni indici generali di riferimento nel senso di:

– ritenere anche in astratto *insussistente* la capacità in capo al beneficiario in ipotesi di amministrazione di sostegno c.d. «sostitutiva» o «mista» la quale presenta caratteristiche affini alla tutela, poiché l'amministrato pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici non è comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento sostitutivo o di un ausilio attivo dell'amministratore;

---

[41] In *Archivio CED Cassazione* secondo cui «L'amministrazione di sostegno si configura come cd. sostitutiva o mista, laddove presenta caratteristiche affini alla tutela, poiché l'amministrato, pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici, non è comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento, appunto sostitutivo ovvero di ausilio attivo, dell'amministratore; viene, invece, definita amministrazione puramente di assistenza quando si avvicina alla curatela, in relazione alla quale l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere per testamento e donazione. Ne discende che, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza, il beneficiato è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a prescindere dalla circostanza che

– ritenere in astratto *sussistente* la capacità in caso di amministrazione di sola assistenza nella quale il beneficiario è ritenuto pienamente capace di disporre del suo patrimonio.

La sentenza, come già accennato, si riferisce all'ambito testamentario dove la capacità richiede valutazioni parzialmente diverse dalla donazione per la quale, peraltro, occorre una più specifica verifica rivolta all'*animus donandi*.

Quello da ultimo riportato è, sempre a parere di chi scrive, un interessante indirizzo interpretativo, anche sotto il profilo pratico, ma, al tempo stesso, è una interpretazione che restringe il campo della capacità del beneficiario negli atti personalissimi ai soggetti in grado di «determinarsi autonomamente» collegando tale presupposto alla tipologia di statuto dettato dal giudice per la specifica amministrazione di sostegno.

Con particolare riferimento alla donazione occorre tener conto:

– che essa rientra comunque, per sua natura, fra gli atti di alienazione e, salvi casi eccezionali (donazione di modico valore di beni mobili, liberalità in occasione di servizi resi o in conformità agli usi, donazioni remuneratorie, altre spese non soggette a collazione ai sensi dell'art. 742 c.c.), è qualificabile atto di amministrazione straordinaria[42];

– del suo specifico "statuto normativo", più che della sua qualificazione come atto "personale" o "personalissimo".

Infatti, preso atto della giurisprudenza che afferma l'astratta capacità del beneficiario nel compimento di atti personali, come abbiamo visto per il matrimonio e come vedremo per il testamento ciascuno di questi atti personali presenta delle caratteristiche strutturali inderogabili che ne costituiscono altrettanti limiti anch'essi inderogabili.

Nella donazione l'elemento caratterizzante del quale occorre tenere conto *è lo spirito di liberalità che deve accompagnare il donante nell'atto di donazione e che deve presentare i requisiti della spontaneità ed attualità del comportamento* che genera l'impoverimento del patrimonio del donante e l'arricchimento di quello del donatario *e la relativa volontà che deve provenire dal donante*.

La Cassazione ha elaborato un concetto dello spirito di liberalità, necessario affinché un atto dispositivo sia qualificabile come donazione, così espresso:

– affinché la disposizione patrimoniale possa dirsi animata da "spirito di

---

tra i due soggetti, amministratore e beneficiato, sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza».

[42] Sull'aspetto che la donazione sia fisiologicamente (ad eccezione della donazione obbligatoria che è comunque atto di straordinaria amministrazione) atto di disposizione di bene del donante ha chiarito ogni dubbio la Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Archivio CED Cassazione*.

liberalità" deve essere «*effettuata a titolo di mera e spontanea elargizione*, fine a sé stessa»[43];
– ancora la Suprema Corte ha affermato che «In tema di donazione, lo spirito di liberalità che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario va ravvisato nella *consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale secondo un intento pienamente discrezionale*»[44].
Per la realizzazione *della funzione economico sociale della donazione sono pertanto necessarie la «spontaneità e la discrezionalità dell'attribuzione patrimoniale»*.
In particolare, nella citata sentenza della Cass. n. 8018/2012 viene posto in evidenza che la tipizzazione del contratto di donazione (artt. 769 ss. c.c.) impone una prospettiva di indagine che deve tendere ad una *verifica in concreto* della *sussistenza o meno della causa del contratto* e a tal fine *«lo spirito di liberalità che connota, in guisa di requisito genetico del contratto* (art. 1325 c.c.) l'incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio (art. 769 c.c.)» viene ravvisato *«nella consapevolezza del donante di attribuire al donatario un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale, secondo un intento pienamente discrezionale*».

Sulla rilevanza strutturale del requisito dello spirito di liberalità, poi, la Cassazione a sezioni unite nella decisione in data 15 marzo 2016, n. 5068 (decidendo sull'ipotesi di donazione di bene altrui) ha fornito indicazioni interessanti affermando che tale elemento assume rilievo causale e che una erronea convinzione del donante determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale e, quindi, la carenza della causa donativa con conseguente nullità del contratto ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il quale prevede l'*animus donandi* fra gli elementi causalmente rilevanti) e degli artt. 1325 e 1418 c.c.
La dimensione concreta di questo aspetto causale è data anche dall'art. 777 c.c. che dispone in materia di rappresentanza legale, ma soprattutto dall'art. 778 c.c. che fissa i limiti della rappresentanza volontaria.
A parere di chi scrive non può dirsi che la donazione sia in assoluto un negozio che non ammette rappresentanza (come invece è per il matrimonio e

[43] Cass., sez. II, 28 agosto 2008, n. 21781, in *Archivio CED Cassazione* secondo cui «Affinché un atto dispositivo possa qualificarsi come donazione non è sufficiente che il medesimo sia compiuto a titolo gratuito, ma occorre anche che la disposizione patrimoniale sia animata da "spirito di liberalità", ossia effettuata a titolo di mera e spontanea elargizione, fine a sé stessa».
[44] Così Cass., sez. II, 21 maggio 2012, n. 8018, in *Archivio CED Cassazione*.

per il testamento) ma il quadro normativo che la regola porta a ritenere che la rappresentanza, nei limiti in cui è ammessa, è strettamente legata alla volontà di donare del soggetto espressa, quanto alla rappresentanza volontaria, in un mandato specialissimo (art. 778 c.c.) o presunta nel caso dell'art. 777 comma 2 c.c.

Chi nega la possibilità di sostituzione della volontà del donante da parte di terzi invoca, in particolare, la norma contenuta nell'art. 777 comma 1 c.c.

Forse il quadro normativo, nel suo complesso, può essere letto nel modo seguente:

– la donazione non può prescindere dalla *volontà spontanea e discrezionale* proveniente direttamente dal donante;

– è un negozio che ammette la rappresentanza volontaria strettamente «governata» dalla volontà del donante;

– è un negozio che ammette anche la rappresentanza legale in particolari situazioni in cui si «presume» l'esistenza di tale volontà del donante (art. 777 comma 2 c.c.). In tal caso è prevista l'autorizzazione giudiziale, quindi è prevista la rappresentanza legale autorizzata;

– è un negozio che ammette l'assistenza quando il donante abbia un adeguato grado di capacità, in tal senso depone il rinvio agli artt. 165 e 166 c.c. contenuto nell'art. 774 comma 2 c.c.

Anche in questo contesto l'amministrazione di sostegno evidenzia la sua peculiarità in quanto la sua duttilità, la presunzione di capacità del beneficiario negli ambiti non limitati dal giudice con il decreto di nomina, o una sua modifica, e l'assenza di uno statuto legale impongono di ragionare in modo flessibile sul quadro normativo evidenziato.

Si tratta di verificare se e come quella limitata possibilità di rappresentanza o assistenza da parte del legale rappresentante possa essere applicata all'amministrazione di sostegno, sempre sul presupposto della necessaria capacità in capo al beneficiario-donante e tenuto conto che accertare lo spirito di liberalità in capo al donante stesso al momento della donazione significa accertare un elemento di validità della donazione nel senso che la eventuale mancanza determinerebbe, non l'annullabilità, bensì la nullità del contratto per mancanza di un elemento essenziale.

L'esposto quadro normativo, pertanto, così come si propone di leggerlo potrebbe portare, in assoluto, a non escludere la possibilità di una rappresentanza o di una assistenza, sempre che la volontà di donare e il connesso spirito liberale provengano dal donante.

Tale ricostruzione impone però valutazioni:

– sul contenuto del decreto di nomina, o di una sua modifica, funzionale a regolare la capacità di donare del singolo beneficiario della misura di protezione;
– sul tipo di controllo che il giudice è chiamato a svolgere in sede di autorizzazione dello specifico atto di donazione, qualora debba essere compiuto dal beneficiario con l'assistenza dell'amministratore o dall'amministratore in rappresentanza del beneficiario.

Sul primo punto che riguarda l'aspetto più generale della capacità, e dei suoi limiti, pare opportuno, alla luce dell'interpretazione che si è consolidata e che riconosce al beneficiario la capacità di donare in assenza di limiti, che il giudice compia una valutazione al riguardo e conformi il decreto di nomina specificando se in astratto il beneficiario è ritenuto, in quel momento, capace di donare, salve successive modifiche, anche d'ufficio, del decreto stesso.

Per le caratteristiche dell'atto di donazione, ed in particolare in considerazione dell'atteggiarsi dell'*animus donandi* che deve essere relativo ad un certo determinato atto donativo (come emerge con chiarezza dall'art. 778 c.c.) paiono condivisibili i dubbi, espressi anche nel citato studio del Notariato, circa una previsione inserita nel decreto di apertura che preveda in maniera generalizzata che per tutti gli atti di donazione occorra la rappresentanza esclusiva dell'amministratore o la necessaria assistenza.

La rappresentanza o l'assistenza potrà essere disposta dal giudice in singole ipotesi in cui tali strumenti risultino necessari per colmare una «debolezza» del beneficiario che sia ritenuto, in astratto, capace di donare.

Nel silenzio del decreto di nomina occorrerà compiere una valutazione complessiva del contenuto del decreto stesso ricavando le regole di capacità eventualmente applicabili all'atto di donazione fra quelle dettate per altre categorie di atti, in particolare per gli atti dispositivi e gli atti di straordinaria amministrazione.

L'operazione diventa delicata e impone comunque una valutazione circa la astratta capacità di donare del beneficiario qualora dal decreto risulti comunque una limitazione della capacità di disporre; circostanza che fa tuttora propendere parte della dottrina per l'applicazione del divieto posto dall'art. 774 c.c.

L'interpretazione accolta dalla Cassazione nella citata Ordinanza n. 6079/2020 porterebbe ad affermare che tale capacità del beneficiario manca in ipotesi di amministrazione di sostegno c.d. «sostitutiva» o «mista», che presenterebbe caratteristiche affini alla tutela in quanto l'amministrato, pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici, non sarebbe comunque in grado di determinarsi autonomamente mentre permane in capo al beneficiario in caso di amministrazione puramente di assistenza.

Tale conclusione raggiunta dalla Suprema Corte con specifico riguardo al

testamento si ritiene che, a maggior ragione, valga per la donazione considerato che il testamento non è vietato all'inabilitato mentre la donazione, alla luce del disposto dell'art. 774 c.c., deve ritenersi vietata all'inabilitato, salve le eccezioni previste dalla norma stessa. La diversa disciplina è, evidentemente, giustificata anche dai diversi effetti dei due negozi l'uno, il testamento, senza effetti di depauperamento del patrimonio, l'altra, la donazione, con effetti di depauperamento del patrimonio del donante.

Pertanto, nel caso di amministrazione puramente di assistenza, mentre deve ammettersi la capacità del beneficiario di fare testamento, dovrà compiersi apposita valutazione in relazione alla capacità di donare.

Sul secondo aspetto la verifica che compete al giudice in sede di autorizzazione del singolo atto di donazione (naturalmente quando venga compiuto dall'amministratore rappresentante o assistente in quanto se viene compiuto dal solo beneficiario non necessita di autorizzazione), non riguarderà la convenienza dell'atto, che di per sé non può ricorrere almeno in senso economico, tenuto conto che nella donazione le motivazioni sottese al negozio non sono di convenienza ma sono personali e non vagliabili da un soggetto terzo.

La valutazione del giudice riguarderà la *persistente capacità e la autonoma, attuale volontà di donare del beneficiario* nonché l'assenza di pregiudizio per la tutela degli interessi personali e patrimoniali dello stesso[45] ed inoltre l'opportunità che (o la ragione per cui) il beneficiario venga assistito o rappresentato nel compimento dell'atto.

Al giudice, in altre parole, è demandata quella funzione di verifica della volontà che compie il notaio quando deve ricevere una donazione, o quando riceve una procura, specialissima nei limiti dell'art. 778 c.c., a donare.

Per esemplificare nell'amministrazione di sostegno potrà accadere:

1) che dal decreto di nomina, o una sua modifica, risulti l'astratta capacità del beneficiario di donare, o nulla dica il decreto ma non risultino limitazioni per il compimento degli atti dispositivi da parte dell'amministrato; è l'ipotesi cd. di legittimazione concorrente.

Peraltro è un'ipotesi spesso esaminata dalla dottrina e, alla luce della citata Ordinanza della Cass. n. 6079/2020, pare l'unica possibile parlando di rappresentanza in quanto dovrebbe escludersi la capacità del beneficiario in presenza di amministrazione sostitutiva o mista.

In tal caso non occorrerà autorizzazione giudiziale se la donazione sia compiuta

[45] Così Tribunale La Spezia, decreto 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, 77 ss. con commento di G. Donadio.

direttamente dal beneficiario stesso, e il necessario adeguamento della volontà nonché la verifica della persistente capacità in capo ad esso competerà al notaio rogante.

Se invece l'atto deve essere compiuto dall'amministratore di sostegno in rappresentanza del beneficiario occorrerà una verifica circa la persistenza della capacità in capo al beneficiario e la verifica di una espressa autonoma volontà di donare, che non può mancare neppure in ipotesi di rappresentanza. Questa si ritiene sia la verifica che compete al giudice in sede di autorizzazione, oltre alla verifica dell'opportunità che (o della ragione per cui) il beneficiario deve essere rappresentato nel compimento dell'atto.

Questi aspetti sarà opportuno che emergano dal decreto autorizzativo e saranno oggetto di valutazione anche da parte del notaio rogante alla luce del contenuto del decreto di nomina;

2) che il decreto di nomina preveda una amministrazione puramente di assistenza, ipotesi che in base alla più volte citata interpretazione fornita dalla Cassazione con Ordinanza n. 6079/2020 non pregiudicherebbe in astratto la capacità di donare del beneficiario, e venga richiesta l'autorizzazione a donare con la assistenza necessaria dell'amministratore. In tal caso competerà al giudice in sede di autorizzazione la verifica circa la persistenza della capacità in capo al beneficiario e la preventiva verifica di una autonoma volontà del beneficiario stesso di donare, oltre alla verifica dell'opportunità che (o della ragione per cui) il beneficiario debba essere assistito nel compimento dell'atto. La stessa verifica della capacità e volontà di donare da parte del beneficiario competerà, poi, al notaio rogante al momento della donazione.

Da quanto esposto pare emergere che ciò che, in generale, non può mancare nel rilascio delle autorizzazioni a donare è la verifica della persistente capacità e della espressa, autonoma ed attuale volontà di donare del beneficiario qualificata dai requisiti della spontaneità ed attualità del comportamento che genera l'impoverimento del patrimonio del donante e l'arricchimento di quello del donatario.

Le medesime valutazioni si ritiene che debbano essere compiute per le liberalità indirette disposte dal beneficiario.

In questo ambito, dove vige il principio di libertà di forma[46] e quindi c'è minore controllo anche da parte del notaio (si pensi all'adempimento del terzo o alla

[46] Sulle tipologie di liberalità indirette è intervenuta la Cass., sez. un., 27 luglio 20173, n. 18725, in *Archivio CED Cassazione*. Sull'argomento M.L. CENNI, *Liberalità indirette e collegamento negoziale: fattispecie e casi*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, 2017, 170 ss.

cointestazione di conti o titoli) diventa ancora più importante il contenuto del decreto a tutela del beneficiario al fine di evitare che l'assenza di indicazioni, magari in un'ipotesi di amministrazione di assistenza, induca a confidare su una generale capacità di donare del beneficiario.

4. La capacità di testare

I presupposti generali in relazione alla capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno sono i medesimi già esposti ed espressi dalla Cassazione (con le citate ordinanze n. 6079/2020, n. 18042/2020 e n. 12460/2018) e dalla Corte costituzionale (nella citata decisione n. 114/2019) per il matrimonio e per la donazione.

In particolare, il principio è quello secondo cui «in tema di amministrazione di sostegno, il giudice tutelare può prevedere d'ufficio, *ex* art. 405 c.c. comma 5 nn. 3 e 4 e art. 407 c.c. comma 4 sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà, essendo tuttavia esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità».

Deve, pertanto, riconoscersi al beneficiario di amministrazione di sostegno capacità di disporre mortis causa fatta salva, appunto, l'ipotesi in cui il giudice tutelare abbia ritenuto di estendere, nei suoi confronti, l'incapacità di testare prevista dall'art. 591 n. 2, capoverso del codice civile per l'interdetto.

A tale conclusione conduce la affermata tassatività dell'elencazione dei casi di incapacità di testare enunciati dall'art. 591 c.c., da un lato, e la prospettiva secondo cui nell'amministrazione di sostegno la regola è la capacità e l'incapacità l'eccezione ed il beneficiario di amministrazione di sostegno, al di fuori degli atti che richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno «conserva» la capacità di agire per tutti gli altri atti (art. 409, primo comma c.c.).

Resta tuttavia la distinzione operata dalla recente, e più volte citata, Ordinanza della Cassazione n. 6079/2020, che decide proprio in materia testamentaria, fra amministrazione "*sostitutiva o mista*", da un lato, che presentando caratteristiche affini alla tutela presupporrebbe l'incapacità di autodeterminarsi autonomamente e *«l'amministrazione puramente di assistenza»*, dall'altro, che avvicinandosi alla curatela non priverebbe l'amministrato della capacità di testare.

Riguardo al negozio testamentario vi sono due aspetti peculiari da considerare:
a) quello relativo alla stretta personalità del testamento e alla manifestazione della volontà testamentaria, caratterizzata dalla necessaria *tipicità delle forme* previste e disciplinate, con riferimento in particolare ai testamenti ordinari, dagli art. da 601 a 608 c.c. e, quanto al testamento pubblico, anche dalla legge notarile; forme tutte che escludono qualsiasi forma di assistenza o rappresentanza[47].
Pertanto, così come per l'inabilitato, anche in ipotesi di amministrazione puramente di assistenza il beneficiario dovrà possedere la necessaria capacità ed a lui solo spetta l'esercizio in sé del potere di testare, senza l'assistenza dell'amministratore e senza necessità di autorizzazioni;
b) la «consistenza» che deve avere l'incapacità ai fini dell'invalidità del testamento, che dovrebbe essere la medesima che induce il giudice ad estendere al beneficiario l'incapacità di testare.
Si può anticipare che, nell'orientamento consolidato della Cassazione, la capacità di disporre per testamento è una capacità di grado diverso e minore rispetto a quella richiesta per donare. Ciò è comprensibile alla luce dei diversi effetti dei due negozi l'uno, la donazione, di immediato depauperamento del patrimonio l'altro, il testamento, che comunque non può nuocere al patrimonio del testatore, ed è confermato dalla diversa disciplina dettata per ciascuno dei due istituti a fronte di donanti o testatori incapaci.

a) La forma dei testamenti.
Con particolare riferimento ai testamenti ordinari (artt. da 601 a 608 c.c.) le forme sono unicamente:
a.1) il testamento olografo. È una forma accessibile solo a chi sa leggere e scrivere.
La giurisprudenza della Cassazione al riguardo ha, peraltro, elaborato un orientamento molto rigoroso riguardo alla olografia ed autografia nel senso di ritenere *ad esempio*:
– che «La guida della mano del testatore da parte di una terza persona esclude, di per sé, il requisito dell'autografia, indispensabile per la validità del testamento olografo, *a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda rispetto alla volontà del testatore* ed essendo ultroneo verificare

[47] È interessante il caso esaminato dalla Cassazione con Ordinanza interlocutoria n. 7194 in data 15 marzo 2021 relativo ad una amministrazione di assistenza in cui il decreto di nomina richiede ai fini della validità del testamento l'integrazione della volontà dell'amministrata con il consenso scritto dell'amministratore, con la precisazione che tale consenso non serviva per l'esercizio in sé del potere di testare, ma rispetto alla materiale stesura delle singole disposizioni di ultima volontà.

se la "mano guidante" sia intervenuta (come nella specie) su tutta la scheda testamentaria o se la parte non interessata dal suo intervento rappresenti una compiuta manifestazione di volontà ...»[48];
– che «La validità del testamento olografo esige, ai sensi dell'art. 602 c.c. l'autografia della sottoscrizione, della data e del testo del documento, *essendo sufficiente ad escluderla ogni intervento di terzi, indipendentemente dal tipo e dall'entità, anche se il terzo abbia scritto una sola parola durante la confezione del testamento* (nella specie, la parola "lasciare", in sostituzione della parola cancellata "donare") senza che assuma rilievo peraltro, l'importanza sostanziale della parte eterografa ai fini della nullità dell'intero testamento»[49];
– che «In tema di nullità del testamento olografo, la finalità del requisito della sottoscrizione, previsto dall'art. 602 c.c. distintamente dall'autografia delle disposizioni in esso contenute, ha la finalità di soddisfare l'imprescindibile esigenza di avere l'assoluta certezza non solo della loro riferibilità al testatore, già assicurata dall'olografia, ma anche dell'inequivocabile paternità e responsabilità del medesimo che, dopo avere redatto il testamento anche in tempi diversi abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento, onde l'accertata apocrifia della sottoscrizione esclude in radice la riconducibilità dell'atto di ultima volontà al testatore»[50].
Può pertanto concludersi che nessun intervento di terzi è ammesso in questa forma di testamento con esclusione in radice di ogni intervento, anche di assistenza, nella sua redazione e nella conseguente manifestazione della volontà che deve provenire direttamente ed unicamente dalla "mano" del testatore.

a.2) Il testamento segreto. È una forma di testamento inaccessibile a chi non sa leggere ma accessibile a chi non sa scrivere o non può sottoscrivere, in quanto tali requisiti sono sostituiti da altre forme di garanzia della volontà testamentaria al momento della consegna del testamento segreto, e relativo atto di ricevimento, da parte del notaio.
La consegna deve essere fatta *personalmente dal testatore*. Quindi possono esservi interventi di terzi nella fase della scrittura del testamento ma non nella fase finale di consegna del testamento al notaio *che è la fase che qualifica la capacità, la volontà e la personalità del testamento e nella quale non è ammessa rappresentanza né assistenza*.
a.3) infine c'è il testamento pubblico che è una forma di testamento accessibile a tutte le persone capaci, anche se non sanno leggere e scrivere, se non possono

[48] Così Cass., ord. 6 novembre 2013, n. 24882, in *Archivio CED Cassazione*.
[49] Così Cass., 10 settembre 2013, n. 20703, in *Archivio CED Cassazione*.
[50] Così Cass., ord. 27 luglio 2017, n. 18616, in *Archivio CED Cassazione*.

sottoscrivere, se non conoscono la lingua o se sono impediti a comunicare nelle normali forme della parola o della scrittura (ad esempio muti, sordi o sordomuti, non vedenti che sanno o non sanno leggere o scrivere e che possono o non possono sottoscrivere) essendo previste forme di assistenza mediante l'intervento di un interprete o di un assistente (per il non vedente) che funge da mero «mezzo» per comunicare fra notaio e testatore e per riportare al notaio *le volontà comunque espresse personalmente dal testatore*.

Nessuna forma di assistenza o rappresentanza è però ammessa per la manifestazione della volontà testamentaria.

b) Il secondo aspetto è quello della verifica della capacità del testatore, compresa la capacità naturale ai sensi dell'art. 591 n. 3 c.c.

Come già detto si può ritenere acquisito il principio secondo cui salva espressa estensione, nel decreto di nomina o in una sua modifica, del divieto di cui al 591 n. 2 c.c., il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la capacità di disporre per testamento.

Come più volte rammentato, secondo l'interpretazione della Cassazione con ordinanza n. 6079/2020, tale principio troverebbe un limite nella forma della amministrazione c.d. "sostitutiva" o "mista".

Anche in assenza dell'estensione della incapacità di testare ed in presenza di una amministrazione puramente di assistenza sarà necessaria la verifica, consueta, della capacità naturale del beneficiario.

Nel testamento pubblico e nell'atto di consegna del testamento segreto, che per tale forma di testamento rappresenta il momento rilevante, tale verifica viene svolta dal notaio.

Nel testamento olografo la verifica della capacità del testatore al momento della redazione del testamento è spesso affidata a successive impugnative, purtroppo frequenti, del testamento stesso[51].

Al momento dell'apertura dell'amministrazione di sostegno tale verifica verrà compiuta dal giudice tutelare al fine di valutare la necessità di estendere, nel caso concreto, al beneficiario l'incapacità di cui al già citato art. 591 n. 2 c.c.

Riguardo alla capacità naturale l'orientamento ampiamente consolidato nella giurisprudenza della Cassazione è nel senso di assicurare massima tutela alla volontà testamentaria.

La Suprema Corte, infatti, quanto *alla "consistenza" che deve avere l'incapacità ai fini dell'invalidità dell'atto, afferma*:

– «che l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del "*de*

[51] È il caso affrontato anche da Cass. n. 6079/2020, cit.

cuius", bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto s*ia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi* (in senso conforme si veda anche Cass n. 27351/2014; Cass. n. 9081/2010)»[52].

Dal confronto fra questa interpretazione e l'interpretazione che si è consolidata nella giurisprudenza di legittimità riguardo alla rilevanza dei vizi della volontà nel testamento, si coglie l'interesse alla "tutela della volontà" in materia testamentaria, infatti:

– in materia di vizi, dove la loro presenza "incide" in modo deviante sulla volontà, l'interpretazione è restrittiva, nel senso che viene data rilevanza anche ad ipotesi di minor incidenza del vizio;

– in materia di incapacità naturale, dove si cerca di preservare la volontà testamentaria, l'interpretazione è estensiva (della capacità).

Questo è un elemento di distinzione importante in relazione al grado di capacità richiesto, e quindi oggetto di verifica da parte del notaio e del giudice, fra il testamento e la donazione.

L'*animus donandi*, infatti, richiede un maggior grado di consapevolezza ed una volontà maggiormente indirizzata, anche in considerazione della diversa incidenza dei due atti sul patrimonio dell'amministrato.

Ciò emerge anche dalla diversa disciplina normativa, ed in particolare dall'art. 591, da un lato, e dagli artt. 774, 775 e 776 c.c. dall'altro.

L'art. 591 c.c. infatti vieta il testamento solo agli interdetti e ai minori di età conservando capacità all'inabilitato, che pure non ha la «piena capacità di disporre dei propri beni», salva la verifica della sua capacità naturale.

Gli artt. 774 775 e 776 c.c. invece vietano la donazione a minori, interdetti e inabilitati ampliando, peraltro, lo spazio temporale per l'impugnativa della donazione fatta dall'inabilitato.

---

[52] In questo senso Cass., sez. VI – II, ord., 19 febbraio 2018, n. 3934, in *Archivio CED Cassazione,* secondo cui «In tema di annullamento del testamento, l'incapacità naturale del testatore postula la esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del "*de cuius*", bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi; peraltro, poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo». Così anche nella motivazione della ordinanza della Cass., 28 agosto 2020, n. 18042, in *Archivio CED Cassazione*.

Ciò porta a concludere che la valutazione della capacità del beneficiario compiuta dal giudice nel decreto di nomina o in una sua modifica in relazione alla capacità del beneficiario potrà essere diversa in relazione al testamento, alla donazione e al matrimonio.
Resta sempre la distinzione operata da Cass. n. 6079/2020 fra amministrazione sostitutiva o mista e amministrazione di pura assistenza che pare escludere la capacità di testare (e a maggior ragione come detto di donare) nel primo caso.
Quindi per il notaio che si trovi a valutare la capacità dell'amministrato di testare:
1) nel silenzio del decreto, occorre che, via generale, verifichi il tipo di amministrazione disposta con il decreto stesso, e quindi:
– se qualificabile come sostitutiva o mista, in base all'orientamento della Suprema Corte, presenterebbe caratteristiche affini alla tutela, con conseguente incapacità di testare, sempre salva una ulteriore valutazione del giudice ed una modifica del decreto stesso;
– se qualificabile come amministrazione di mera assistenza, o qualora il decreto preveda una rappresentanza concorrente, dovrà riconoscersi in capo al beneficiario l'astratta capacità di testare, salva la valutazione della capacità naturale al momento del testamento;

2) qualora il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, o una sua modifica, riconoscano espressamente in capo al beneficiario la capacità di testare resterà la consueta valutazione circa la sua capacità naturale.

5. Le procure

Alcuni brevi accenni alle procure rilasciate dall'amministrato o all'amministrato o dall'amministratore.
Gli aspetti, di evidente rilevanza pratica, cui accennare sono i seguenti:
1) la sorte delle procure rilasciate *dal* beneficiario di amministrazione di sostegno prima dell'apertura della misura;
2) la sorte delle procure rilasciate *al* beneficiario di amministrazione di sostegno prima dell'apertura della misura;
3) il rilascio di procura da parte dell'amministratore di sostegno;
4) la capacità del beneficiario di rilasciare procure dopo l'apertura della misura.

1) La sorte delle procure precedentemente rilasciate dal beneficiario: ipotesi del beneficiario rappresentato.
La sorte delle procure precedentemente rilasciate dal soggetto al quale poi

viene nominato un amministratore di sostegno è questione aperta e con riflessi importanti nell'attività notarile.
Le norme da tener presenti, a parere di chi scrive, sono:
– l'articolo 1722, n. 4 c.c., che prevede l'estinzione del mandato per il sopraggiungere di una pronuncia di interdizione o inabilitazione del mandante;
– l'articolo 1389 comma 1, parte finale, c.c. che dispone che per la validità del contratto deve essere «legalmente capace il rappresentato» e stessa norma, comma 2, che dispone che «In ogni caso per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato».
Sul punto si sono sviluppati diversi orientamenti dottrinali (e della giurisprudenza di merito) che, in massima sintesi, possono individuarsi:
– in un primo orientamento secondo cui l'efficacia del mandato non si estingue in caso di nomina di un amministratore di sostegno al soggetto rappresentato[53]. Anzi, proprio la presenza di un preesistente mandato, spingerebbe a ritenere superflua ed ultronea la nomina di un amministratore di sostegno, non potendo «il giudice tutelare sovrapporre un proprio provvedimento alla volontà liberamente e consapevolmente già espressa, nelle forme rituali, dall'inabile»[54];
– un secondo orientamento che sostiene l'ultrattività del mandato, e della procura generale, quale elemento concorrente con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Pertanto, in tale prospettiva la procura già rilasciata, nel caso che il giudice non abbia esteso al beneficiario l'estinzione di cui all'art. 1722 n. 4 c.c., subirebbe un restringimento agli atti non affidati all'amministratore; cioè agli atti nei quali l'amministrato conserva capacità senza rappresentanza o assistenza necessaria[55];
– la tesi della estinzione del mandato, e della procura generale, se disposta dal giudice tutelare nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Secondo tale corrente di pensiero il giudice tutelare, ai sensi dell'art. 411 c.c. e richiamandosi al combinato disposto di cui agli artt. 1396 comma 2 e 1722 n. 4 c. c. ha il potere di estinguere, a seguito di una valutazione in concreto delle condizioni personali del soggetto delegante, il potere di rappresentanza conferito con procura generale.

[53] M. GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ*., 2019.
[54] Così Trib. Modena, 28 dicembre 2008, in *Dir. fam*., 2009, 2, 699, nello stesso senso la decisione del Tribunale Vercelli, 16 ottobre 2015, in *Fam. dir*., 2016, 177 ss. con nota di G. BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno. In soccorso, può intervenire il mandato*.
[55] In questo senso il decreto del Tribunale di Novara, 4 agosto 2016, in *CNN Notizie*, 21 ottobre 2016 con nota di A. MUSTO, *Sulla sorte della procura generale preesistente al provvedimento di nomina di un amministratore di sostegno: il decreto del Tribunale di Novara, 4 agosto 2016*.

Alla luce della lettura combinata delle soprariportate norme, e sempre nel solco dell'interpretazione secondo cui le specifiche norme del codice civile dettate per gli interdetti e gli inabilitati non sono suscettibili di estensione analogica al beneficiario di amministrazione di sostegno, pare potersi ritenere che in caso di mancata estensione della previsione di cui all'articolo 1722, n. 4 c.c. la causa di estinzione del mandato (e quindi della procura) prevista in tale norma non operi automaticamente per l'amministrato.

Per la validità del contratto però dovrebbe valutarsi, ai sensi dell'art. 1389 comma 1 fine c.c. se nel caso concreto, e per quello specifico atto per il quale la procura deve essere utilizzata, sia conservata dal decreto in capo all'amministrato la capacità legale.

Infatti, il combinato disposto dell'art. 409 comma 1 c.c. e dell'art. 1389 comma 1 c.c. sembrano condurre alla seguente conclusione «poiché per gli atti che richiedono rappresentanza od assistenza il beneficiario *non* conserva la capacità, tali atti se compiuti dal suo rappresentante volontario non sono validi ai sensi dell'art. 1389 c.c.». La sanzione è quella della «inefficacia».

Portato sul fronte dell'art. 1722, n. 4 c.c. è il concetto espresso dal Tribunale di Novara nel citato decreto 4 agosto 2016 il quale ritiene che negli ambiti in cui il beneficiario non conserva la capacità, poiché è prevista rappresentanza o assistenza, deve ritenersi applicabile l'estinzione di cui all'art. 1722 n. 4 c.c.

È evidente in questo contesto normativo l'opportunità che in sede di nomina il giudice si faccia carico, in astratto, della sorte delle procure rilasciate dal beneficiario e che ponga a carico dell'amministratore di sostegno l'onere di avvertire il mandatario.

In assenza di conoscenza del mandatario, infatti, opera la previsione di validità nei confronti del mandante, e dei suoi eredi, dell'atto compiuto dal mandatario ai sensi dell'art. 1729 c.c.

Nei confronti dei terzi, poi, opera il principio di cui all'art. 1396 comma 2 c.c. secondo cui le cause di estinzione del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

Quindi apposite previsioni, anche di comunicazione, inserite nel decreto di nomina possono considerarsi misure a tutela del beneficiario.

2) La sorte delle procure precedentemente rilasciate al beneficiario: ipotesi del beneficiario rappresentante.

Le norme da prendere in considerazione sono le medesime, e cioè:

– l'art. 1722 n. 4 c.c. che prevede l'estinzione del mandato per interdizione o inabilitazione del mandatario. Per l'amministrazione di sostegno l'interpretazione è la stessa data per il caso del beneficiario mandante, e cioè che in caso di mancata estensione della previsione di cui all'articolo 1722, n.

4 c.c. tale causa di estinzione non opera automaticamente per l'amministrato;
– l'art. 1389 comma 1 c.c. che pone, invece, un diverso criterio di capacità in capo al rappresentante. Tale norma infatti richiede in capo al rappresentante la capacità di intendere e di volere, purché al momento del compimento dell'atto sia legalmente capace il rappresentato.
Anche questa ipotesi è opportuno che venga regolata nel decreto di nomina altrimenti può accadere, riguardo al beneficiario, che le procure, da lui rilasciate si estinguano, totalmente o in parte, in quanto per quegli atti deve essere rappresentato o assistito ma lui stesso possa, in astratto, continuare a rappresentare altri per gli stessi atti in virtù di procure a lui rilasciate.
Inoltre l'estensione della causa di estinzione di cui all'art. 1722 n. 4 impone all'amministratore di sostegno la comunicazione al mandante di cui all'art. 1728 comma 2 c.c.
3) Il rilascio di procura da parte dell'amministratore di sostegno.
Questo aspetto riguarda la più generale materia della sostituzione nell'attività giuridica del rappresentante legale, sulla quale va rilevato che «La questione se il rappresentante legale possa conferire a terzi mandato (o procura) ad amministrare i beni dell'incapace ha avuto in dottrina e giurisprudenza tutte le soluzioni possibili»[56].
La giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 14 marzo 2013) ha affermato che i compiti propri dell'amministratore di sostegno «non sono delegabili ad altro, o ad altri, soggetti mediante procura generale, in quanto una tale circostanza vanificherebbe la scelta operata dal giudice tutelare nella individuazione della persona più idonea a curare la persona e gli interessi del beneficiario».
Diversa è tuttavia l'opinione riguardo al conferimento di una procura speciale, limitata al compimento di affari determinati.
Anche in questo caso tuttavia occorre tener conto del contenuto del decreto di nomina. Considerato che il mandato speciale (con rappresentanza) può essere atto di ordinaria o straordinaria amministrazione a seconda del negozio che il mandatario deve compiere ne consegue che il rappresentante legale potrà, senza autorizzazione, conferire mandato con rappresentanza a compiere singoli atti di ordinaria amministrazione, mentre per il mandato a compiere atti di straordinaria amministrazione, o comunque atti che in base al decreto di nomina richiedano loro stessi l'autorizzazione del giudice, sarà necessaria l'autorizzazione anche per il rilascio della procura.

[56] La citazione è contenuta nella risposta a quesito n. 76-2020/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato in data 15 luglio 2020 a firma A. MUSTO e F. TRESCA, *Rilascio di procura speciale da parte dell'amministratore di sostegno,* con la bibliografia ivi citata.

Pare, quindi, condivisibile l'impostazione, peraltro espressa dall'Ufficio Studi nella citata risposta a quesito, che laddove si ritenga di conferire, secondo un criterio di opportunità e convenienza, un mandato speciale, esso deve essere autorizzato dal giudice se ha per oggetto il compimento di atti di straordinaria amministrazione, ferma restando la responsabilità personale del titolare dell'ufficio, in considerazione del richiamo contenuto nell'art. 411, primo comma, c.c. all'art. 379 c.c.

4) La capacità del beneficiario di rilasciare procure.

Resta l'ultimo punto che riguarda la capacità del beneficiario di rilasciare procure.

Essendo la procura un atto di «secondo grado» rispetto al negozio gestorio non può negarsi tale capacità negli ambiti dei corrispondenti negozi per i quali il beneficiario conserva capacità, e cioè per gli atti nei quali il decreto non prevede rappresentanza o assistenza obbligatoria.

6. La pubblicità

Un brevissimo cenno finale al regime di pubblicità previsto per la misura di protezione in esame.

Da quanto esposto emerge la peculiarità dell'amministrazione di sostegno connotata dalla duttilità, tendente a valorizzare le residue capacità del soggetto debole, e dall'assenza dell'inflessibile regime giuridico che caratterizza le coesistenti misure della inabilitazione e della interdizione.

I limiti di capacità-incapacità dell'amministrato sono dettati, non dalla legge, ma dal decreto di nomina sempre modificabile o integrabile dal giudice, anche d'ufficio.

Si comprende quindi l'importanza di poter avere esatta e completa conoscenza dei provvedimenti del giudice che regolano la singola misura di protezione.

Sotto questo profilo gli strumenti di pubblicità appaiono inadeguati.

L'art. 405 c.c., in particolare i commi 7 e 8, prevedono:

– l'annotazione a margine dell'atto di nascita del beneficiario *del solo decreto di apertura e del decreto di chiusura della procedura* (art. 405, comma 8 c.c., le annotazioni negli atti di nascita sono previste dall'art. 49 d.P.R. n. 296 del 2000). Quella nei registri dello stato civile è la pubblicità con efficacia dichiarativa che rende opponibili ai terzi gli atti ed i provvedimenti in essi iscritti, trascritti o annotati. In particolare gli atti di nascita rendono opponibili ai terzi gli atti e provvedimenti che incidono sullo *status* della persona. I registri

dello stato civile sono "registri pubblici", ai sensi dell'art. 450 comma 1 c.c., e delle loro risultanze l'ufficiale dello stato civile deve rilasciare gli estratti e i certificati (art. 405, comma 2 c.c.). Dall'atto di nascita del beneficiario, pertanto, risulteranno solo le annotazioni predette. Le evidenziate caratteristiche di duttilità e personalizzazione tipiche dell'amministrazione di sostegno rendono insufficienti tali annotazioni al fine di raggiungere compiuta conoscenza dei provvedimenti che conformano la capacità del beneficiario;

– l'annotazione nell'apposito registro delle Amministrazioni di sostegno (art. 405, comma 7 c.c.), previsto dall'art. 47 delle disposizioni di attuazione al codice civile come sostituito dall'art. 14 della legge n. 6 del 2004. Tale registro, tenuto dalla Cancelleria del Tribunale è stato approvato con decreto del Ministro della giustizia del 12 marzo 2004, pubblicato sulla G.U. n. 65 del 18 marzo 2004.

È un registro organizzato per "colonne" nel quale vengono annotati tutti i dati e i provvedimenti relativi alla singola amministrazione di sostegno. In particolare nella "colonna 5" è prevista l'annotazione di tutti i provvedimenti che «modificano o integrano le decisioni assunte dal giudice tutelare con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno» (in conformità al disposto dell'art. 405, comma 7 c.c.). Nel suo complesso tale registro contiene, in maniera completa e dettagliata, tutte le notizie relative a quella singola procedura.

È quindi uno strumento (anzi, l'unico strumento) idoneo a dare una completa ed adeguata conoscenza dei provvedimenti che regolano la procedura. *Non* è pubblico, di esso non si può prendere visione e, tantomeno, possano essere richieste certificazioni o copie o estratti;

– infine è prevista l'annotazione nel casellario giudiziale. L'art. 18 della legge n. 6 del 2004 prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale dei «decreti che istituiscono, modificano o revocano l'amministrazione di sostegno» differenziando le iscrizioni menzionabili nel certificato generale, nel certificato penale e nel certificato civile. Su questi aspetti sono, poi, intervenute le istruzioni del Dipartimento per gli affari di giustizia con circolare prot. n. 3377 in data 10 giugno 2004 in base alle quali sono iscrivibili i decreti di apertura, cessazione, proroga e chiusura dell'amministrazione di sostegno. Anche tale strumento non fornisce, pertanto, informazione completa dei provvedimenti del giudice che incidono sulla capacità dell'amministrato ed inoltre le relative certificazioni possono essere rilasciate all'interessato ed agli altri soggetti, e nei soli casi, previsti dagli artt. 21 ss. del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313. Non può quindi ritenersi uno strumento di pubblicità.

Da questo schematico quadro emerge l'inadeguatezza dei sistemi di pubblicità previsti, in quanto l'unico strumento contenente tutte le necessarie informazioni

per l'adeguata conoscenza degli atti del procedimento e, conseguentemente, della capacità del beneficiario è il Registro delle amministrazioni di sostegno che non è pubblico e non è elevato a strumento di pubblicità.
Vista la peculiarità dell'amministrazione di sostegno occorreva, forse, prevedere l'annotazione negli atti di nascita del beneficiario anche dei provvedimenti di modifica del decreto di nomina oppure elevare il Registro delle amministrazioni di sostegno a registro pubblico e strumento di opponibilità ai terzi.
Va infine rilevata la mancanza di qualsiasi forma di pubblicità per gli atti di designazione dell'amministratore di sostegno di cui all'art. 408 c.c.

Il ruolo dell'amministratore di sostegno nel percorso terapeutico e nelle scelte di "fine vita" del beneficiario

Francesco Cortesi
Giudice del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione
Assistente di studio presso la Corte Costituzionale

Lo studio trae origine da una recente decisione della Corte Costituzionale inerente all'applicazione della disciplina del consenso informato relativo alle terapie cd. di "fine vita" nei confronti di persone munite di un amministratore di sostegno. L'autore prende le mosse dalla disamina della legislazione nazionale vigente, per poi approfondire il tema della relazione fra medico e paziente; quindi esamina il profilo dell'amministratore di sostegno munito del potere di rappresentanza o assistenza sanitaria domandandosi se egli, per ciò solo, possa consentire o negare i trattamenti di «fine vita» proposti al beneficiario. In quest'ottica viene analizzato il contenuto della decisione della Corte e ne vengono evidenziate le prospettive.

The present paper stems from a recent decision rendered by the Italian Constitutional Court, which dealt with the application of the framework of informed consent on end-of-life therapies to persons assisted by a support administrator. The Author starts from the content of the national legislation in force and deepens the profiles more closely related to the relationship between doctor and patient; then addresses the issue of the support administrator with the representation or assistance of the beneficiary in the field of health, in order to understand whether he can, for this reason alone, refuse the end-of-life therapies in favour of his own person or whether, instead, it is necessary a specific intervention of the tutelary judge. From this point of view, the decision of the Constitutional Court is examined and its prospects are discussed.

Sommario: 1. Il "fine vita" nella cornice normativa delle cd. DAT e della relazione medico-paziente. – 2. Decisioni sulle cure e soggetti incapaci. – 3. La ricostruzione della volontà del paziente. – 4. La duttilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. – 5. L'amministratore di sostegno e la salute del beneficiario. – 6. La sentenza della Corte Costituzionale n. 144 del 2019. – 7. Lo scenario all'esito della pronuncia della Corte e le possibili prospettive.

1. Il "fine vita" nella cornice normativa delle cd. DAT e della relazione medico-paziente

1.1. Il tema delle cd. disposizioni sul «fine vita» si colloca nel contesto del più ampio perimetro delle DAT – disposizioni anticipate di trattamento, nel linguaggio corrente denominate anche "testamento biologico" o "biotestamento", che sono state introdotte nell'ordinamento dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento").
L'art. 4 della legge definisce le DAT come gli atti di espressione e manifestazione della propria volontà in materia di trattamenti sanitari che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere» può porre in essere «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte».

Questi atti, in particolare, possono comprendere «il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari»; e l'art. 1, comma 5, della legge fa rientrare in questo ambito anche «la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici», contemplando altresì la possibilità che il consenso e il rifiuto riguardino «trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del malato».
Di fatto, e com'è noto, è quest'ultimo il profilo più rilevante della disciplina delle DAT: esse possono riguardare anche il consenso o il rifiuto di trattamenti somministrati in presenza di malattie o lesioni traumatiche irreversibili, o totalmente invalidanti, o che rendono necessario l'uso di macchine o sistemi artificiali per l'espletamento delle normali attività fisiologiche tali da impedire al malato lo svolgimento di una normale vita di relazione.
Questi trattamenti sono volti al mantenimento in vita dell'interessato pur in presenza di un siffatto quadro clinico; ed è soprattutto con riguardo alla possibilità di sottoporvisi o meno che la l. n. 219 del 2017 è intervenuta, regolamentando – per la prima volta nel contesto del diritto nazionale[1] – il dibattuto tema delle

[1] Il primo strumento giuridico internazionale cui viene riconosciuta idoneità a disciplinare il tema

scelte terapeutiche operate da pazienti affetti da una patologia irreversibile e tale da comprometterne gravemente, quando non totalmente, l'espletamento delle principali funzioni fisiologiche[2].

1.2. Non è questa la sede per passare in rassegna tutte le criticità connesse all'applicazione della disciplina delle DAT; nella prospettiva dell'argomento di questo studio, tuttavia, una premessa è indispensabile.
La legge istitutiva, all'art. 1, afferma espressamente che il paziente può esprimere una corretta e compiuta manifestazione di volontà sulle cure da ricevere solo ove sia "a monte" soddisfatto il suo diritto ad essere compiutamente informato circa il contenuto e gli effetti delle cure stesse.
Il fondamento costituzionale di questo diritto ad un consenso (o diniego) informato è rinvenuto negli artt. 2, 13 e 32 Cost.; in esso, infatti, si contemperano la tutela della salute ed il principio di autodeterminazione dell'individuo, inteso come forma espressiva di una delle sue libertà fondamentali[3].
A questo proposito, la l. n. 219 del 2017 evidenzia che un tale bilanciamento non avviene esclusivamente nella sfera interiore del paziente, ma si esplica nell'ambito della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico»; relazione che il testo della norma descrive come momento di incontro fra «l'autonomia

del consenso informato rispetto alle cure dei cd. malati terminali è la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina (nota anche come Convenzione sui Diritti dell'uomo e la biomedicina) resa ad Oviedo il 4 aprile 1997. La Convenzione, per la verità, non contiene una specifica disciplina delle questioni attinenti al fine vita; tuttavia, il Capitolo II, dedicato al consenso, enuclea una serie di principi comunque rilevanti per la cura e la salute dell'individuo, ivi compresa la fase finale della vita, con particolare riguardo all'art. 9. Quest'ultima disposizione, in effetti, stabilisce: «*The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account*». Sul tema si veda E. SAVARESE, *Questioni sul fine vita a vent'anni dalla Convenzione di Oviedo: consolidati principi e permanenti incertezze*, su *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 2, 321.

[2] È significativo, in tal senso, che la stessa relazione della Camera dei Deputati al testo legislativo (consultabile sul sito *camera.it*) definisca espressamente l'intervento normativo come "legge sul fine vita".

[3] La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 438 del 15 dicembre 2008, ha osservato che il meccanismo del consenso informato ha «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute … in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, comma 2).
In altre parole, il legislatore non si è limitato a riconoscere, in ambito sanitario, l'esistenza di un diritto fondamentale del paziente, tracciandone il contenuto come di una posizione soggettiva "statica", ma ha valorizzato la dimensione relazionale nella quale tale diritto si realizza, e che funge da sfondo a tutte le prestazioni sanitarie.
In base alla l. n. 219 del 2017, dunque, in tanto può parlarsi di un diritto del paziente a scegliere le cure alle quali sottoporsi (o meno), in quanto tale scelta sia il frutto di un rapporto con il medico (coadiuvato dal personale sanitario) nel cui ambito si confrontano le rispettive responsabilità.

1.3. Queste considerazioni mantengono la loro validità anche con riferimento al piano dei trattamenti di "fine vita": la scelta, spettante ad ogni individuo, di esercitare il diritto ad essere curato in una fase irreversibile e terminale della propria esistenza, che giunge fino al limite dell'opzione che comporti il rifiuto delle cure, dev'essere necessariamente esercitata nel contesto di una relazione nella quale egli abbia potuto «ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative»[4].

In coerenza con tale impostazione, la legge istitutiva prescrive la possibilità che l'interessato indichi un «fiduciario» che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie[5]; in tale caso, il medico – pur se tenuto al rispetto delle DAT – le può disattendere soltanto «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5), con ciò "riattivando" con il fiduciario la relazione che il paziente, per le sue condizioni intrinseche, non è in grado di proseguire[6].

[4] Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018; conformi, sentenze n. 253 del 7 luglio 2009 e n. 438 del 18 novembre 2008.
[5] Ciò avviene – in concreto – mediante la sottoscrizione, da parte del fiduciario, delle Dat o di atto ad esse allegato.
[6] La norma citata prescrive infatti, come si vedrà, che le decisioni del medico siano adottate «in accordo con il fiduciario», e che in caso di conflitto si debba ricorrere al giudice tutelare (artt. 3, comma 5, e 4, comma 5).

1.4. Ancorché esercitata nell'ambito imprescindibile della relazione con il medico, la libertà del paziente di rifiutare le cure costituisce esercizio di un diritto universalmente acquisito al patrimonio dei diritti personalissimi[7].
La scelta sul "se" e sul "come" curarsi presuppone, com'è ovvio, che il paziente faccia ricorso a valutazioni sue proprie, che riguardano la vita e la morte e il loro significato, ed il cui fondamento riposa su convincimenti di natura extra-giuridica, soprattutto di carattere etico o religioso. Si tratta quindi – in ultimo – di valutazioni indissolubilmente connesse alla dimensione più intima dell'individuo[8].
Da tale rilievo prende le mosse la legge istitutiva delle DAT, imponendo che l'interessato non possa mai trasferire a terzi il suo convincimento sulle cure da ricevere.
La legge consente però che l'atto di manifestazione della volontà possa essere, in qualche misura, ceduto ad altri; l'art. 2, comma 3, della l. n. 219 del 2017 dispone infatti, quanto alle DAT, che l'interessato possa «indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece»; e proprio questa previsione di una scissione fra momento formativo e momento espressivo della volontà interessa in modo specifico la sfera dei soggetti che non hanno la capacità di agire.

2. Decisioni sulle cure e soggetti incapaci

2.1. L'esercizio del diritto al consenso o al rifiuto delle cure assume infatti contorni problematici quando i soggetti interessati sono minori od incapaci.
Il tema è disciplinato dall'art. 3 della legge n. 219 del 2017, ove è anzitutto stabilito che debbano essere valorizzate le «capacità di comprensione e di decisione» di tali soggetti, mediante la possibilità di ottenere informazioni sulle scelte relative alla salute in modo (il più possibile) consono ai loro mezzi e finalizzato alla più adeguata manifestazione della loro volontà.
La norma prosegue quindi individuando, in relazione a ciascuna categoria, chi sia tenuto ad esprimere il consenso o il rifiuto alle cure, sia pure con le avvertenze e la metodica acquisitiva imposte dalle circostanze.
Con riferimento ai trattamenti sanitari di cui necessiti un minore, il consenso dev'essere «espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o

[7] Cfr. A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen*., 2019, 1-*bis*, 11.
[8] Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 8291 del 20 aprile 2005.

dal tutore, tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità».
Spetta invece al tutore prestare il consenso per l'interdetto, che va comunque sentito ove possibile, nell'ottica di tutelarne la salute psicofisica e la vita e di rispettarne in ogni caso la dignità; l'inabilitato può invece prestare il consenso o il rifiuto per proprio conto.
Laddove, poi, il paziente sia munito di «un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario», quest'ultimo può consentire o negare le cure, manifestando la propria volontà da solo o insieme alla persona che assiste, «tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere».

2.2. Nelle ipotesi in cui la manifestazione di volontà spetta a un soggetto diverso dal paziente, può verificarsi un conflitto con il medico in ordine alla proposta terapeutica; è il caso, contemplato dal comma 5 dell'art. 3, del rifiuto opposto dagli aventi diritto alla proposta terapeutica che il medico ritenga, invece, appropriata e necessaria.
Com'è evidente, a monte di tale conflitto risiede un'incertezza circa le effettive volontà del paziente; non a caso, l'art. 3, comma 5, si riferisce esclusivamente al caso in cui manchino le DAT, ma secondo l'opinione prevalente la regola andrebbe estesa anche al caso in cui le DAT sussistano e contengano un rifiuto del paziente di sottoporsi a certi trattamenti che il medico, tuttavia, reputa diversi da quello proposto[9].

Si tratta di evenienze che caratterizzano le ipotesi, per la verità non infrequenti, nelle quali un soggetto già affetto da patologia seriamente limitativa della capacità di relazione subisca un repentino peggioramento che rende necessaria l'adozione di terapie urgenti; a queste il rappresentante oppone un rifiuto, sostenendo che ciò è quanto il paziente avrebbe voluto.
In tali circostanze, al di là della valutazione inerente alle specifiche caratteristiche del caso clinico, il medico deve ritenersi vincolato dal proprio fondamentale obbligo deontologico di intervenire. Si pensi, a tacer d'altro, che egli «indipendentemente dalla sua abituale attività, non può mai rifiutarsi di prestare soccorso o cure d'urgenza e deve tempestivamente attivarsi per assicurare ogni specifica e adeguata assistenza»[10].

[9] In proposito v. D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, in *Corr. giur.*, 2020, I, 25.
[10] Ciò è quanto stabilito all'art. 7 del Codice di deontologia professionale approvato dal Consiglio

Per tale ragione, il legislatore ha ravvisato la necessità di dirimere ogni possibile conflitto; e, avuto riguardo alla natura dei beni coinvolti e delle responsabilità che ne potrebbero conseguire, ha stabilito che spetti al giudice tutelare di provvedervi, affidandogli il compito di ricostruire la volontà del paziente.

3. La ricostruzione della volontà del paziente

3.1. Il problema della ricostruzione della volontà del paziente preesiste, com'è ovvio, all'entrata in vigore della l. 219 del 2017; ed anzi, l'introduzione di tale disciplina è stata in qualche modo necessitata dal rilievo dell'esistenza di un vero e proprio vuoto normativo[11].

Su come debba essere condotto tale accertamento, allo specifico fine di verificare se vi fosse l'effettivo intento di rifiutare determinate cure, si possono trarre chiare indicazioni dalla nota pronunzia della I sezione civile della Corte di Cassazione, resa nell'ambito del caso "Englaro"[12].

In quell'occasione, la Suprema Corte ritenne possibile che fosse riconosciuto il diritto ad interrompere i trattamenti di «fine vita» anche ad un soggetto adulto che non fosse (più) in grado di manifestare la propria volontà, a causa del suo stato di totale incapacità, in presenza di due concorrenti condizioni.

In primo luogo, affermò la Corte, il paziente deve trovarsi in una condizione di stato vegetativo irreversibile, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, senza che alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno.

Ciò posto, occorre poi che l'istanza di interruzione delle cure, rivolta al personale

---

Nazionale della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici chirurghi e degli odontoiatri il 24-25 giugno 1995, con le ss.mm.

[11] Cfr. G. BALDINI, *Le disposizioni anticipate di trattamento: prime riflessioni*, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2018, 4, 9; P. BORSELLINO, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica nella legge sul testamento biologico*, *ibid*., 36.

[12] Cass. civ., sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007, qui riportata per brevi estratti nelle motivazioni. Con questa decisione la Corte cassò con rinvio il decreto della Corte d'Appello di Milano che aveva respinto la richiesta di interruzione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali formulata dal curatore di una donna che si trovava da tempo in stato vegetativo per i postumi di un gravissimo incidente stradale; il successivo decreto della stessa Corte d'Appello, che accolse la domanda adeguandosi al principio di diritto contenuto nella sentenza, fu poi confermato dalla Cassazione a sezioni unite con la sentenza n. 27145 del 13 novembre 2008.

sanitario da chi rappresenta od assiste il paziente, sia «realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona».

3.2. Tali indicazioni, se costituiscono il portato di premesse teoriche non contestabili, e dunque vanno condivise in astratto, lasciano tuttavia irrisolti molti nodi connessi alla loro concreta applicazione.
È lecito, infatti, domandarsi come siano dimostrabili in giudizio i convincimenti di una persona, il suo "stile di vita", la sua personalità; ed ancora, come si possa raggiungere un sufficiente grado di certezza sul fatto che i dati eventualmente acquisiti in tal senso rappresentino l'effettiva volontà del paziente nel momento in cui si è venuto a trovare nelle attuali condizioni di perdita di coscienza e percezione del mondo esterno; o infine, se in tale indagine il giudice tutelare debba attenersi rigidamente alle allegazioni delle parti oppure, poiché il giudizio che si celebra davanti a lui è caratterizzato da un'istruttoria a carattere sostanzialmente deformalizzato[13], egli possa anche indicare d'ufficio temi e mezzi di prova.

La difficoltà di dare una risposta univoca a questi interrogativi spiega le oscillazioni che sono emerse, in questi anni, in seno giurisprudenza di merito.
Da un lato, infatti, alcune pronunzie hanno sottolineato la necessità di accertare sempre con rigore gli elementi significativi della volontà del beneficiario, per come emersi all'epoca in cui questi era in grado di manifestarla[14].
In altre occasioni, invece, si è sostenuto che il conferimento ad un familiare della rappresentanza in ambito sanitario postulerebbe come presupposto necessario il fatto che il paziente sia ormai impossibilitato «ad ogni forma di interazione e contatto», e come tale assolutamente non più in grado di provvedere ai propri interessi, ed in particolare ad esprimersi in relazione ai trattamenti sanitari che possano eventualmente essergli somministrati[15]; in tali casi, pertanto, e salve le

[13] Sul tema, in gen., v. G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 409 ss.
[14] V. ad es. Trib. Vercelli, decreto del 31 maggio 2018, in *ilfamiliarista.it,* 2018, con nota di R. MASONI; Trib. Cagliari, decreto del 16 luglio 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, 911, con nota di A. Pisu; Trib. Reggio Emilia, decreto del 24 luglio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, 11, 2372.
[15] Così, ad esempio, Trib. Modena, decreto del 23 marzo 2018, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 4, I, 1378, nonché Trib. Roma, decreto del 23 settembre 2019, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 3, 1705.

eccezioni previste dalla legge (sulle quali si dirà fra breve), al giudice tutelare è sostanzialmente inibito ogni sindacato sull'effettività del rifiuto.

3.3. Si colloca in questo quadro l'ipotesi, prevista dall'art. 3, comma 4, della l. n. 219 del 2017, che attribuisce all'amministratore di sostegno «la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario» di esprimere il consenso relativo ai trattamenti per il beneficiario.
Questa disposizione pone un problema i cui termini possono essere sintetizzati nella formulazione di tale quesito: per poter validamente manifestare il consenso o il rifiuto alle cure nell'interesse del beneficiario, è sufficiente che l'amministratore di sostegno sia munito della funzione di assistenza o rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, oppure è sempre necessario uno specifico accertamento da parte del giudice, che autorizzi tale manifestazione?

3.4. La risposta prende le mosse da una prima, fondamentale considerazione: l'amministratore di sostegno deve limitarsi a rappresentare la volontà dell'interessato, non deve (e non può) decidere in sua vece o per suo conto.
Pertanto, l'amministratore che manifesti un rifiuto delle cure proposte non deve compiere un atto «espressivo del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante», bensì enunciare una volontà del beneficiario, con il quale l'ha condivisa sul piano puramente personale. L'amministratore, in questo senso, è sostanzialmente chiamato a fungere da portavoce del beneficiario[16].
Per proseguire nell'affronto del quesito, tuttavia, è opportuno un breve passo indietro; è necessario, infatti, mettere a fuoco il contenuto dell'attività dell'amministratore di sostegno che abbia a titolo a rappresentare od assistere il beneficiario in ambito sanitario.

4. La duttilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno

4.1. Dopo la sua introduzione ad opera della l. 9 gennaio 2004, n. 6, l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha acquisito, per effetto di una prassi applicativa sempre più diffusa, lo strumento preferenziale di assistenza delle

[16] Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007. In dottrina, sulla qualificazione dell'amministratore di sostegno come nuncius del beneficiario, v. fra gli altri R. MASONI – A. FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2010, 439.

persone «prive di autonomia» (secondo l'espressione utilizzata dallo stesso legislatore), tanto da relegare le misure dell'interdizione e dell'inabilitazione ad una dimensione meramente residuale[17].
È appena il caso di ricordare, in proposito, che la stessa legge istitutiva evidenzia che lo scopo dell'amministrazione di sostegno consistere nel tutelare «con la minore limitazione possibile della capacità di agire le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1); con la nomina dell'amministratore di sostegno, pertanto, il giudice tutelare fornisce alla persona priva di autonomia una forma speciale di protezione, commisurata alle esigenze concrete di tutela della persona, e non tale da determinare – in via automatica e generale – la sua privazione o riduzione della capacità di agire.

4.2. Questa impostazione è ormai unanimemente condivisa anche per effetto di una significativa indicazione giunta dalla Corte Costituzionale[18].
La Corte fu infatti investita di una questione di legittimità della legge istitutiva, oggetto di dubbio in relazione alla mancata indicazione di «criteri discriminanti espressi e chiaramente desumibili»[19] che consentissero di distinguere l'istituto dell'amministrazione di sostegno da quelli dell'interdizione e inabilitazione; ciò finiva per dare spazio, nei fatti, ad un'eccessiva dilatazione del potere di valutazione discrezionale del giudice nella scelta dello strumento di tutela concretamente applicabile.
La questione fu ritenuta non fondata per erroneità del presupposto interpretativo; nella motivazione, la Corte affermò che l'istituto in questione ha «la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»[20],

[17] Cfr. in tal senso Cass. civ., sez. I, n. 13584 del 12 giugno 2006; negli stessi termini, espressamente, v. anche Trib. Bologna, 3 ottobre 2006, n. 2288, in *Corr. mer*., 2007, 3, 288; in precedenza, Trib. Bologna, 8 marzo 2005, in *Giur. mer*., 2005, 11, 2343; Trib. Bologna, 11 luglio 2005, in *Foro it*., 2005, I, 3842; Trib. Venezia, sez. III, 13 ottobre 2005, in *Fam. pers. succ*., 2006, 1, 81.
[18] Sentenza n. 440 del 9 dicembre 2005.
[19] Cfr. *Ritenuto in fatto*, p.to 2.
[20] Com'è noto, l'art. 404 c.c., nel testo modificato dalla legge istitutiva, precisa che «la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare»; d'altro canto, nel nuovo testo, l'art. 414 c.c. dispone che i soggetti affetti da infermità di mente sono interdetti «quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione», mentre l'art. 415 c.c.

e che la complessiva disciplina di nuova introduzione, inserita dalla l. n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile, affida al giudice il compito di individuare lo strumento che, da un lato, garantisce all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limita nella minore misura possibile la sua capacità, consentendo, in particolare, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto.
Del resto, ritenne ancora il giudice delle leggi, «solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno *status* di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria»; misure che assumono ormai un grado di residualità prossimo allo straordinario, se si pensi che, in base al nuovo art. 411, comma 4, c.c., il giudice tutelare, nominando l'amministratore di sostegno (o integrando successivamente i suoi poteri) può disporre che «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario»[21].

4.3. Questa attitudine a fronteggiare le necessità che emergono nel caso concreto costituisce, pertanto, l'elemento centrale dell'istituto dell'amministrazione di sostegno; e tale rilievo ha finito con l'ispirare i successivi orientamenti della giurisprudenza, soprattutto della Corte di Cassazione.

È stato così affermato che l'amministrazione di sostegno presenta «la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche solo parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione … Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa … Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito

prevede l'inabilitazione per una serie di soggetti il cui stato non sia «talmente grave da far luogo all'interdizione».
[21] Cfr. *Considerato in diritto*, 5.

la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto della complessiva condizione psico-fisica del soggetto da assistere e di tutte le circostanze caratterizzanti la fattispecie»[22].

Sulla base di tali argomenti è ormai opinione condivisa quella secondo cui la nomina di un amministratore di sostegno è ispirata ad un'ottica non custodialistica, bensì orientata al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e dei suoi bisogni, non limitati alla sola sfera patrimoniale[23]; si tratta, infatti, di istituto che mira essenzialmente a «salvaguardare nella massima misura possibile l'autodeterminazione del soggetto in difficoltà»[24].

Su tale peculiare ruolo dell'amministratore di sostegno si fonda la possibilità, ormai riconosciuta da tutti i giudici, di attribuirgli un novero assai ampio di poteri, accomunati dall'unico obiettivo di «stabilire quanto sia necessario a sostenere il beneficiario di atti al compimento dei quali il giudice tutelare lo ritenga inidoneo»[25].

Questi poteri possono certamente riguardare anche la necessità di soddisfare esigenze connesse esclusivamente alla sfera personale della vita del beneficiario, senza che per questo occorra procedere ad alcun atto di gestione del suo patrimonio; tale possibilità, in concreto, trova riscontro in numerose previsioni del codice civile, modificate a seguito dell'entrata in vigore della legge introduttiva, come gli artt. 405, comma 4, e 408, comma 1, c.c., che impiegano l'espressione «cura della persona», l'art. 404 c.c., che si riferisce agli «interessi» della persona, senza porre distinzioni tra interessi patrimoniali e non patrimoniali, e l'art. 410, comma 1, c.c., secondo il quale, nell'espletamento dei suoi doveri, l'amministratore deve tenere conto dei «bisogni» e delle «aspirazioni» della persona che assiste.

[22] Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 13584 del 2006, cit.; nello stesso senso anche Cass. civ., sez. I, n. 25366 del 29 novembre 2006; Cass. civ., sez. I, n. 4866 del 1° marzo 2010; Cass. civ., sez. I, n. 22332 del 26 ottobre 2011; Cass. civ., sez. I, n. 17962 dell'11 settembre 2015.

[23] Cass., civ., sez. I, n. 13584 del 2006, cit.; più di recente, anche Cass. civ., sez. I, n. 12998 del 15 maggio 2019.

[24] Cass. civ., sez. I, n. 17962/2015, cit.; Cass. sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29981.

[25] Cass. civ. sez. I, n. 25366/2006, cit.; Cass. civ. sez. I, del 20 dicembre 2006, n. 27268.

5. L'amministratore di sostegno e la salute del beneficiario

5.1. Fra gli interessi personali del beneficiario rientra, evidentemente, anche la tutela della sua salute.
In questo senso, come si è accennato, la l. n. 219 del 2017 fa espresso riferimento alle attribuzioni dell'amministratore di sostegno che comprendano anche l'assistenza sanitaria e la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, ovvero consistano esclusivamente in ciò; ed in tal senso, attribuisce valore normativo ad un dato già ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza di merito[26].
Da tempo, infatti, i giudici tutelari avevano adottato la prassi di conferire all'amministratore di sostegno un tale potere; i provvedimenti di nomina, al riguardo, hanno talvolta prescritto che la relativa attività dovesse consistere anche nell'avvio di «un dialogo con il medico ed i sanitari curanti, in un'ottica di coordinamento delle migliori modalità di assistenza della persona con i servizi medico-sociali interessati», nonché di «un costante intervento di controllo medico e di presenza domiciliare» volto ad «alleviare la solitudine e l'isolamento relazionale» della persona interessata nell'ambito di un adeguato progetto di sostegno[27].
Anche in dottrina, d'altro canto, erano emersi chiari auspici in tal senso, con l'ulteriore indicazione dell'opportunità che i giudici disponessero espressamente che l'amministratore si adoperasse il più possibile a che i trattamenti ritenuti necessari fossero almeno accettati dal beneficiario, la cui autonomia nelle decisioni sulla salute non deve mai essere annullata dalla presenza di un soggetto incaricato di proteggerlo[28].

5.2. Il ruolo dell'amministratore di sostegno munito di rappresentanza o assistenza in ambito sanitario assume una conformazione peculiare nei casi in cui manchi o sia venuta meno la capacità del beneficiario di autodeterminarsi; si pensi, a titolo di esempio, all'ipotesi nella quale costui sia affetto da una malattia progressivamente invalidante, che ne compromettano la vita di relazione o lo

[26] Si vedano le pronunzie già citate alle note che precedono, nelle quali si fa ricorso all'amministrazione di sostegno in ambito eminentemente od esclusivamente sanitario in data anteriore all'entrata in vigore della l. n. 219 del 2017.
[27] Le citazioni sono tratte dal decreto del Trib. Venezia, 13 ottobre 2005, cit.
[28] Si veda ad es. A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Pers. merc.*, 2011, 289; l'A. osserva come sia ormai maturata la consapevolezza che la malattia mentale non pregiudica necessariamente, o comunque del tutto, la capacità di intendere e di volere (in termini v. anche P. CENDON, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Milano, 2009, 175-179).

rendano comunque incapace di manifestare esteriormente la propria volontà.
Sono questi i casi nei quali possono prospettarsi trattamenti sanitari che consentano il prolungamento dell'esistenza pur in presenza di tali condizioni gravemente invalidanti; ed è rispetto a tali trattamenti che l'amministratore può essere richiesto di esprimere un consenso o un rifiuto.

5.3. Sulla base di queste considerazioni, si può allora tornare al quesito rimasto aperto, che conviene subito declinare in relazione ai trattamenti di «fine vita».
La l. n. 219 del 2017 consente che, nell'interesse del beneficiario, l'amministratore possa rifiutare tali trattamenti; ma non fornisce indicazioni circa il percorso attraverso il quale tale rifiuto dev'essere espresso, né in ordine alla forma con la quale la volontà di rifiutare le cure va manifestata. Come si è detto, infatti, l'art. 3, comma 5, si limita ad affidare al giudice tutelare il contrasto che può sorgere fra il medico che propone le cure «appropriate e necessarie» e l'amministratore di sostegno che intenda invece rifiutarle.
Al riguardo, tuttavia, alcune chiare indicazioni ermeneutiche sono giunte da un recente intervento della Corte Costituzionale.

6. La sentenza della Corte Costituzionale n. 144 del 2019

6.1. La Corte fu adita dal giudice tutelare di Pavia, il quale ritenne la sussistenza di un contrasto fra l'art. 3, comma 5, della l. n. 219 del 2017[29] e gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.
La vicenda concerneva un soggetto affetto da grave ritardo per patologia perinatale, le cui condizioni erano improvvisamente e drasticamente peggiorate in seguito ad un attacco epilettico che lo aveva ridotto in stato vegetativo; all'amministratore di sostegno, da tempo nominato per assisterlo, non era stato tuttavia conferito alcun potere in ambito sanitario.
Secondo il giudice tutelare, le sopraggiunte condizioni di assoluta incapacità del paziente imponevano di conferire immediatamente tale potere; e tuttavia, il solo fatto del conferimento – in applicazione dell'art. 3, comma 5 – avrebbe consentito all'amministratore di sostegno di rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita del paziente, senza necessità di preventiva autorizzazione

[29] La questione riguardò, per vero, anche il comma 4, tuttavia evocato – nella sostanza – come mero "antecedente logico" dei precetti contenuti nel comma successivo, sul quale solo si appuntavano le censure del rimettente.

da parte del giudice tutelare, destinato ad intervenire solo in caso di eventuale contrasto con il medico.
Così ricostruendo la norma, il giudice ritenne che essa finisse con il consentire all'amministratore di sostegno l'esercizio di un diritto – quello al rifiuto delle cure – «inviolabile e personalissimo», senza l'adozione di adeguate misure di salvaguardia della volontà del paziente: di qui la violazione dell'art. 2 della Costituzione, realizzata attraverso la privazione dell'esercizio di tale diritto da parte del suo effettivo titolare, e non superata dalla possibilità di intervento del giudice, «meramente ipotetico ed accidentale», e senza alcuna obiettiva possibilità di ricostruzione della volontà dell'interessato o di accertamento della conformità a quest'ultima della decisione del rappresentante.
Ancora, il giudice pavese rilevò un'incongruenza nel sistema che, mentre prevedeva come necessaria la preventiva autorizzazione del giudice tutelare in relazione al compimento di atti concernenti la sfera patrimoniale del beneficiario, o per la proposizione, da parte di quest'ultimo, della domanda di separazione dal coniuge[30], non prescriveva alcuna autorizzazione nel caso di specie, quantunque relativo al bene fondamentale della vita, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.
Ritenne, infine, che la previsione censurata vanificasse la finalità ultima della l. n. 219 del 2017, interamente fondata «sull'intento di valorizzare ed accordare centralità alle manifestazioni di volontà dei singoli», tanto da prevedere formalità e procedure per la loro espressione; nella norma impugnata invece, «verrebbe meno la più elementare attenzione per l'elemento volontaristico»[31], e con essa l'adeguata previsione di meccanismi di tutela o controllo in favore dei soggetti incapaci, con violazione della loro libertà personale e del loro diritto alla salute.

6.2. La Corte Costituzionale non si è spinta alla disamina piena del merito della questione; i giudici hanno infatti ritenuto di non condividere l'interpretazione dell'art. 3, comma 5, fatta propria dal giudice tutelare, motivando la decisione con argomenti che appaiono, in questa sede, di particolare interesse.
Il ragionamento della Corte prende le mosse dal rilievo del fatto che, in tema di trattamento di «fine vita» dei soggetti incapaci di provvedere ai propri interessi, la l. 219 del 2017 non ha ancora trovato uno spazio applicativo sufficiente a consentire l'individuazione di linee interpretative condivise; occorre, pertanto,

[30] Art. 411 c.c., in relazione agli artt. 374 e 375.
[31] *Ritenuto in fatto*, p.to 1.4.

aver riguardo ai principi che regolano la materia del consenso informato (compresi quelli enunciati nella stessa legge 219) nonché agli approdi giurisprudenziali relativi alle attribuzioni dell'amministratore di sostegno.

Per questo, osserva la Corte, l'interpretazione dell'art. 3 dev'essere condotta tenendo presente, per un verso, la «cornice indefettibile» del rapporto medico-paziente; e, per altro verso, i meccanismi che regolano l'esercizio, da parte dell'amministrazione di sostegno, dei poteri che il giudice tutelare gli ha attribuito in ambito sanitario[32].

In coerenza con tale impostazione, la Corte esclude che dall'attribuzione di rappresentanza o assistenza in ambito sanitario derivi automaticamente all'amministratore di sostegno il potere di rifiutare i trattamenti proposti per la sopravvivenza del beneficiario, senza che il giudice tutelare possa sindacarne le forme di esercizio, al di fuori delle ipotesi di contrasto con il medico.

Nella logica dell'istituto, infatti, è il giudice tutelare che – a partire dal decreto di nomina – individua l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; è sempre compito del giudice tutelare, pertanto, individuare e circoscrivere i poteri dell'amministratore nell'ottica di apprestare una tutela adeguata alle circostanze e con la minor limitazione possibile della capacità di agire del beneficiario.

Ove si uscisse da tale prospettiva, verrebbe meno la peculiarità dell'istituto, che consiste – come si è detto – nella sua duttilità, ovvero nella possibilità di modellare il ventaglio delle attribuzioni in modo funzionale alle concrete esigenze del singolo beneficiario; esigenze che, come sottolinea ancora la Corte richiamando la giurisprudenza della Cassazione, comprendono necessariamente l'obiettivo di «proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità»[33].

Riportando tale direttrice nell'ambito sanitario, la Corte osserva che, nel conferire all'amministratore di sostegno il potere di assistenza o rappresentanza, il giudice tutelare dovrà necessariamente tener conto delle concrete condizioni di salute del beneficiario, e perciò «affidare all'amministratore di sostegno poteri volti a prendersi cura del disabile, più o meno ampi in considerazione dello stato di salute in cui, al momento del conferimento dei poteri, questi versa», poiché la ragione giustificativa dell'attribuzione di poteri in tale ambito può consistere solo nella «specifica valutazione del quadro clinico del paziente»[34].

---

[32] Cfr. p.ti 5 e 5.1 del *Considerato in diritto*.

[33] Cass. n. 22602 del 27 settembre 2017.

[34] Cfr. *Considerato in diritto*, 5.3, anche per la citazione che segue.

Ciò vale, a maggior ragione, quando la patologia riscontrata prospetta l'evenienza di trattamenti sanitari di sostegno vitale, ai quali occorre che il paziente presti consenso o rifiuto; è soprattutto in tali casi, infatti, che il giudice dovrà adottare «la decisione circa il conferimento o no del potere di rifiutare tali cure» attenendosi rigorosamente alle circostanze concrete, e quindi «allo stato di salute del disabile in quel dato momento considerato»[35].

6.3. La posizione della Corte, fedele al dettato normativo ed al diritto vivente, merita di essere condivisa anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle espresse nella sentenza.

Anzitutto, attribuire automaticamente il potere di rifiutare le cure all'amministratore con rappresentanza sanitaria potrebbe non tenere nella giusta considerazione i possibili spazi di superstite capacità del paziente.

Il conferimento di tale potere, infatti, non presuppone necessariamente che il paziente non sia più assolutamente in grado di esprimere la propria volontà, potendo trovare giustificazione anche dalla necessità di fornire un ausilio a soggetti che siano comunque in grado di manifestarla, sia pure nelle debite circostanze.

Nel caso di cui al decreto del Tribunale di Vercelli[36], ad esempio, fu nominato un amministratore di sostegno in favore di una donna affetta da schizofrenia, la quale tuttavia presentava intervalli di lucidità, compatibili con la manifestazione personale di consenso o rifiuto ai trattamenti sanitari; per tale ragione, il giudice tutelare – pur conferendo all'amministratore la rappresentanza ed assistenza sanitaria – stabilì che il consenso fosse esercitato dall'amministratore «anche» con la paziente, e dispose che dovesse essere a lui sottoposta la decisione su eventuali contrasti tra beneficiaria ed amministratore[37].

Ma ancora.

Il meccanismo delle DAT tracciato dalla l. n. 219 del 2017 consente al paziente

[35] Sul punto, la Corte soggiunge che l'adattamento dell'amministrazione di sostegno alle esigenze di ciascun beneficiario è ulteriormente garantito dalla possibilità di modificare i poteri conferiti all'amministratore anche in un momento successivo alla nomina, tenendo conto, ove mutassero le condizioni di salute, delle sopravvenute esigenze del disabile: il giudice tutelare, infatti, deve essere periodicamente aggiornato dall'amministratore circa le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405, comma 5, num. 6, c.c.) e, fra le altre cose, può modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte nel decreto di nomina (art. 407, comma 4, c.c.).

[36] V. nota 14 che precede.

[37] Con richiamo alla previsione di cui all'art. 3, comma 4, l. n. 219 del 2017.

di trasferire la manifestazione del consenso o del rifiuto alle cure ad un soggetto denominato «fiduciario»; la stessa scelta terminologia adottata dal legislatore lascia presupporre che, come spesso accade, si tratti di qualcuno che condivide con il paziente un percorso di vita significativo, vale a dire un suo familiare o una persona a lui affettivamente legata.

Vi sono, tuttavia, dei casi nei quali l'assistito è solo, cosicché l'amministrazione di sostegno viene affidata ad un soggetto individuato dal giudice solo per le sue competenze professionali; e ci si domanda come quest'ultimo, se incaricato di assistere il beneficiario anche in ambito sanitario, possa, per questo solo fatto, esprimere un consenso od un rifiuto alle cure idoneo a ricostruirne od integrarne la volontà[38].

Infine, e sotto un profilo più marcatamente giuridico, si deve ribadire che l'attribuzione automatica del potere di rifiutare le cure, senza alcuna forma di concreto riscontro circa l'effettiva rispondenza del rifiuto alla volontà dell'interessato, equivarrebbe a consentire che l'amministratore di sostegno eserciti un diritto facendo le veci del suo titolare; ma il consenso o il diniego alle cure costituiscono espressione di un diritto soggettivo di natura personale che, come tale, «non tollera l'intervento della volontà di un terzo in funzione d'intermediazione o integrazione di quella dell'interessato» e «non [può] essere compiut[o] con la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore»[39].

7. Lo scenario all'esito della pronuncia della Corte e le possibili prospettive

7.1. Questa decisione della Consulta consente di formulare una prima risposta chiara all'interrogativo di partenza: il conferimento dell'assistenza o della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario non attribuisce automaticamente all'amministratore di sostegno il potere di esprimere il consenso o il rifiuto

[38] Su questo profilo v. I. PELLIZZONE, *I diritti dell'incapace in assenza di disposizioni anticipate di trattamento: proposte per un'interpretazione sistematica della l. n. 219 del 2017*, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2018, 4, 140; l'A. evidenzia profili critici anche in relazione al fatto che le tempistiche scandite dalla legge per la nomina o la modifica dei poteri attribuiti all'amministratore possono essere incompatibili con interventi urgenti, necessari in situazioni straordinarie, come nel caso di sviluppo improvviso di una patologia

[39] Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 12460 del 21 maggio 2018; e che si tratti, nella specie, di diritto soggettivo perfetto è confermato dal fatto che l'eventuale provvedimento del giudice tutelare che si pronunzi sull'istanza avanzata al riguardo dall'amministratore di sostegno, incidendo su un diritto soggettivo, ha natura decisoria ed è perciò soggetto a reclamo davanti alla Corte d'appello (Cass. civ., sez. I, n. 14158 del 7 giugno 2017).

ai trattamenti, specie se relativi al «fine vita», per il proprio assistito. Un tale potere, pertanto, deve essere specificamente conferito dal giudice tutelare, sulla base del rilievo della sussistenza in concreto dei relativi presupposti.
Resta aperta, tuttavia, la questione che riguarda i tempi e le modalità di adozione di tale decisione, che la l. n. 219 del 2017 non disciplina espressamente ed in ordine alla quale, pertanto, occorrerà ancora una volta riferirsi ai principi generali cui la stessa legge si ispira, nonché alla disciplina propria dell'amministrazione di sostegno.

7.2. Nel decidere sul potere di consentire o rifiutare i trattamenti di «fine vita», il giudice deve compiere un diverso accertamento a seconda del fatto che il paziente abbia o meno espresso la propria volontà in precedenza, attraverso le DAT.
Ove, infatti, tali dichiarazioni vi siano, il giudice deve limitarsi ad accertare se i trattamenti sanitari proposti, quando non già somministrati, siano effettivamente indispensabili al mantenimento in vita del paziente; ovvero se, per le loro caratteristiche ed i loro effetti, coincidano con quelli che il paziente aveva dichiarato di non voler ricevere in previsione di un'eventuale e futura incapacità di autodeterminarsi.
In mancanza di DAT, invece, il compito del giudice tutelare è ben più arduo: esso consiste, infatti, nell'accertamento dell'effettiva volontà del paziente, in termini che tengano conto, per un verso, della sua condizione di incapacità e, per altro verso, della necessità di dare piena ed adeguata attuazione al suo diritto all'autodeterminazione[40].

7.3. In entrambi i casi, appare fondamentale l'indicazione di un confronto fra il giudice tutelare ed il medico che ha in cura il paziente.
Si è già osservato, in proposito, come il diritto alla salute trovi compiuta tutela non solo in quanto posizione soggettiva "statica" – vale a dire come diritto di ogni individuo a veder realizzato un adeguato sistema di cura e prevenzione rispetto ad ogni forma di patologia – ma anche nell'ambito dinamico del rapporto fra medico e paziente, che da tempo gli interpreti efficacemente descrivono con l'espressione «alleanza terapeutica»[41].

---

[40] In termini v. A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova 2012, 202 ss.; C. STORACE, *Erroneità del presupposto interpretativo e tecniche decisorie della Corte costituzionale, a margine di una pronuncia in tema di fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. cost*., 3, 2019, 1643.
[41] Cfr. Cass. civ., n. 21748 del 2007, cit.; v. anche Corte Costituzionale, sentenza n. 438 del 15 dicembre 2008.

Nel contesto di un percorso di cure, spesso travagliato e destinato a protrarsi a lungo, tale alleanza travalica i confini del rapporto eminentemente personale fra il medico che somministra le cure e il paziente che le riceve. Per un verso, infatti, si affianca al medico un più ampio novero di persone, costituito da quanti fanno parte del personale sanitario; e, per altro verso, assume rilevanza il ruolo dei familiari e degli affetti del paziente, che entrano in contatto con la struttura di cura ed ai quali il medico si rivolge per fornire ed ottenere il migliore quadro possibile di informazioni.

Per questo, laddove lo stesso percorso di cura giunga ad un punto che manifesti un'incisione della capacità di autodeterminarsi del paziente, intersecando le competenze del giudice tutelare, quest'ultimo deve necessariamente attingere a tale ambito informativo.

Il medico, infatti, potrà chiarire se le condizioni cliniche del paziente siano tali da richiedere una decisione sul proseguimento o meno delle cure o sull'esistenza di trattamenti doverosi, necessari o soltanto opportuni, anche alla luce del divieto di «ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati»[42]; l'ascolto del medico, inoltre, potrà rivelarsi utile nell'ottica della ricostruzione della volontà del paziente, poiché nessuno come il medico (al di fuori della cerchia ristretta degli affetti, e salvo il caso di contatto con occasionale o del tutto recente con l'interessato) è in grado di conoscere le esperienze maturate e le convinzioni manifestate dal paziente nel corso del trattamento.

7.4. Naturalmente, poi, l'indagine ricostruttiva della volontà del paziente non può prescindere dal patrimonio informativo in possesso dei suoi familiari e delle persone con le quali costui aveva instaurato un legame affettivo.

Tale indagine, anzitutto, può avere ad oggetto fatti specifici, come non di rado accade quando i familiari riferiscono di dichiarazioni rese loro dall'interessato al tempo in cui era in grado di interagire.

Le dichiarazioni riferite possono consistere in considerazioni generali, espresse dal paziente in relazione alla propria idea di dignità della persona, o riconducibili alle sue convinzioni circa la necessità o l'opportunità di consentire ai malati il rifiuto delle cure; ma, rispetto a queste, dovrebbero essere certamente valorizzate le dichiarazioni con le quali il paziente abbia manifestato una volontà riferita a

[42] È il cd. "accanimento terapeutico", dal quale il medico è tenuto ad astenersi in base all'art. 2, comma 2, della l. n. 219 del 2017, in termini che peraltro cristallizzano in norma un divieto già contenuto nel codice deontologico.

sé stesso, specie nel momento in cui gli sia stata rappresentata come concreta la possibilità di trovarsi in una tale situazione.
In mancanza di dati specifici, il giudice potrà trarre le proprie valutazioni da circostanze inevitabilmente connotate da un minore grado di obiettività, come la "personalità" o lo "stile di vita" del beneficiario; ma è opportuno sottolineare che deve trattarsi di valutazioni sussidiarie e residuali, da compiere solo in assenza di indicazioni personalizzate e dirette.
In proposito, la sentenza resa dalla Cassazione nel caso "Englaro" ha evidenziato che la decisione dev'essere adottata «non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace» e che il criterio ricostruttivo della volontà del paziente deve consistere anzitutto nella considerazione «dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza»; in via gradata, poi, si potrà procedere «inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

7.6. È opportuno sottolineare, infine, che quando non vi sono DAT e il paziente versa in una situazione clinica che rende necessaria la nomina di un amministratore di sostegno munito di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il giudice tutelare può conferire a quest'ultimo, all'atto della nomina, anche il potere di rifiutare le cure; ma questo tipo di decisione dovrebbe costituire un'eccezione, vincolata ai casi nei quali l'esercizio di tale opzione si renda assai probabile ed imminente.

Di regola, infatti, è preferibile che il conferimento di tale potere avvenga con decisione adottata *ad hoc* dal giudice tutelare.
L'esigenza di protezione cui è ispirata l'intera *ratio* dell'istituto dell'amministrazione di sostegno importa, fra l'altro, che si ricorra a tale strumento soltanto nel momento in cui si manifesta la condizione d'infermità o incapacità della persona, facendo così sorgere l'esigenza di fronteggiare le sue specifiche necessità.
Come ha affermato la giurisprudenza di legittimità, l'intervento dell'amministratore di sostegno dev'essere calibrato dal giudice tutelare «anche in relazione al grado di intensità della situazione», e viene disposto con esclusivo riferimento allo stato attuale del beneficiario, «in modo da salvaguardare, assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti legittimati … il diritto della persona alla tutela effettiva, necessaria in quel momento e in quella determinata situazione»[43].

[43] Sul punto, per tutte, Cass. civ., sez. I, n. 23707 del 2012.

7.7. Il complessivo quadro interpretativo che emerge lascia dunque inalterata una certa oscurità per il caso in cui il paziente, divenuto incapace, non avesse precedentemente manifestato la propria volontà a mezzo delle DAT.

Le indicazioni metodologiche qui accennate con riferimento ai poteri e ai compiti del giudice tutelare segnalano con evidenza la necessità che il legislatore prenda più marcatamente posizione anche con riguardo a tali fattispecie; come è stato sottolineato, infatti, benché i conflitti sollevati, in ambito sanitario, dalle scelte di «fine vita» richiedano il contributo di saperi diversi, è altrettanto vero che al diritto spetta il compito più difficile, che consiste nel dettare regole certe ed adeguate all'evoluzione del tempo[44].

Potrebbe essere opportuno, ad esempio, sottoporre a regimi diversificati le ipotesi nelle quali la situazione di incapacità sia dipesa da un evento imprevisto ed improvviso da quelle nelle quali la stessa sia giunta all'esito (o nel contesto) di un percorso di cure, nel cui ambito, di regola, la relazione fra medico e paziente si caratterizza per una particolare intensità.

Certamente, eventuali scelte future del legislatore non potranno non tener conto delle indicazioni che provengono dagli approdi interpretativi più autorevoli, primo fra tutti quello della Corte Costituzionale, e perciò dovranno escludersi forme di «investiture in bianco, legali o volontarie»[45] del potere di decidere sulle cure altrui, in termini che finirebbero per negare al paziente l'esercizio, se non la vera e propria titolarità, dei suoi diritti personali.

[44] Cfr. A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit., 326.

[45] L'espressione è di D. CARUSI, *Legge 219/2017* …, cit., 20.

L'amministrazione della cosa comune: limiti e poteri dell'A.G. *ex* art. 1105, comma 4, c.c.

Antonio Scarpa
Consigliere della Seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione
Componente delle Sezioni Unite
Assistente di studio presso la Corte Costituzionale

Il comma 4 dell'art. 1105 c.c. ammette il ricorso sostitutivo all'autorità giudiziaria a tutela dell'interesse comune alla conservazione ed alla gestione della cosa in comunione.

The fourth paragraph of article 1105 codice civile *allows substitutive petition to the judicial authority to protect the common interest in the conservation and management of the property in communion*.

Sommario: 1. La comunione per quote. – 2. L'interesse collettivo alla gestione dei beni comuni. – 3. L'uso comune. – 4. Collegialità e comunione. – 5. La concorrente amministrazione della cosa comune. – 6. La generale legittimazione esclusiva dei comproprietari e la singolare fattispecie degli edifici degradati. – 7. Inderogabilità. – 8. I casi che ammettono il ricorso all'autorità giudiziaria. – 9. I provvedimenti necessari all'amministrazione. – 10. La nomina di un amministratore. – 11. Limiti dei provvedimenti *ex* art. 1105, comma 4, c.c. – 12. Procedimento.

1. La comunione per quote

L'art. 1105 del codice civile si indica come norma emblematica della comunione per quote, quella che definiamo abitualmente la "comunione ordinaria". Questa comunione discende *ipso facto* – senza che vi concorra alcun fatto fondativo espressione di autonomia privata – dalla situazione di contitolarità indivisa della proprietà o di altro diritto reale fra più persone. Se la stessa cosa viene acquistata da più persone o più persone mettono in comune una cosa già di loro rispettiva proprietà individuale, ai sensi degli artt. 1350, n. 3 e 2643, n. 3, c.c., la *res* entra a far parte di un patrimonio soggettivamente collettivo. Nasce così un gruppo di contitolari del diritto, nel quale ogni partecipante mantiene, comunque, una posizione autonoma: ciascuno concorre nei vantaggi e nei pesi (art. 1101 c.c.), ciascuno può servirsi del bene (art. 1102 c.c.), ciascuno può disporre del proprio diritto (art. 1103 c.c.) e può chiedere lo scioglimento della comunione (art. 1111 c.c.).

La "quota" del comproprietario (come il valore millesimale del condomino di edifici) costituisce un limite non quantitativo, ma funzionale del diritto di partecipazione alla comunione.

2. L'interesse collettivo alla gestione dei beni comuni

Abitualmente la dottrina e la giurisprudenza avversano la ravvisabilità di un interesse collettivo nell'ambito dell'uso e della gestione dei beni comuni.

L'interesse si definisce come la relazione intercorrente tra un'esigenza e la cosa che sia idonea a soddisfare tale esigenza. Gli argomenti di solito portati per avversare la configurabilità di interessi collettivi nelle situazioni di contitolarità di diritti reali poggiano sulla negazione della possibilità di riferire interessi, sotto il profilo dell'imputazione soggettiva, in via autonoma ed immediata alla collettività dei partecipanti, intesa come insieme unificato, che pur si muove regolato dal metodo collegiale ed è dominato dal principio maggioritario. Non si potrebbe ravvisare, a dire di questa impostazione, un interesse collettivo

dei comunisti, perché al più, nella comunione, si avrebbe una sommatoria meramente economica, ma giuridicamente irrilevante, di interessi individuali identici, seppur comuni a ciascuno dei partecipanti. Non la titolarità, ma soltanto l'esercizio, dei poteri e delle facoltà di questi interessi comuni verrebbe, perciò, attribuita all'assemblea, o all'amministratore di cui all'art. 1106, comma 2, c.c., rimanendo essi essenzialmente spettanti in dimensione individuale a ciascuno dei membri del gruppo.

A fronte di chi vede nella disciplina di cui agli artt. 1100 ss. del codice civile un modello di organizzazione orientato dal perseguimento di un interesse generale, così forte da attrarre le determinazioni individuali, l'interpretazione dominante ha sempre posto in evidenza che nella comunione (come nel condominio edilizio) non è dato scorgere un autonomo e distinto interesse *nuovo* del gruppo, in quanto, piuttosto, con le regole di amministrazione della cosa comune dettate dalla legge ci si limita a delineare un modello di esercizio in forma collegiale di preesistenti interessi comuni degli individui.

Nei rapporti tra i comunisti il codice civile avrebbe unicamente imposto l'obbligatorietà per tutti, anche se dissenzienti o assenti (salva l'immediata reazione con l'impugnazione *ex* art. 1109 c.c.), della volontà sovrana della maggioranza, la quale rende comune la somma aritmeticamente preponderante degli interessi individuali.

L'omogeneità qualitativa dell'interesse collettivo (a differenza dell'assembramento occasionale degli interessi individuali dei contitolari del diritto reale) imporrebbe, altrimenti, una sua riconducibilità al singolo partecipante in quanto appartenente alla classe, secondo una nozione giuridica che ha poi trovato consacrazione normativa nel modello di azione processuale *ex* art. 140-*bis* del d.lgs. n. 206 del 2005.

Farebbe oltremodo difetto, nell'organizzazione della comunione, quell'altro tratto coessenziale degli interessi collettivi, che è rappresentato dalla loro necessaria realizzabilità mediante un'attività comune del gruppo volta alla realizzazione di uno scopo, a sua volta, comune, che non sia già lo scopo singolare dell'uso della cosa comune.

Mentre, per dire, nelle società commerciali, terreno fertile di interessi collettivi, emerge con chiarezza la distinzione fra uno scopo-mezzo, costituito dal comune svolgimento dell'attività di impresa, e lo scopo-fine lucrativo, nella comunione il godimento e la gestione dei beni comuni rimarrebbero privi di un fine proprio del gruppo, giacché soltanto funzionali all'utilizzazione degli stessi, e quindi non attività comuni in senso stretto, quanto attività esercitate in comune ma riferibili sempre e soltanto ad interessi individuali.

3. L'uso comune

Si sostiene, ancora, che non possa parlarsi di attività comune di uso o di godimento delle cose in comunione, perché quel che si rinviene nell'ordinamento è, al più, un uso o godimento uguale, ma individuale, esercitato da ciascuno per proprio conto.
È vero, peraltro, che nella disciplina codicistica della comunione in generale non si parla mai di "uso comune", come invece vien fatto, ad esempio, nell'art. 1117 c.c. per il condominio negli edifici. L'art. 1102 c.c., indicativamente, adopera piuttosto l'espressione "uso della cosa comune", e ciò al fine di porvi il limite che esso non impedisca agli altri di «farne pari uso secondo il loro diritto». Ciò, potrebbe desumersi, perché nella comunione semplice, a differenza che nel condominio edilizio, l'uso e il godimento della cosa comune costituiscono non lo scopo della relazione di comproprietà, quanto unicamente un argine dell'utilizzazione individuale. Il rapporto di comunione ordinaria si esaurisce nella contitolarità del bene che ne forma oggetto, senza legami o vincoli di strumentalità rispetto ad altri beni. Ciò darebbe conferma all'illazione secondo cui la comunione non si rapporta mai con un interesse generale, perché persegue solo l'interesse del singolo comproprietario.

Le specificità delle norme, rispettivamente dettate in tema di comunione e in tema di condominio, sarebbero, allora, del tutto coerenti con le assolute specificità dei due distinti regimi di contitolarità, uno essenzialmente provvisorio e votato allo scioglimento (art. 1111 c.c.), l'altro, all'opposto, tendenzialmente perpetuo (art. 1119 c.c.).
Questo dato distintivo si trascura troppo spesso facendo leva sul rinvio stabilito dall'art. 1139 c.c., il quale, per il vero, contempla l'applicazione al condominio delle norme sulla comunione in generale, ma soltanto per quanto non espressamente previsto negli artt. 1117 ss. c.c. Si pensi all'affrettata invocazione, in tema di condominio, del principio di "rappresentanza reciproca" e di "legittimazione sostitutiva", tipico della comunione ordinaria, in quanto facoltà spettanti a tutti i comproprietari per la tutela delle cose comuni, laddove per gli interessi condominiali vige, piuttosto, l'art. 1131 c.c., che a differenza dell'art. 1106 c.c., prevede istituzionalmente il potere di rappresentanza e la legittimazione processuale dell'amministratore.
Diversamente che nella comunione ordinaria, nel condominio di edifici il godimento dei beni comuni sarebbe, perciò, non unicamente un limite, quanto lo scopo del diritto stesso di condominio: la "relazione di accessorietà", implicita negli artt. 1117 e 1117-*bis* c.c., trova il suo fondamento nel fatto che le parti

comuni siano necessarie per l'esistenza, ovvero che siano permanentemente destinate all'uso o al godimento comune.
Così anche, tra le nozioni di modificazione della cosa comune e di innovazione (e, pertanto, tra le sfere di operatività delle norme di cui all'art. 1102 e all'art. 1120 c.c., l'una impeditiva degli usi che comunque alterino la destinazione o pregiudicano il pari godimento, l'altra soltanto degli usi che addirittura rendano inservibile la parte comune al godimento di qualche singolo) corre una differenza che è di carattere innanzitutto soggettivo, giacché, fermo il tratto comune dell'elemento obiettivo consistente nella trasformazione della *res* o nel mutamento della destinazione, quel che nell'art. 1120 c.c. assume rilevanza (mentre è sconosciuto nell'art. 1102 c.c.) è l'interesse collettivo di una maggioranza qualificata dei parteciparti, espresso da una deliberazione dell'assemblea. Le modificazioni dell'uso della cosa comune non si confrontano con un interesse generale, poiché perseguono solo l'interesse del singolo, mentre la disciplina delle innovazioni segna un limite alle attribuzioni dell'assemblea: sicché diviene inevitabile che all'assemblea dei condomini debba assicurarsi una più ampia competenza ad approvare nuove opere, rispetto a quanta se ne debba riconoscere al singolo partecipante alla comunione.
Anche nella disciplina settoriale del condominio edilizio vi sono, peraltro, disposizioni che guardano al godimento individuale, ma in esso rinvengono non un'attività da tutelare, quanto un limite di competenza per le potestà deliberative dell'assemblea o dell'autonomia negoziale. Così, nell'art. 1119 c.c., la divisione delle parti comuni è ammessa con il consenso unanime e sempre che essa non renda «più incomodo l'uso della cosa riservato a ciascun condomino»; mentre l'art. 1120, comma 1, c.c. vieta alla maggioranza quelle innovazioni «che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino».

4. Collegialità e comunione

Le teoriche che avversano l'elaborazione di un autonomo interesse della comunione sostengono, dunque, che non può parlarsi di attività collettiva di gestione della cosa comune, espressa nelle forme delle deliberazioni assembleari, in quanto si avrebbe unicamente un esercizio in assetto collegiale dei preesistenti e prevalenti interessi individuali correlati alle proprietà solitarie. Questa conclusione è costretta però a svalutare il dato che emerge dal testo delle norme.

Gli artt. 1100 ss. del codice civile sono densi di disposizioni che impongono apposite deliberazioni assembleari per la gestione della cosa comune, e così lasciano emergere interessi e scopi di natura collettiva rientranti nella titolarità del gruppo e non dei singoli.
Occorre un'espressione collegiale di voto, non surrogabile dalla volontà individuale di nessun comunista, per approvare gli atti di ordinaria amministrazione, le innovazioni, e gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, per formare un regolamento, per nominare un amministratore.
Viene opposto, come anche già anticipato, che la gestione assembleare e maggioritaria degli interessi collegati ai beni comuni non suppone un'attività necessariamente imputabile all'organizzazione. Anzi, la gestione delle cose comuni potrebbe essere comunque sempre attuata anche con iniziative individuali e singolari.
Non sembra decisiva, al fine di negare l'individuazione di interessi collettivi condominiali, l'obiezione secondo cui nel condominio mancherebbe la soggettivizzazione del gruppo.
Già i giuristi latini, a proposito dell'*universitas*, distinguevano i rapporti facenti capo ai *cives* come universi (o, meglio, all'*universitas civium*) dai rapporti facenti capo ai *cives* come *singuli*. Tipico dell'*universitas*, regolata dal principio di maggioranza delle sue deliberazioni (di per sé antitetico alla *prohibitio* imperante nella vita della comunione), era l'effetto per cui «*refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem*». Insegnava Ulpiano: «*quod universitati debetur singulis non debetur*».
Nella comunione, i partecipanti (*plures*) si presentano, perciò, anche (e soprattutto) verso i terzi, *uti universi*, collettivamente proprietari, e dunque anche collettivamente obbligati.

5. La concorrente amministrazione della cosa comune

Torniamo più da vicino all'art. 1105 c.c. Da esso si trae conferma rassicurante di un interesse comune dei partecipanti alla conservazione ed alla gestione della cosa in comunione. Tale interesse viene preservato attribuendo a tutti i partecipanti il diritto di "concorrere" nell'amministrazione della cosa comune (primo comma dell'art. 1105 cit.). "*Concorrere nell'amministrazione*" è cosa ben diversa dall'amministrazione disgiuntiva consentita dall'art. 2257 c.c. per la società semplice. Oltre che nell'esercizio dei diritti corporativi di cogestione della cosa comune, a ogni contitolare è poi affidata una potestà individuale di controllo di legittimità e di merito sull'amministrazione collettiva.

La concorrente amministrazione della cosa comune si esprime, di regola, secondo il principio di maggioranza, calcolata in base al valore delle quote, e ciascuno dei componenti della minoranza dissenziente può impugnare davanti all'autorità giudiziaria le deliberazioni collegiali.
Il quarto comma dell'art. 1105 c.c. si occupa, invece, di far fronte alla eventuale paralisi gestionale, che avviene quando «non si prendono i provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune o non si forma una maggioranza, ovvero se la deliberazione adottata non viene eseguita». In tali casi «ciascun partecipante può ricorrere alla autorità giudiziaria. Questa provvede in camera di consiglio e può anche nominare un amministratore».
Se, in sostanza, l'amministrazione della cosa comune è un "diritto" che spetta congiuntamente ai comunisti, i provvedimenti che a tal fine appaiano "necessari" sono oggetto, altresì, di un reciproco obbligo che intercorre fra i partecipanti, obbligo non nell'interesse dell'uno o dell'altro, quanto nell'interesse della "*res*", tant'è che in nome di questo può richiedersi l'intervento sostitutivo del giudice per ovviare all'incuria dei singoli.

6. La generale legittimazione esclusiva dei comproprietari e la singolare fattispecie degli edifici degradati

Il potere di provocare l'intervento dell'autorità giudiziaria spetta, in base all'art. 1105, comma 4, c.c., unicamente agli interessati, e cioè ai partecipanti alla comunione. Ove si tratti di una deliberazione ineseguita, può ricorrere al giudice anche il comproprietario che aveva dissentito da essa, essendo tutti i partecipanti interessati all'amministrazione della cosa comune.
Assai eccentrica, sotto il profilo proprio della legittimazione al ricorso all'autorità giudiziaria per l'amministrazione delle cose comuni, è la norma prevista dall'art. 5-*sexies* ("Disposizioni urgenti per gli edifici condominiali degradati o ubicati in aree degradate") del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, inserito dalla legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, in forza del quale, «negli edifici condominiali dichiarati degradati» con ordinanza del sindaco dal comune nel cui territorio sono ubicati, ai sensi dell'art. 50, comma 5, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali gli edifici medesimi, «quando ricorrono le condizioni di cui all'articolo 1105, quarto comma, del codice civile, la nomina di un amministratore giudiziario può essere richiesta anche dal sindaco del comune ove l'immobile è ubicato». L'amministratore giudiziario nominato su domanda del sindaco, peraltro, «assume le decisioni indifferibili e necessarie in funzione sostitutiva dell'assemblea». La norma crea una combinazione ibrida

tra il potere di ordinanza contingibile ed urgente attribuito per finalità di interesse pubblico al sindaco (potere che notoriamente si estrinseca in atti derogatori del principio di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa, connotati dalla correlazione ad un fatto imprevedibile di durata limitata e dalla impossibilità di differire l'iniziativa) e l'intervento giudiziale in sede di volontaria giurisdizione a tutela dell'interesse comune dei comproprietari. Nella sentenza n. 267 del 1974 resa dalla Corte Costituzionale, escludendosi il contrasto dell'art. 1105, comma 4, c.c. e dell'art. 1129, comma 1, c.c. con gli artt. 3 e 24 Cost., si chiarì che tali norme «tutelano il diritto, spettante a ciascun condomino in quanto tale in attuazione della sua facoltà di godimento, che la cosa comune venga amministrata, nonché il diritto, espressamente riconosciuto singolarmente a tutti i condomini dal quarto comma dell'art. 1105 del codice civile, di concorrere all'amministrazione». Per la Corte Costituzionale, i provvedimenti dell'autorità giudiziaria previsti nei due citati articoli «non sono diretti a difendere interessi di singoli condomini in contrasto con altri, ma hanno per oggetto la tutela di un interesse comune a tutti i condomini. Possono emanarsi nel solo caso che questa tutela non venga attuata dagli stessi ed hanno lo scopo di ovviare ai danni che incomberebbero su tutti i partecipanti alla comunione a causa di tale inerzia». Nulla a che vedere, pertanto, con le esigenze collegate ai pericoli per l'incolumità pubblica considerati dall'art. 50 del T.U.E.L. Col suo provvedimento in camera di consiglio il Tribunale, su iniziativa di uno o più condomini, sopperisce, perciò, alla deliberazione collegiale non presa e che è reputata dalla legge necessaria per l'amministrazione della cosa comune, o la attua qualora esista e non sia stata eseguita. Si tratta, in ogni caso, di provvedimenti che non devono atteggiarsi come definitivi, ovvero come idonei a produrre effetti di giudicato, potendo sempre essere revocati o modificati dalla medesima autorità giudiziaria su istanza degli interessati. Così come la maggioranza dei comproprietari può successivamente provvedere alla nomina di amministratore diverso da quello nominato dall'autorità giudiziaria senza ricorrere a questa, revocando così praticamente lo stesso provvedimento giudiziario. Quello di cui l'art. 5-*sexies* del d.l. n. 32 del 2019, convertito in legge n. 55 del 2019, non sembra, allora, consapevole è che, nel contesto di un procedimento di volontaria giurisdizione sull'amministrazione di beni in comunione, l'esigenza di proteggere "l'interesse pubblico" correlato al potere della P.A. non può essere preminente rispetto all'esigenza di tutelare l'interesse sostanziale proprietario di chi soggiace al provvedimento finale.

7. Inderogabilità

Il precetto dell'art. 1105, ultimo comma, è inderogabile, sicché non può esservi accordo valido tra i comproprietari, né efficace deliberazione, seppur unanime di costoro, che decidano di rinunziarvi preventivamente.

8. I casi che ammettono il ricorso all'autorità giudiziaria

Il ricorso all'autorità giudiziaria *ex* art. 1105 c.c. presuppone ipotesi tassative, tutte riconducibili ad una situazione di assoluta inerzia in ordine alla concreta amministrazione della cosa comune per mancata assunzione dei provvedimenti necessari o per assenza di una maggioranza o per difetto di esecuzione della deliberazione adottata.
Il singolo comproprietario non è perciò legittimato ad agire in sede di volontaria giurisdizione ai sensi dell'art. 1105 c.c. senza avere, in precedenza, provocato la convocazione dell'assemblea, ovvero la riunione dei partecipanti alla comunione per la decisione a maggioranza sul punto; solo infatti la mancata convocazione dell'assemblea, la mancata formazione di una volontà maggioritaria o l'adozione di una delibera poi ineseguita legittimano il ricorso alla tutela di cui all'art. 1105 c.c.
Per poter adire giudice al fine di rimuovere l'inerzia di gestione della cosa comune, occorre, in sostanza, che sia stata vanamente indetta un'assemblea con specifico ordine del giorno, o che i partecipanti si siano almeno riuniti informalmente. La convocazione dell'assemblea può avvenire ad opera del comproprietario più diligente e la comunicazione dovrà riferirsi nell'ordine del giorno all'esecuzione dell'atto di amministrazione che si reputa necessario.
I tre casi che ammettono il ricorso all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1105, comma 4, c.c., riguardano, quindi, le ipotesi in cui:
a) l'assemblea sia debitamente convocata ma non provveda all'amministrazione, pur essendovene la necessità (se, viceversa, la maggioranza delibera di non prendere provvedimenti, la tutela va ricercata nell'art. 1109 o nell'art. 1137 c.c., essendo impugnabili anche le deliberazioni a contenuto meramente negativo che risultino gravemente pregiudizievoli alla cosa comune: Cass. n. 2127/2021; Cass. n. 15697/2020; Cass. n. 6735/2020; Cass. n. 313/1999);
b) non si riesce a formare la maggioranza, a causa dell'assenza o dell'astensione della metà dei voti calcolati per valore, ovvero perché i comproprietari con pari quota sono proprio soltanto due e sono in disaccordo (o, nel condominio edilizio "minimo", pur quando i due soli condomini siano titolari di quote diseguali,

rilevando, per le delibere condominiali *ex* art. 1136 comma 2, c.c., altresì la maggioranza dell'elemento personale degli intervenuti, sicché, mancando la partecipazione di entrambi e la decisione unanime, e non potendosi mai ricorrere al criterio maggioritario, si impone il ricorso all'art. 1105, comma 4, c.c.: Cass. n. 16337/2020; Cass. n. 15705/2020);

c) la delibera approvata incontri resistenze o non sia comunque portata ad esecuzione. Al riguardo, esula dall'ambito del procedimento *ex* art. 1105, comma 4, c.c., ogni domanda che sia comunque rivolta ad ottenere il risarcimento dei danni per la mancata o negligente amministrazione della cosa comune o per la mancata attuazione di una delibera della maggioranza.

Poiché il presupposto dell'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria *ex* art. 1105 c.c. è l'inerzia per mancata assunzione dei provvedimenti necessari o per assenza di una maggioranza o per difetto di esecuzione della deliberazione adottata, lo stesso non è ipotizzabile quando la maggioranza dei comproprietari abbia approvato un atto di amministrazione necessario per il bene comune (ad esempio, un intervento manutentivo: Cass. n. 5889/2001) ed esso sia contestato dai restanti compartecipanti, in quanto l'intervento del giudice in tal caso si risolverebbe in un'ingerenza nella gestione collettiva ed in una sovrapposizione della volontà dei comunisti.

Non sono dunque proponibili azioni giudiziarie relativamente alle spese ed all'amministrazione delle cose comuni (in questa compresi gli atti di conservazione) prima che venga sollecitata e provocata una deliberazione dell'assemblea dei comproprietari, alla quale spetta ogni determinazione al riguardo, sia che si tratti di spese voluttuarie o utili, che di spese necessarie, distinguendo la legge (ai fini della prescrizione, rispettivamente, della deliberazione a maggioranza semplice e di quella a maggioranza qualificata) unicamente tra spese di ordinaria amministrazione (art. 1105 c.c.) e spese concernenti innovazioni o atti di straordinaria amministrazione (art. 1108 c.c.). Peraltro, mentre la deliberazione di maggioranza è impugnabile davanti al giudice, in via contenziosa, ove lesiva dei diritti individuali dei partecipanti dissenzienti, resta salva la possibilità, una volta convocata l'assemblea, in caso di omessa iniziativa della medesima e di mancata formazione di una volontà di maggioranza o di omessa esecuzione della deliberazione, di rivolgersi al giudice, non già in sede contenziosa, ma, appunto, di volontaria giurisdizione, ai sensi del quarto comma dell'art. 1105 (Cass., sez. un., n. 4213/1982; Cass. n. 8876/1998; Cass. n. 28281/2019).

A contrario, la stessa previsione dell'art. 1105, comma 4, c.c. preclude al singolo partecipante alla comunione di rivolgersi al giudice in sede contenziosa per il caso tipico in cui non si formi una maggioranza ai fini dell'adozione dei

provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune. Ovviamente, tale preclusione concerne soltanto i rapporti interni tra i comunisti, e non opera, per converso, in relazione ad iniziative giudiziarie contenziose promosse dal comunista in qualità di terzo, come avviene nel caso in cui il comproprietario intenda far valere in giudizio la posizione di proprietario di cose estranee alla comunione, che dalla rovina della cosa di cui è comproprietario abbia subito pregiudizio (Cass. n. 8876/1998).

Non è comunque consentito di ricorrere all'autorità giudiziaria, in sede di volontaria giurisdizione e tanto meno in sede contenziosa, per ottenere l'imposizione di un regolamento contenente norme circa l'uso della cosa comune, spettando unicamente al gruppo l'espressione della volontà associativa di autorganizzazione contenente i futuri criteri di comportamento vincolanti per i partecipanti della comunione. Il regolamento di comunione (o di condominio) è, in ogni caso, atto di produzione essenzialmente privata anche nei suoi effetti tipicamente organizzativi, incidenti, cioè, sulle sole modalità di godimento dei beni comuni. Il giudice può eventualmente decidere sulla impugnazione *ex* art. 1109 (o 1137) c.c. della delibera che abbia rifiutato di approvare il regolamento (quanto meno ove esso debba essere obbligatoriamente formato agli effetti dell'art. 1138, comma 1, c.c.), ovvero annullare la norma regolamentare che sia stata impugnata a norma dell'art. 1107 c.c., ma non può modificare quest'ultima nel senso di dettare una diversa regola in sostituzione di quella annullata (Cass. n. 18038/2020).

Parimenti inammissibile è il ricorso alla procedura in esame per la declaratoria di esecutività della deliberazione dei compartecipanti nei confronti di soggetti estranei alla comunione (Cass. n. 10575/1994).

L'art. 1105, comma 4, c.c., non trova poi applicazione per il fondo comune di un'associazione non riconosciuta (spettando all'assemblea, in via di analogia dall'art. 20 c.c., il controllo sull'amministrazione), né per il patrimonio di una società di persone (come può desumersi dall'art. 2248 c.c.).

9. I provvedimenti necessari all'amministrazione

Il tribunale può essere adito per adottare i "provvedimenti necessari" all'amministrazione, e non dunque quelli diretti al miglioramento della cosa o a renderne più comodo o redditizio il godimento. Deve, in sostanza, trattarsi di atti di ordinaria amministrazione, e non di innovazioni (per le quali l'art. 1108 c.c. non contempla, invero, alcun intervento giudiziale) o di ricostruzioni della cosa comune.

Tra i provvedimenti che il giudice può rendere vi è l'autorizzazione di riparazioni straordinarie (anche senza che occorra l'attributo della necessità delle opere, stabilito dall'art. 1110 c.c. per l'iniziativa del singolo comunista).

10. La nomina di un amministratore

È consentita anche la nomina di un amministratore (che sia un partecipante o pure un estraneo alla comunione), del quale il decreto deve determinare i poteri (sempre nei limiti dell'ordinaria amministrazione; arg. dall'art. 1106 c.c.): questo strumento, essendo espropriativo delle normali facoltà gestorie dei partecipanti, suppone una particolare gravità della loro incuria. L'amministratore nominato dal tribunale ha, allora, la stessa posizione di quello nominato dai partecipanti, salvi i limiti imposti nel provvedimento, e può quindi agire nell'interesse della comunione senza dover richiedere preventivamente l'autorizzazione dell'assemblea (Cass. n. 2279/1965).
L'amministratore della comunione di nomina giudiziale è, tuttavia, privo della legittimazione ad agire nei confronti di uno dei comunisti in rappresentanza degli altri, mancando, in materia di comunione, una disposizione analoga a quella posta, per l'amministratore del condominio, dall'art. 1131 c.c. (Cass. n. 15684/2006).

Non è prevista dalla legge una durata predeterminata dell'incarico conferito all'amministratore giudiziale della comunione (a differenza dell'amministratore di condominio, comunque regolato dall'art. 1129 c.c.).
L'amministratore nominato dal tribunale *ex* art. 1105, comma 4, c.c. non è un ausiliario del giudice, sicché quest'ultimo non deve liquidargli alcun compenso, da regolare, piuttosto, ai sensi dell'art. 1709 c.c.
Spetta all'assemblea anche il compito di revocare eventualmente l'amministratore giudiziale.

11. Limiti dei provvedimenti *ex* art. 1105, comma 4, c.c.

L'oggetto dei provvedimenti invocati *ex* art. 1105, comma 4, c.c., mediante i quali il giudice si sostituisce all'attività manchevole dei comproprietari parti nella gestione dell'interesse comune, non può comunque incidere sulla consistenza dei diritti individuali di ciascuno, necessitando tale questione la tutela in sede contenziosa.
Neppure può farsi ricorso all'autorità giudiziaria *ex* art. 1105 c.c. per

revocare l'amministratore nominato ai sensi dell'art. 1106, comma 2, c.c. In caso di irregolarità della gestione, ciascun comunista può piuttosto ricorrere all'assemblea e chiedere la revoca dell'amministratore. Solo se non si forma una maggioranza assembleare al riguardo, è possibile il ricorso del compartecipante a norma dell'art. 1105 c.c., con conseguente ordine dell'autorità giudiziaria. Quando invece l'assemblea si tenga e decida di non procedere alla revoca dell'amministratore, il singolo comunista può procedere ad impugnare la delibera a norma dell'art. 1109, n. 1 c.c.

12. Procedimento

È competente il Tribunale del luogo in cui si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi, che provvede in composizione collegiale. Con decorrenza dal 31 ottobre 2025, ai sensi dell'art. 60-*bis* disp. att. c.c., inserito dal d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, le domande *ex* art. 1105, comma 4, c.c. andranno proposte con ricorso al giudice di pace.

Il decreto emesso dal tribunale ai sensi dell'art. 1105, comma 4, c.c., è atto di giurisdizione volontaria reso all'esito di un giudizio camerale plurilaterale tipico nel contraddittorio di tutti i partecipanti alla comunione: come si è visto, l'intervento del giudice è concepito in funzione sostitutiva della volontà dell'assemblea e vengono in rilievo contemporaneamente l'interesse della comunione e quelli dei singoli soggetti che la compongono.

Le parti non devono essere munite del patrocinio di un difensore legalmente esercente, *ex* art. 82, comma 3, c.p.c., trattandosi di procedimento che culmina in un provvedimento non incidente su situazioni sostanziali di diritti o *status*.

L'autorità giudiziaria adotta o esegue un atto di amministrazione, che non ha, perciò, carattere decisorio né definitivo, ed è, piuttosto, revocabile e reclamabile a norma degli artt. 739, 742 e 742-*bis* c.p.c. Identica natura rivela il decreto che sia reso in sede di reclamo, con conseguente inammissibilità contro di esso del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. La pronuncia sulla domanda di provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune non costituisce comunque "sentenza", in quanto non contiene alcun giudizio in merito ai fatti controversi ed al rapporto sostanziale e non è perciò suscettibile di acquisire forza di giudicato.

Il decreto con cui la corte d'appello provvede sul reclamo dell'interessato in ordine alla domanda di provvedimenti *ex* art. 1105, comma 4, c.c. può, viceversa, essere revocato o modificato dalla stessa corte d'appello, per un preesistente vizio di legittimità o per un ripensamento sulle ragioni che indussero ad

adottarlo, restando attribuita al tribunale, giudice di primo grado, la competenza a disporre la revisione del provvedimento emesso in sede di reclamo, sulla base di fatti sopravvenuti, ai sensi dell'art. 742 c.p.c., atteso che quest'ultima disposizione si riferisce, appunto, unicamente ai provvedimenti camerali privi dei caratteri di decisorietà e definitività

L'impugnabilità con ricorso per cassazione *ex* art. 111 Cost. del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 1105, comma 4, c.c. residua nelle sole ipotesi in cui esso, travalicando i limiti previsti per la sua emanazione, abbia risolto in sede di volontaria giurisdizione una controversia su diritti soggettivi (Cass. n. 28281/2019; Cass. n. 15548/2017; Cass. n. 4616/2012; Cass. n. 12881/2005; Cass. n. 24140/2004).

La natura del procedimento *ex* art. 1105, comma 4, c.c., comporta che esso resta sottratto all'applicabilità delle regole dettate dagli artt. 91 ss. c.p.c. in materia di spese processuali, le quali postulano l'identificabilità di una parte vittoriosa e di una parte soccombente in esito alla definizione di un conflitto di tipo contenzioso (Cass. n. 10663/2020). Deve allora ritenersi ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. avverso l'eventuale statuizione relativa alla condanna al pagamento delle spese del procedimento per i provvedimenti di amministrazione della cosa comune, giacché essa concerne posizioni giuridiche soggettive di debito e credito discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo rispetto a quello in esito al cui esame viene adottata.

Il procedimento di nomina e di revoca dell'amministratore di condominio

Francesco Paolo Torrasi
Giudice del Tribunale di Palermo
Formatore decentrato presso la Struttura territoriale della Corte di Appello di Palermo

L'ingerenza del giudice nel rapporto di amministrazione condominiale trova nel procedimento di nomina e di revoca dell'amministratore di condominio la sua più alta manifestazione.
Sotto il profilo procedurale, il legislatore ha ricondotto entrambi procedimenti al rito camerale. Ma se nel primo caso (procedimento di nomina) tale configurazione appare coerente col carattere (amministrativo) dell'intervento demandato al giudice, nel procedimento di revoca, la preferenza per il rito camerale non sembra simmetrica rispetto ai connotati essenziali del rimedio.
Avanzando dai dati di struttura, vale a dire dalla disciplina positiva dettata in materia, l'autore si sofferma sulle note caratterizzanti i due procedimenti ed affronta le più ricorrenti problematiche applicative ed interpretative che i rispettivi contenziosi sollevano (tra le quali, le questioni in punto di litisconsorzio, di onere di allegazione e prova, di spese e di controvertibilità del provvedimento), evidenziando, alla fine, come solo nel procedimento di revoca prevalga la nota, comune alla galassia dei procedimenti conteziosi, di risolvere un contrasto vertente su diritti.
In questi termini, il procedimento di revoca esibisce aspetti di unicità, spiegabili, secondo l'autore, in ragione della composita ossatura di rapporti che l'amministrazione condominiale sottende.

The highest expression of the judge's interference in the relationship between the apartment block manager and flat owners is his stepping in in the manager's appointment and revocation process.
From a procedural standpoint, the legislator has provided for both proceedings to be held in the judge's chambers (rito camerale). However, in the first case (appointment procedure), this formula appears consistent with the (administrative) nature of the judge's action, while for the revocation procedure,

providing for proceedings held in the judge's chambers does not seem to be in line with the main features of the remedy.
Looking firstly at structural data, that is, at the existing positive laws on this matter, the author carries out an in-depth analysis of the specific features of the two proceedings, and addresses the most recurring application and interpretation issues concerning both contentious procedures (including joinder of parties, burden of pleading and burden of proof, expenses and disputability of the regulation-related issues). In the end, the author highlights that only in the revocation procedure the note of resolving a dispute concerning rights – which is common to the galaxy of litigation proceedings – prevails.
In this light, the revocation procedure shows unique aspects, which can be explained, according to the author, by reason of the composite framework of relationships underlying apartment block management.

Sommario: 1. Premesse. – 2. Il procedimento di nomina dell'amministratore di condominio. – 3. Il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio. – 3.1. Segue: revoca giudiziale e tentativo obbligatorio di mediazione. – 3.2. Segue: le dimissioni dell'amministratore nel corso del procedimento. – 3.3. Segue: la statuizione sulle spese e la controvertibilità del provvedimento.

1. Premesse

In linea generale, l'ingerenza del giudice nel rapporto di amministrazione condominiale può assumere due direzioni:
– può essere di ausilio o di supporto, come accade nella nomina, ove per via giudiziale si agevola un risultato che i condomini non riescono a conseguire da sé;
– può essere di tipo demolitivo o correttivo, come per la revoca, ove, per via autoritaria, si produce la demolizione di un rapporto legittimamente deliberato dall'assemblea (art. 1136, secondo comma, c.c.).
In entrambi i casi, l'intervento si propone di sostituire la volontà collettiva, ma se nel primo caso la rimpiazza, verificandola inerte, nel secondo la sovrasta, supponendola contraria all'interesse del condominio.
Nella revoca, tuttavia, questa immanente tensione sussidiaria assume contorni di rilievo, perché a differenza della nomina, dove la verifica dell'inerzia è un presupposto di operatività dell'intervento giudiziale, elidendo, l'esistenza di una volontà assembleare, la possibilità stessa del ricorso al giudice, nella revoca l'eventualità che l'intervento si sovrapponga (superandola) alla volontà collettiva è una costante sul piano teorico e pratico.

2. Il procedimento di nomina dell'amministratore di condominio

La nomina per via giudiziale dell'amministratore di condominio costituisce l'effetto di un'investitura comunemente ritenuta di carattere amministrativo e non giurisdizionale, finalizzata ad assicurare al condominio di non esigue dimensioni (v. *infra*) di dotarsi del suo 'braccio armato', ovverosia del soggetto (si potrebbe dire dell'*organo*, se ciò non costasse il rischio di addentrarci in un ginepraio di questioni succulente) deputato all'espletamento delle incombenze gestorio-esecutive.
Sul piano assiologico, l'intervento del giudice si giustifica per la centralità che la legge riserva all'interesse collettivo dei condomini ad una celere amministrazione: le parti o i servizi comuni richiedono premure costanti, sì che l'assenza del soggetto designato a prendersene cura – che non è inteso dalla legge quale organo necessario[1] – è un'eventualità da scongiurare, pregiudicando la possibilità materiale di agire dell'ente di gestione.
La disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 1129, comma 1, c.c.
La norma prescrive che «Quando i condomini sono più di otto, se l'assemblea non vi provvede, la nomina di un amministratore è fatta dall'autorità giudiziaria su ricorso di uno o più condomini o dell'amministratore dimissionario».
A differenza del passato, la l. n. 220 del 2012, modificando il disposto del comma 1 dell'art. 1129 c.c. ha elevato ad otto condomini (a fronte degli originari quattro) la soglia legale sopra la quale scatta l'obbligatorietà della nomina dell'amministratore[2], e ha legittimato l'amministratore dimissionario (oltre che i singoli condomini) ad adire l'autorità giudiziaria nel caso di inerzia dell'assemblea.
Il sindacato che la legge affida al Tribunale si incentra, di norma, sul riscontro di due elementi: (*i*) la mancata adozione della delibera di nomina da parte dell'assemblea; (*ii*) il vano ricorso dell'interessato alla facoltà di convocazione diretta dell'assemblea per deliberare sulla nomina.
Infatti, da un lato, il tenore letterale della norma («se l'assemblea non vi

[1] La legge contempla l'evenienza che manchi il rappresentante legale dei condomini (cfr. art. 65 disp. att. c.c.: «Quando per qualsiasi causa manca il legale rappresentante dei condomini, chi intende iniziare o proseguire una lite contro i partecipanti a un condominio può richiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 80 del codice di procedura civile»).
[2] È opinione diffusa che nei condominii con meno di cinque partecipanti, ove non provveda l'assemblea, l'amministratore possa essere nominato dall'autorità giudiziaria su istanza di un condomino, ma solo nei casi previsti dall'art. 1105, 4 comma, c.c.: la soluzione discende dall'idea per cui l'art. 1129, comma 1, c.c. costituisce un'ipotesi speciale della norma più generale di cui all'art. 1105, ultimo comma, c.c.

provvede») postula chiaramente l'inerzia dei condomini; dall'altro, il carattere fiduciario della relazione amministratore-condominio – connotata, comunque la si strutturi, dalla fiducia – sostiene la condizione di riservare in via prioritaria all'assemblea il compito di scegliersi la persona cui conferire il mandato[3].

Per queste ragioni, una testuale, l'altra di sfondo, si suole affermare che l'intervento dell'autorità giudiziaria ai sensi del comma 1 dell'art. 1129 c.c. ha carattere sussidiario e residuale rispetto al *potere-dovere* attribuito all'assemblea, occorrendo, per prima cosa, che si accerti che il condomino si sia invano avvalso del diritto di convocare l'assemblea, vale a dire che sussista un'impossibilità o un'indisponibilità da parte dei condomini di nominare un amministratore[4].

Coerentemente, la prassi giudiziaria subordina l'accoglimento del ricorso all'allegazione e prova che l'assemblea, chiamata a riunirsi dall'amministratore dimissionario (o *in prorogatio*) oppure autoconvocatasi per iniziativa del singolo condomino (art. 66 disp. att. c.c.), sia andata deserta per almeno due volte, o per almeno due volte non sia riuscita a deliberare la nomina dell'amministratore per carenza della maggioranza prescritta o per disaccordi radicati.

Si tratta, naturalmente, di requisiti elaborati in via pretoria, facenti salvo il libero convincimento del giudice di ravvisare il presupposto dell'inerzia anche in presenza di contingenze differenti, purché dimostrative della sussistenza di una paralisi gestionale foriera di perniciose ripercussioni, sì da contenere l'intervento del giudice entro un binario segnato, per un verso, dal timore di non espropriare l'assemblea delle investiture legali e, per altro verso, dalla necessità di evitare che l'intralcio ad una celere e corretta gestione perduri nel tempo.

La legge riserva la legittimazione attiva, oltre che al singolo, anche all'amministratore dimissionario.

La menzione appare a prima vista curiosa, dandosi rilievo ad una figura specifica di *perpetuatio imperii* e tralasciandosi le altre.

Come noto, l'istituto della *prorogatio imperii* (il cui fondamento riposa nella «presunzione di conformità alla volontà dei condomini e nell'interesse del condominio alla continuità dell'amministratore»[5]) delinea un ampio ventaglio

---

[3] Esula dal sindacato giudiziale lo scrutinio di legittimità circa l'investitura dell'amministratore formalmente nominato. Quindi, ove l'assemblea abbia adottato una deliberazione di nomina che taluno dei condomini ritiene illegittima, il rimedio non potrà che consistere nell'impugnazione della delibera in sede contenziosa.

[4] Su questa linea, cfr. Trib. Udine, 25 ottobre 1995, in *Giur. mer.*, 1996, 227, con nota di P. SCALETTARIS, *A proposito della nomina dell'amministratore del condominio da parte dell'Autorità giudiziaria*, ivi, 228 ss.; App. Torino 22 marzo 1993, in *Arch. loc.*, 1993, 309.

[5] In questi termini si esprime, tra le tante, Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2012, n. 18660, in *CED*.

di fattispecie, tra le quali non compare solo l'amministratore dimissionario, dovendovisi ricondurre ogni ipotesi in cui il condominio rimanga privo dell'opera dell'amministratore, e quindi (tra gli altri): (*i*) il caso dell'amministratore non confermato dall'assemblea; (*ii*) dell'amministratore cessato per scadenza naturale del termine di cui all'art. 1129 c.c., comma 2, c.c.; (*iii*) della revoca o annullamento (per illegittimità) della delibera di nomina[6]; (*iv*) della perdita dei requisiti di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del primo comma dell'art. 71-*bis* disp. att. c.c. (ipotesi contemplata dal comma 4 della stessa disposizione).

Onde scansare irragionevoli disparità di trattamento o scriteriate ricadute applicative, si deve, quindi, concludere che la legittimazione dell'amministratore ad agire agli effetti dell'art. 1129, comma 1, c.c. spetti, non solo al dimissionario, ma in ogni ipotesi di *prorogatio* (pertanto anche nel caso dell'amministratore non confermato o cessato dalla carica per qualsiasi altra ragione); diversamente, si finirebbe col rimettere la sostituzione dell'amministratore in *prorogatio* all'iniziativa dell'assemblea o a quella del singolo, imprigionando *sine die* l'amministratore nell'ultrattività dei doveri di cui all'art. 1129, comma 8, c.c.

Sotto l'aspetto processuale, il procedimento di nomina segue, come noto, le regole del rito camerale e si svolge nel contraddittorio necessario di tutti i condomini (senza obbligo di difesa tecnica), considerata la diretta incidenza dell'intervento giudiziale sull'amministrazione delle cose comuni.

Per tale ragione, è apprezzata nel ricorrente la premura di accludere al ricorso l'anagrafe condominiale, o comunque di munirsi di documentazione utile al riscontro della consistenza della compagine condominiale.

Purtroppo, non sono rari i casi in cui l'anagrafe condominiale difetti, rendendo difficoltosa la verifica in punto di litisconsorzio.

In siffatta eventualità, è auspicabile, vista la primarietà degli interessi sottesi (che non attengono soltanto al singolo), promuovere atteggiamenti indulgenti,

---

Le acquisizioni in ordine al fondamento della *prorogatio* hanno portato la giurisprudenza a ritenere che: «La "*perpetuatio*" di poteri in capo all'amministratore di condominio uscente, dopo la cessazione della carica per scadenza del termine di cui all'art. 1129 c.c. o per dimissioni, fondandosi su una presunzione di conformità di una siffatta "*perpetuatio*" all'interesse ed alla volontà dei condomini, non trova applicazione quando risulti, viceversa, una volontà di questi ultimi, espressa con delibera dell'assemblea condominiale, contraria alla conservazione dei poteri di gestione da parte dell'amministratore cessato dall'incarico» (così Cass. civ., sez. II, 17 maggio 2018, n. 12120, in *CED*).

[6] La giurisprudenza ha ritenuto che l'amministratore di condominio, o di altro tipo di comunione, la cui nomina sia stata dichiarata invalida, continua ad esercitare legittimamente, fino all'avvenuta sostituzione, i poteri di rappresentanza dei comproprietari: in questo senso, Cass. civ., sez. II, 19 marzo 2019, n. 7699, in *Imm. propr.*, 2019, 5, 323; Cass. civ., sez. II, 4 luglio 2011, n. 14589, in *CED*.

aperti a considerare che il dato attinente alla composizione della compagine possa essere ricavato *aliunde*, attingendosi, ad esempio, ai verbali di precedenti assemblee o alle visure catastali[7].

L'amministratore di condominio di nomina giudiziale esula dalla categoria degli ausiliari del giudice, essendo egli un ausiliario del condominio[8]; ne discende che la richiesta del compenso per l'opera da lui svolta (o di rimborso delle spese anticipate) andrà avanzata direttamente all'assemblea ed ogni contrasto sul punto andrà risolto (a tenore dell'art. 1709 c.c.) in sede contenziosa[9].

La natura peculiare del dispositivo di nomina, che per divina statuizione (art. 742 c.p.c.) non passa in giudicato ed è revocabile o modificabile, consente di non stupirsi della permanenza in capo ai condomini della facoltà di sostituire l'amministratore di nomina giudiziale: il condominio, cioè, ben può chiedere la revoca del provvedimento, oppure rendere inoperante la designazione giudiziale deliberando (con le maggioranze di cui all'art. 1136, comma 2, c.c.) la nomina di un amministratore o la conferma di quello cessato dalla carica per scadenza del termine annuale di incarico.

In punto di spese, si ritiene che, in disparte dell'ipotesi in cui sorgano contestazioni sui presupposti stessi del ricorso, il giudice che accoglie o respinge la richiesta di nomina giudiziale non possa provvedere sulle spese di lite: una giurisprudenza granitica precisa che la natura sostanzialmente amministrativa del provvedimento obblighi il giudice ad astenersi dalla statuizione sulle spese, che restano, perciò, a carico di chi le ha anticipate[10].

[7] Non trovandoci in sede contenziosa, non v'è, invero, il timore di assumere statuizioni di accertamento suscettibili di passare in giudicato. È chiaro che le visure della Conservatoria permetterebbero di aggirare il problema ma queste, a seconda del numero dei condomini, potrebbero rivelarsi assai onerose, sì che la decisione di richiederle va adottata secondo il prudente apprezzamento del caso concreto, non potendo trascurarsi il rischio che l'adempimento di un simile onere di allegazione si traduca in un diniego di tutela.

[8] Pacifico ch'egli possa essere sia una persona fisica che giuridica: in questo senso, Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 2007, n. 1406, in *Arch. loc.*, 2007, 5, 509.

[9] Cfr. Cass. civ., sez. II, 21 settembre 2017, n. 21966, in *CED*. Incidendo, l'interposizione del giudice, sul momento genetico del rapporto, si deve ammettere che l'amministratore di nomina giudiziale sia soggetto ai medesimi poteri e doveri componenti lo statuto dell'ausiliario di provenienza assembleare; tra questi, egli sarà tenuto, alla prima assemblea successiva alla nomina, a specificare analiticamente l'importo dovuto a titolo di compenso per l'attività svolta (art. 1129, comma 14., c.c.).

[10] Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 1° ottobre 2018, n. 25336, in *Imm. propr.*, 2019, 3, 145 (con nota di A. CELESTE, *Nomina giudiziaria: le spese sempre a carico del condomino istante?*), di cui si riparlerà (e in senso critico) con riguardo al procedimento di revoca. Chiaramente, estromettere il procedimento di nomina dal raggio di azione dell'art. 91 c.p.c. non significa negare al ricorrente la facoltà di ripetere, in separata sede, dagli altri condomini (evidentemente

Naturalmente, è ben possibile per il singolo contestare la legittimità del provvedimento di nomina (per insussistenza dei presupposti legali) proponendo reclamo innanzi alla Corte di Appello, anche se esiste un orientamento della giurisprudenza, talvolta sottaciuto, incline a sottolineare che, a differenza del provvedimento di revoca (v. art. 64 disp. att. c.c.), nel caso della nomina, il provvedimento camerale, sia esso di accoglimento o di rigetto, non è qualificato espressamente dalla legge '*reclamabile*', e non è dunque impugnabile[11].

Infine, conformemente alla natura amministrativa del provvedimento di nomina ed alla sua inattitudine al giudicato, si tende a negare che avverso il decreto con il quale la corte di appello provvede sul reclamo presentato nei confronti del decreto reso dal tribunale possa formularsi ricorso per cassazione a mente all'art. 111 Cost., a meno che il decreto non provveda (e possiamo ora aggiungere: *illegittimamente*) alla regolamentazione delle spese di lite, inerendo la statuizione sulle spese a posizioni giuridiche soggettive di debito e credito, discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo rispetto a quello dedotto in giudizio[12].

In conclusione, possiamo dire, sulla scorta di questa rapida panoramica e della disamina dei dati di disciplina, che in materia di nomina dell'amministratore di condominio, a differenza di quanto si vedrà in rapporto alla revoca, la scelta legislativa in punto di rito appare coerente con la natura del rimedio[13].

pro quota) le somme anticipate per dar corso al procedimento, trattandosi, pur sempre, di spese assunte in favore della cosa comune.

[11] Cfr. Cass. civ., sez. II, 13 novembre 1996, n. 9942, in *Arch. loc.*, 1997, 3, 439.

[12] Per questa impostazione, v. Cass. civ., sez. II, 11 ottobre, n. 25336, cit.; sul tema, imprescindibile il richiamo a Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, in *Corr. giur.*, 2005, 7, 988 ss., con nota di R. DONZELLI, *Le sezioni unite e il "giusto processo" civile*; in *Rass. loc. cond.*, 2004, 4, 657 ss., con note di G. GUIDA, *La revoca giudiziale dell'amministratore di condominio*, e di F. PETROLATI, *La revoca giudiziale dell'amministratore ed il giusto processo*; in *Dir. giust.*, 2005, 2, 12 ss., con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Amministratori revocati, basta il risarcimento*; in *Guida dir.*, 2004, 47, 51 ss., con nota di G. DE PAOLA, *Il soggetto rimosso può chiedere i danni solo attraverso un'azione ordinaria*.

[13] In materia di super-condominio, il tema della nomina dell'amministratore induce ad operare dei distinguo.

Per prima cosa, ove il supercondominio registri la presenza di non più di sessanta partecipanti (per cui non vale la speciale disciplina di cui all'art. 67, comma 3, disp. att. c.c.), si ammette che i singoli partecipanti possano sollecitare la nomina dell'amministratore per via giudiziaria ricorrendo alla norma generale di cui all'art. 1105, ultimo comma, c.c., e che dunque possano chiederla nell'ipotesi in cui l'assemblea del supercondominio, partecipata da tutti i proprietari delle singole unità immobiliari facenti parte del complesso, non provveda da sé (perché non riesce a riunirsi o perché non si forma una maggioranza).

Ove, invece, il supercondominio risulti composto da più di sessanta partecipanti, vigerà la

3. Il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio

Rispetto al procedimento di nomina, il procedimento di revoca dell'amministratore di condominio pone sicuramente maggiori criticità.
Per comprendere appieno il tipo di problemi che il tema sollecita, conviene muovere dai riferimenti di struttura, compendiati essenzialmente negli artt. 1129, commi 11 e 12, c.c. e 64 disp. att. c.c.[14]
Essi prospettano la revoca come una forma di risoluzione del rapporto di amministrazione condominiale, conseguente alla verifica del grave inadempimento dell'amministratore in carica[15].

---

speciale disciplina prevista dall'art. 67, comma 3, disp. att. c.c., che *obbliga* ciascun condominio a «… designare, con la maggioranza di cui all'articolo 1136, quinto comma, del codice, il proprio rappresentante all'assemblea per la gestione ordinaria delle parti comuni a più condomini e per la nomina dell'amministratore». In mancanza, stando alla norma, ciascun partecipante potrà chiedere all'autorità giudiziaria di nominare il rappresentante del proprio condominio, e il tribunale provvederà in sede di volontaria giurisdizione: difetta, in verità, un esplicito richiamo al procedimento camerale, ma questo, come si è visto, assurge, in materia di nomina di amministratore, a rito di riferimento, anche in virtù del vantaggio di consentire, senza troppe formalità, una designazione in tempi rapidi (per questo motivo, taluni osservano che l'eventuale integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i condomini rischi di rendere inoperante, di fatto, codesto meccanismo di nomina, ritardando il funzionamento dell'assemblea del supercondominio: cfr. A. CELESTE – A. SCARPA, *Riforma del Condominio (primo commento alla legge 11 dicembre 2012, n. 220*, Milano, 2013, 22 ss.).

L'art. 67, comma 3, disp. att. c.c., dispone, altresì, per l'eventualità che alcuni dei condominii facenti parte del supercondominio (sempre con più di sessanta partecipanti) abbiano nominato il proprio rappresentante mentre altri no. Per questa ipotesi, si prevede che l'autorità giudiziaria provveda alla nomina «… su ricorso anche di uno solo dei rappresentanti già nominati, previa diffida a provvedervi entro un congruo termine». Esigenze di coerenza sistematica convincono a ritenere applicabile, anche per questa evenienza, il procedimento in camera di consiglio, con la particolarità che la legittimazione passiva viene assegnata dalla legge in via prioritaria all'amministratore del singolo condominio (e solo in via sussidiaria ai singoli condomini dell'edificio).
Da ultimo, si noti che l'art. 67 disp. att. c.c. (definito inderogabile dal successivo art. 72 disp. att. c.c.) configura la designazione del rappresentante comune in termini di obbligo e non di facoltà. Cfr., sul punto, App. Milano, 16 giugno 2015, in *www.quotidianocondominio.ilsole24ore.com*, che, in presenza di un supercondominio composto da più di 200 condomini, ha ritenuto irrilevante la prova che le assemblee dei condominii inadempienti nella nomina del rappresentante comune non fossero capaci di nominarselo da loro, in quanto, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 67 cit., scatterebbe l'obbligo di nomina anche per opera del giudice, se necessario.

[14] Le considerazioni che nel testo si illustreranno riproducono, in molti passaggi, i contenuti di un recente lavoro in tema di revoca di amministratore di condominio (cfr. F.P. TORRASI, *La revoca dell'amministratore di condominio: note minime su struttura e spese*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 3, 213), cui sommessamente si rinvia.

[15] Da qui l'improprietà della terminologia riportata nel codice, posto che alla revoca si riportano

La configurazione che riconduce la revoca al paradigma della risoluzione si sorregge su due elementi: l'inclusione nell'area delle *gravi irregolarità* di un ampio ventaglio di ipotesi *tipiche*, rivelatrici di contegni talora opachi talaltra superficiali, o di violazioni di obblighi di trasparenza o di corretta gestione; l'assunzione per le ipotesi non tipizzate di un parametro di verifica (la *grave irregolarità*) volutamente elastico e fortemente allusivo (al *grave inadempimento*).

Da ciò discende che:

– l'elencazione contenuta nell'art. 1129 c.c. non è tassativa ma meramente esemplificativa[16], perciò suscettiva di ampliarsi secondo le mutevoli forme dell'inadempienza;

– tanto per l'area tipizzata, quanto per le ipotesi atipiche, non c'è nessun automatismo che trasfigura il giudice in aguzzino, valendo per entrambe la regola della prova contraria[17].

In difetto di prova contraria, all'effetto (costitutivo) della cancellazione del rapporto si aggiungerà il divieto di rieleggibilità dell'amministratore revocato, rivolto sostanzialmente all'assemblea (art. 1129, comma 13, c.c.) ed assimilabile ad una sorta di interdizione temporanea dai privati uffici, nel segno di un rafforzamento della risposta in chiave sanzionatoria[18].

La considerazione di quest'effetto suggerisce l'idea che il decreto di revoca, una volta stabilizzatosi sotto il profilo impugnatorio, acquisisca un'autorità inaspettata.

E infatti, malgrado per molti sia avventato predicarne l'incontrovertibilità (essendo salva per le parti la facoltà di far valere le rispettive ragioni attraverso

comunemente le potestà esercitabili esclusivamente attraverso manifestazioni di volontà unilaterali.

[16] Come si evince, del resto, dall'incipit del comma 13 dell'art. 1129 c.c.: «Costituiscono, tra le altre, gravi irregolarità …».

[17] La ripartizione dell'onere della prova segue, perciò, un intreccio noto: sul condominio graverà la prova della fonte (negoziale o legale) del diritto di conseguire dall'amministratore l'adempimento dell'obbligo gestorio, potendosi limitare ad allegare l'altrui inadempimento, mentre all'amministratore spetterà la prova dell'adempimento, che conseguirà alla dimostrazione: (*i*) che l'inadempimento non sussiste, (*ii*) che l'inadempimento è giustificato, (*iii*) che l'inadempimento non è grave, e cioè non è tale da incrinare il rapporto di fiducia con l'ente di gestione. Scontato il riferimento a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2001, 113 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, *ivi*, 118 ss.; e in *Foro it*., 2002, I, 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, *ivi*, 770 ss.

[18] Sul punto, cfr. Trib. Trieste, 28 gennaio 2020, in *condominioelocazione.it*, che ha escluso, comprensibilmente, l'efficacia *sine die* del divieto di cui all'art. 1129, comma 13, c.c.

un processo a cognizione piena), certo è che il giudizio che eventualmente ne seguirà non si configura come un riesame del decreto[19].

Invero, le modificazioni in senso estintivo conseguenti all'accoglimento del ricorso, inasprite in chiave sanzionatoria dall'art. 1129, comma 13, c.c., non rendono immaginabile la futura reviviscenza del rapporto risolto per via giudiziaria, né sorreggono la rappresentazione di un rapporto sospeso, suscettivo di essere recuperato all'esito del giudizio ordinario; del pari, le istanze di rapidità e informalità sottese all'opzione camerale non lasciano ipotizzare che il processo a cognizione piena possa risuscitare un rapporto oramai estinto, oppure ospitare l'eventuale domanda di risarcimento in forma specifica promossa dall'amministratore[20].

Insomma, l'effetto normativamente connesso al decreto non è rimuovibile all'infuori dello specifico mezzo di impugnazione previsto dal codice (ossia il reclamo), sì che, in forza delle sue stesse proprietà, il decreto di revoca si rivela non solo pienamente satisfattivo, ma anche definitivo sul piano della produzione degli effetti materiali, e finanche dell'accertamento sul diritto controverso (recisione di una relazione giuridica in conseguenza di un illecito).

Orbene, la preferenza espressa dal codice per la forma camerale (art. 64 disp. att. c.c.) smentisce tali connotati di severità, ingenerando uno scollamento tra la significanza degli effetti sostanziali e la remissività dello strumento processuale; in rapporto al quale, il legislatore fa, comunque, buon uso della sintesi, richiamando in poche battute, e consapevolmente, le guarentigie essenziali del paradigma generale: diritto di difesa, diritto al contraddittorio, diritto alla prova, facoltà di impugnazione[21].

[19] Si badi che nel procedimento di revoca l'accertamento che il giudice conduce non si presenta né approssimativo né corrivo, ed è da rapportare all'esigenza di una tutela effettiva degli interessi sottesi, nel rispetto delle intrinseche peculiarità dell'ufficio espletato dall'amministratore. Il decreto di revoca è, cioè, fondato sulla pienezza della cognizione, diversamente dall'intervento cautelare, postulante per sua natura la verosimiglianza del vanto.

[20] Si ricordi che non esiste un diritto dell'amministratore alla stabilità dell'incarico, attesane la revocabilità in ogni tempo (in base all'art. 1129, comma 11, c.c.).

[21] Viene statuito, infatti, che il tribunale provvede «sentito l'amministratore in contraddittorio con il ricorrente», che il decreto di accoglimento (o di rigetto) deve essere motivato, e che contro il provvedimento del tribunale può essere proposto reclamo alla Corte d'Appello entro dieci giorni dalla notificazione o dalla comunicazione.

Rispetto al testo previgente, la novella del 2012 (art. 19, comma 1, legge 11 dicembre 2012, n. 220, in vigore dal 18 giugno 2013) accentua l'esigenza di far precedere la decisione dalla previa instaurazione del contraddittorio: non basta più "*sentire l'amministratore*", occorre *sentirlo in contraddittorio con il ricorrente*. L'enfasi induce a ravvisare nell'udienza di comparizione un

Questa intima discordanza di caratteri – per intenderci: intrinseca contenziosità *contra* estrema duttilità della forma – spiega la discontinuità di soluzioni e di approcci che si coglie in relazione a molteplici aspetti della disciplina, inducendo, talora, ad enfatizzare i lineamenti di sostanza (così nel dibattito sull'applicabilità del principio di soccombenza: v. § 3.3.), talaltra, a ritenerli recessivi rispetto ai dati di forma (così nel discorso sulla obbligatorietà della difesa tecnica[22] o nella discussione sulla mediazione, su cui v. § 3.2).

Ciò che a noi pare certo è che nel discorso sulla revoca è riduttivo sostenere che l'intervento del giudice abbia un carattere sostanzialmente amministrativo, malgrado comprendiamo che la scelta in rito possa suscitare simile reazione.

Vero è, piuttosto, che, in virtù degli attributi che abbiamo descritto, il giudice investito del procedimento dispensa il torto o la ragione tra le parti, assolvendo, né più né meno, ad una forma di attuazione della tutela giurisdizione dei diritti (art. 2907 c.c.).

Tali considerazioni introducono inevitabilmente il problema della cd. '*cameralizzazione*' dei diritti, ossia del frequente ricorso al rito camerale in materia di diritti[23]. Un tema al quale, per esigenze di spazio, possiamo soltanto

momento imprescindibile. Cfr. G. ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Dig. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, 456.

Circa il diritto alla prova, dalle prerogative costituzionali sul diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.), e dalla riconosciuta compatibilità tra rito camerale e fonti di prova formale, si fa discendere l'idea che nel procedimento di revoca ciascuna parte possa supportare le rispettive ragioni con ogni mezzo di prova, di modo che il procedimento può includere una vera e propria fase istruttoria (in tesi attivabile anche *ex officio*: art. 738, comma 3, c.p.c.).

[22] In questo senso, Cass., civ., sez. VI, 23 giugno 2017, n. 15706, in *www.condominioelocazione.it*. In senso contrario, si veda Trib. Modena, 22 febbraio 2016, in *www.dirittoegiustizia.it*, che, coraggiosamente, ha dichiarato inammissibile un ricorso per revoca di amministratore di condominio proposto personalmente dai ricorrenti (senza, cioè, l'assistenza di un avvocato), argomentando la soluzione proprio sulla base della natura del procedimento, formalmente camerale ma sostanzialmente contenziosa, in quanto a parti contrapposte, avanzato in danno del solo amministratore, incidente sullo status di questo e comportante la statuizione sulle spese.

Si ricordi che, a differenza della nomina, nel giudizio di revoca legittimato a contraddire è soltanto l'amministratore e non anche il condominio: cfr. Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 2013, n. 23955, in *www.iusexplorer.it*. Inoltre, secondo Cass. civ., sez. VI, 21 febbraio 2020, n. 4696 (in *Studium juris*, 2020, 10, 1244), a causa delle caratteristiche del procedimento (connotato da eccezionalità ed urgenza), non è ammissibile l'intervento adesivo del condominio ovvero di condomini diversi dall'istante, posto che le uniche parti legittimate a parteciparvi e contraddirvi sono il ricorrente e l'amministratore, con la conseguenza che gli effetti del regolamento delle spese *ex* art. 91 c.p.c. devono esaurirsi nel rapporto tra costoro.

[23] Sull'argomento, senza ambizione di esaustività, A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 270; ID., *Relazione conclusiva al Convegno di Elba*, in CIVININI – VERARDI (a cura di), AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto*

accennare, evocando il timore espresso da più parti che l'abuso dello strumento camerale possa determinare un'attenuazione delle garanzie processuali, con pregiudizio per la piena attuazione dei diritti[24].

È, perciò, doveroso, in quest'ambito, promuovere atteggiamenti accorti, che, aperti ad accogliere lo strumento nella prospettiva del rimedio efficiente (in rapporto alla natura di una relazione che ha molti aspetti di specialità), rimangano ben ancorati ai caratteri di verità della figura, sì da riempire le minime indicazioni legislative di un contenuto costituzionalmente adeguato[25].

Di certo, esiste la possibilità di guardare al rimedio come ad un'opportunità: per il tipo di conflittualità cui corrisponde, specchio di un'architettura di rapporti proteiforme, vi si scorge una certa rispondenza tra il 'male' e la cura. Ma parlare di intervento sostanzialmente amministrativo, nonostante le vigorose ed esuberanti note tipizzanti, capaci di produrre effetti importanti sul rapporto, ci appare non rispondente al dato reale.

Ciò detto, nelle pagine che seguono, l'attenzione verrà rivolta alle più ricorrenti questioni che il contenzioso solleva.

---

processo civile, Milano 2001, 320; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, *ivi*, 262 ss.; ID., *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc*., 2015, 3, 646; M.G. CIVININI, *Procedimenti camerali a tutela di diritti e* status*: diffusione del modello, interventi della Corte costituzionale, garanzie del giusto processo*, Relazione per l'Incontro di studio sul tema "La tutela sommaria non cautelare", C.S.M., Frascati, 20-22 novembre 2000; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, 14; G. VIGNERA, *Riserva di legge* ex *art. 111, comma 1, Cost. e rito camerale uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2012, 2, 551; M. F. GHIRGA, *Discrezionalità del giudice e "nuovo umanesimo processuale" alla luce delle riforme annunciate in Italia e in Francia*; in *Riv. dir. proc*., 2018, 6, 1557.

[24] Secondo la Corte Costituzionale (ord., 29 maggio 2009, n. 170, in *Fallimento*, 2009, 11, 1268), la previsione del rito camerale in materia di diritti soggettivi non contrasta con i precetti costituzionali «… ove il modello processuale previsto dal legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia … sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di una adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà delle impugnazioni sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità della decisione assunta, l'attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio di acquisire stabilità quanto meno allo stato degli atti». Conf. Corte Cost., ord. 13 gennaio 2010, n. 19, in *Fallimento*, 2010, 3, 285 e 410.

[25] In questo senso, è auspicabile applicare estensivamente ed analogicamente le disposizioni del processo di cognizione, ammettendo, ad esempio, che il giudice possa indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, richiedere i necessari chiarimenti (*ex* art. 183, comma 4, c.p.c.) e, se del caso, assumere sommarie informazioni da soggetti terzi (*ex* art. 738, comma 3, c.p.c.), salvo il limite di non supplire all'onere probatorio gravante sulle parti.

Doveroso, del pari, viste l'informalità della procedura e l'assenza di preclusioni, improntare la direzione del procedimento al rispetto massimo del principio del contraddittorio, consentendo che

3.1. *Segue*: revoca giudiziale e tentativo obbligatorio di mediazione

Sui rapporti tra il procedimento di revoca giudiziale e la mediazione obbligatoria, occorre muovere dall'art. 71-*quater* disp. att. c.c., il quale prevede che per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli artt. da 61 a 72 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile.
Il dettato normativo sembrerebbe, a prima vista, non lasciar adito a dubbi sul fatto che le controversie in materia di revoca dell'amministratore di condominio, soggette all'applicazione degli artt. 1129, comma 11 e 1131, comma 4 c.c., (ossia di disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice civile) e dell'art. 64 disp. att. c.c., debbano riportarsi all'ambito della novella legislativa, una conclusione – potrebbe aggiungersi – in linea con la natura autenticamente contenziosa del procedimento, non discostandosi granché, l'indagine demandata al giudice, dall'accertamento caratterizzante il giudizio conflittuale.
Sennonché, altrettanto inequivocabilmente, l'art. 5, comma 4, lett. *f*), d.lgs. n. 28 del 2010 dispone che l'obbligo della mediazione non si applica ai procedimenti in camera di consiglio.
Da qui il contrasto di opinioni.

Una giurisprudenza di merito ha provato a risolvere il conflitto utilizzando argomenti classici.
Per tale via, ha ritenuto che la previsione dell'art. 5, comma 4, lett. *f*), d.lgs. n. 28 del 2010 non sia ostativa all'applicabilità della procedura di mediazione obbligatoria ai procedimenti per la revoca dell'amministratore di condominio, sebbene essi seguano le forme del rito camerale, dal momento che la norma di cui all'art. 71-*quater* disp. att. c.c. va considerata *speciale*, in quanto tale prevalente rispetto alla norma *generale* di cui all'art. 5, comma 4, lett. *f*)[26].
In senso contrario, si è espressa, tuttavia, la Suprema Corte (anche se in forma di *obiter*)[27], evidenziando come il dettato normativo di cui all'art. 5, comma 4, lett. *f*), d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (come sostituito dal d.l. n. 69 del 2013, conv. in l.

gli scritti e i documenti prodotti (anche tardivamente) delle parti, o quelli acquisiti al fascicolo d'ufficio, siano posti a disposizione delle controparti, affinché, in relazione ad essi, venga offerta la possibilità di interloquire ed approntare le rispettive difese.

[26] Cfr., in tal senso, Trib. Macerata, 10 gennaio 2018, in *Giur. it*., 10, 2145, con nota di F. FIORE, *Revoca giudiziale dell'amministratore dei condominio e tentativo obbligatorio di mediazione*; Trib. Vasto, 4 maggio 2017, in *www.ilprocessocivile.it*; Trib. Padova, 24 febbraio 2015, in *www.condominioweb.com*.

[27] Cass. civ., sez. VI, 18 gennaio 2018, n. 1237, in *www.iusexplorer.it*.

n. 98 del 2013) sia perentorio nel disporre che il meccanismo della condizione di procedibilità, di cui ai commi 1-*bis* e 2, non si applichi ai procedimenti in camera di consiglio, e sia perciò invalicabile.
È curioso notare, a riprova della discontinuità di approcci di cui si parlava, che, nel suffragare la sua opinione, la Corte richiama la celerità, l'informalità e l'ufficiosità del rito, caratteri, a suo giudizio, non compatibili con l'incombente della mediazione, essendo il procedimento di revoca ispirato all'esigenza di assicurare una rapida ed efficace tutela ad una corretta gestione dell'amministrazione condominiale, a fronte del pericolo di grave danno derivante da determinate condotte dell'amministratore.

3.2. *Segue*: le dimissioni dell'amministratore nel corso del procedimento

Non è ipotesi insolita che, successivamente al deposito del ricorso volto alla revoca, l'amministratore rassegni le proprie dimissioni dall'incarico gestorio, e che queste siano accettate dall'assemblea.
Secondo una parte della giurisprudenza[28], in questo caso, l'interesse sostanziale ad ottenere una pronuncia che investa il merito delle pretese azionate persiste anche a seguito delle dimissioni dell'amministratore evocato in giudizio, posto che il testo dell'art. 1129, comma 13, c.c. prevede espressamente che in caso di revoca da parte dell'autorità giudiziaria l'assemblea non possa nominare nuovamente l'amministratore revocato.
Si tratta di un'impostazione propensa ad esaltare le conseguenze sanzionatorie connesse all'effetto risolutorio (ed a tutelare il ricorrente dal rischio che la maggioranza possa neutralizzare il risultato cui il primo ambisce), ma che non si sofferma sulla questione dell'automaticità o meno del rinnovo dell'incarico dell'amministratore decorsi due anni dalla nomina (su cui v. *infra*).
In senso contrario, si è espressa altra parte della giurisprudenza, che ha reputato inammissibile il ricorso per la revoca giudiziale rivolto nei confronti di un amministratore di condominio per il quale l'incarico era già scaduto e che nondimeno aveva continuato a svolgere le proprie funzioni esclusivamente in regime di *prorogatio*[29].

[28] Cfr. Trib. Milano, 2 dicembre 2016, in *www.condominioelocazione.it*.
[29] V. Trib. Palermo, 9 novembre 2018, in *www.condominioelocazioni.it*; Trib. Bari, 13 luglio 2018, in *Giur. it*., 2019, 2, 319, con nota di V. AMENDOLAGINE, *La revoca dell'amministratore di condominio già sostituito dall'assemblea*; Trib. Teramo, 29 giugno 2016, in *Guida dir.*, 2016, 41, 45.

La permanenza dell'amministratore *in prorogatio* – si è detto – non trova a proprio fondamento un rapporto giuridico suscettivo di giudiziale revoca ai sensi dell'art. 1129, comma 3, c.c.; in tale situazione, piuttosto, deve ritenersi compito dell'assemblea – la cui convocazione spetta, in prima battuta, proprio all'amministratore *in prorogatio* – curare l'investitura di un nuovo gestore, fermo restando che all'inerzia dell'assemblea – o all'inazione dell'amministratore – può sopperirsi attivando l'intervento surrogatorio giudiziale previsto dall'art. 1129, comma 1, c.c.

A sostegno di ciò, si afferma che la novella del 2012 ha ben delimitato gli obblighi cui l'amministratore *in prorogatio* è tenuto (nei confronti del condominio) in attesa che altri assumano la pienezza di poteri, circoscrivendoli all'esecuzione delle attività urgenti funzionali ad evitare pregiudizi agli interessi comuni e senza diritto ad ulteriori compensi, e facendogli pure obbligo di consegnare «… tutta la documentazione in suo possesso afferente al condominio e ai singoli condomini …» (art. 1129, comma 8, c.c.), sicché è dubbio che, con un corredo di poteri sì depotenziato, il vincolo che lega l'amministratore *in prorogatio* al condominio equivalga a quello intercorrente tra l'ente di gestione e il suo amministratore in carica. Del resto, aggiungiamo, l'interesse che in simili ipotesi palesa il condominio è di dotarsi di un mandatario non depotenziato (non già di revocare l'amministratore *in prorogatio*), ovverosia di agire per la nomina dell'amministratore (e non per la sua revoca), impregiudicato il diritto dei condomini di far valere nel giudizio di merito le rispettive ragioni (anche risarcitorie) nei confronti dell'amministratore scaduto.

La questione è estremamente connessa all'interpretazione dell'art. 1129, commi 8 e 10, c.c., e si complica enormemente se si aderisce all'impostazione (ancora minoritaria in giurisprudenza) per cui la cessazione della carica dell'amministratore si compie solo con la sostituzione dell'amministratore (e non con la scadenza temporale del mandato), o se si ammette la possibilità di ricavare dall'art. 1129, comma 10, c.c. la regola dell'ultrattività del mandato senza limitazioni temporali sino a quando non intervenga la revoca da parte dell'assemblea o del giudice[30].

[30] Secondo tale ultima variante, l'art. 1129, comma 10, c.c. comporterebbe che in mancanza di una volontà contraria (dell'assemblea o dell'amministratore) il rinnovo dell'incarico avverrebbe automaticamente anno per anno, anche successivamente al primo rinnovo. Cfr. App. Palermo, 6 maggio 2019, in *www.dirittoegiustizia.it*. Per una panoramica più approfondita, v. M. VOI, *Il rinnovo dell'incarico dell'amministratore di condominio alla scadenza annuale del mandato*, in *Imm. propr.*, 2015, 8-9, 489.

Una recente giurisprudenza ha tentato di risolvere il problema agganciandosi alla rappresentanza

Invero, il tema della revocabilità giudiziale dell'amministratore *in prorogatio* si riduce di molto se si afferma che l'incarico dell'amministratore cessi solo con la nomina di un nuovo amministratore (sì che l'art. 1129, comma 8, c.c. si rivolgerebbe unicamente all'amministratore uscente sostituito) o con la revoca formale del vecchio da parte dell'assemblea (o del giudice): entrambe le prospettive finiscono di fatto per negare cittadinanza alla *prorogatio*.
La giurisprudenza prevalente ritiene, tuttavia, che la norma di cui all'art. 1129, comma 10, c.c. («L'incarico di amministratore ha durata di un anno e si intende rinnovato per eguale durata …») autorizzi il rinnovo automatico della carica di amministratore solo alla scadenza del primo anno, con la conseguenza che in difetto di una delibera di conferma da parte dell'assemblea (art. 1135, comma 1, n. 1) c.c.), decorsi due anni dalla nomina, l'incarico di amministratore debba ritenersi cessato, con conseguente applicazione del regime della *prorogatio* di cui all'art. 1129, comma 8, c.c., e connessa inammissibilità dell'eventuale domanda di revoca dell'amministratore prorogato, il cui incarico sarebbe già cessato per effetto del decorso del periodo di tempo suddetto[31].

---

tacita di cui all'art. 1392 c.c., proponendo, per tale via, di ritenere l'amministratore tacitamente confermato anche al termine del secondo anno (e così via via di anno in anno) allorché, in particolare, sussistano incontrovertibili elementi volitivi sintomatici della reiterazione dell'incarico, ravvisabili, ad esempio, laddove risulti che il mandatario abbia continuato a convocare l'assemblea, a redigere il bilancio, a spendere la sua qualità di mandatario, a comportarsi, cioè, come amministratore (per questa tesi, v. Trib. Bologna, 29 marzo 2018, n. 20322, in *Contratti*, 2019, 2, 147, con nota di C. BELLI, *La conferma tacita dell'incarico conferito all'amministratore di condominio alla prova della giurisprudenza di merito. Verso la renovatio imperii?*).
L'opinione richiama gli assunti di Cass. civ., 4 febbraio 2016, n. 2242 (in *Imm. propr.*, 2016, 4, 259), che, in una fattispecie occorsa anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 220 del 2012, ha affermato che «… alla nomina dell'amministratore del condominio di un edificio è applicabile la disposizione dell'art. 1392 c.c., secondo cui ... la procura che conferisce il potere di rappresentanza può essere verbale o anche tacita, di talché essa può risultare, indipendentemente da una formale investitura da parte dell'assemblea e dall'annotazione nello speciale registro di cui all'art. 1129 c.c., dal comportamento concludente dei condomini, che abbiano considerato l'amministratore tale a tutti gli effetti, pur in assenza di una regolare nomina assembleare».
Critico nei riguardi di quest'orientamento, C. BELLI, *La conferma tacita dell'incarico conferito all'amministratore di condominio alla prova della giurisprudenza di merito. Verso la* renovatio imperii?, cit., 147 ss. (v., in particolare, nota 62 e bibliografia richiamata).
Sulla compatibilità dell'art. 1392 c.c. con la nomina dell'amministratore di condominio, v., altresì, A. CELESTE – A. SCARPA, *Riforma del Condominio (primo commento alla legge 11 dicembre 2012, n. 220*, cit., 117.

[31] Oltre alla giurisprudenza menzionata nella nota n. 29, cfr. Trib. Roma, 26 novembre 2018, in *www.iusexlorer.it*; Trib. Avellino, 17 novembre 2017, in *www.iusexlorer.it*. In quest'orizzonte, l'art. 1129, comma 10, c.c. restringerebbe la durata dell'incarico gestorio dell'amministratore di

3.3. La statuizione sulle spese e la controvertibilità del provvedimento

Il tema delle spese – se, cioè, sia legittimo che il provvedimento conclusivo (sia esso di accoglimento o di rigetto) provveda sulle spese del procedimento – risente, evidentemente, del discorso che, più in generale, abbiamo condotto sugli elementi di struttura del rimedio, sì che la sua composizione ha un esito a nostro giudizio scontato.

Una volta, infatti, acclarato che la ricerca e l'accertamento del grave inadempimento sostanzino il compito del giudice investito del procedimento, come in un giudizio di risoluzione qualsiasi, non pare possano nutrirsi dubbi sull'assimilabilità dell'amministratore giudizialmente revocato (o del ricorrente in caso di rigetto) al soccombente.

Come si è detto altrove[32], nel giudizio di revoca, non vengono apprezzate la necessità o utilità evidente di un atto, né si integrano i poteri negoziali di una parte e neppure si attua il regolamento di un interesse pubblico; in esso, si dirime, piuttosto, un conflitto tra situazioni giuridiche antitetiche (in breve: il *diritto* del condominio ad essere ben amministrato, il *diritto* dell'amministratore a non essere revocato dal giudice se non in presenza della grave irregolarità), e può giungersi alla demolizione del rapporto, voluta da una parte, osteggiata dall'altra[33].

Le istanze di efficienza e di contenimento del contenzioso aggiungono forza alla conclusione ma vengono dopo la considerazione degli aspetti strutturali[34].

---

beni condominiali ad un anno, decorso il quale l'incarico si intenderebbe rinnovato per eguale durata. Allo scadere del rinnovo, l'assemblea, nell'esercizio della propria istituzionale funzione attribuitale dall'art. 1135, comma 1, n. 1, c.c., dovrebbe curarne la sostituzione e/o la eventuale conferma; in difetto, l'amministratore sarebbe *in prorogatio*.

[32] Si perdoni ancora il rinvio a F.P. TORRASI, *La revoca dell'amministratore di condominio: note minime su struttura e spese*, cit., 224 (e nota 27).

[33] Per ciò che si è sostenuto, la previsione secondo cui, in caso di revoca conseguente alle gravi irregolarità fiscali o alla mancata apertura o utilizzazione del conto condominiale (art. 1129, comma 11, c.c.), «… il ricorrente, per le spese legali, ha titolo di rivalsa nei confronti del condominio che a sua volta può rivalersi nei confronti dell'amministratore revocato …», va riferita all'eventualità che il provvedimento giudiziale non contenga un'espressa statuizione di condanna.

[34] Si ricordi, altresì, che, per opinione consolidata, l'art. 91 c.p.c. si riferisce ad ogni processo senza distinzioni di natura e di rito, posto che il termine "*sentenza*" è ivi usato nell'accezione di provvedimento che, nel risolvere contrapposte posizioni, chiude il procedimento stesso innanzi al giudice che lo emette, indipendentemente dalla natura e dal rito del procedimento, dalla forma del provvedimento (sentenza, ordinanza oppure decreto) e dall'attitudine di esso a costituire cosa giudicata in senso formale o sostanziale. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 18 luglio 2008, n. 19979, in *Fallimento*, 2009, 4, 485.

La giurisprudenza della Suprema Corte, ad eccezione di un isolato precedente[35], si mantiene all'interno di questo perimetro, e stima, perciò, legittima l'applicazione dell'art. 91 c.p.c. al procedimento di revoca[36].

Con riguardo, invece, alla controvertibilità del provvedimento, la Corte sostiene che il ricorso per cassazione contro il decreto con cui la corte di appello provvede sul reclamo nei confronti del decreto del tribunale in tema di revoca dell'amministratore di condominio, senza regolamentare le spese del procedimento, sia inammissibile; viceversa, ove il decreto provveda alla regolamentazione delle spese del procedimento, il ricorso per cassazione deve considerarsi ammissibile, inerendo la statuizione sulle spese a posizioni giuridiche soggettive di debito e credito, discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo rispetto a quello dedotto in giudizio, avente perciò i connotati della decisione giurisdizionale e l'attitudine al passaggio in giudicato, indipendentemente dalle caratteristiche del provvedimento cui accede[37].

Quest'idea – giustificata con l'argomento che, essendo adottata all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione, la statuizione di revoca è priva di efficacia decisoria e non incide su situazioni sostanziali di diritti o *status* – ben esemplifica quell'oscillazione di approcci di cui si è parlato e che contraddistingue di continuo la materia, accadendo che, a seconda della spinta che si imprime all'istituto e dei caratteri che, di volta in volta, ne escono valorizzati, le scelte applicative mutano, sfuggendo ad una coerente visione d'insieme.

A nostro giudizio, ripetiamo, l'assunto secondo cui il decreto del giudice di secondo grado, emesso all'esito del reclamo avverso il provvedimento del tribunale, non sarebbe suscettibile di passare in cosa giudicata, va quantomeno

---

[35] Il riferimento è a Cass. civ., 11 ottobre 2018, n. 25336, cit. Per le critiche a questa posizione, si rinvia, ancora, a F.P. TORRASI, *La revoca dell'amministratore di condominio: note minime su struttura e spese*, cit., 213.

[36] Si veda, *ex plurimis*, Cass. civ., 11 febbraio 2015, n. 2719, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9348, in *Giust. civ. Mass.*, 2017 (e in *www.condominioelocazione.it*, 13 ottobre 2017). Nella stessa ottica, v. Cass. civ., 18 marzo 2019, n. 7623, in *CED*.

[37] In pratica, è radicato in giurisprudenza il convincimento che il provvedimento di revoca non abbia il carattere dell'incontrovertibilità.

Da ultimo, cfr., *ex multis*, Cass. civ., 10 maggio 1997 n. 4090, in *Foro it.*, 1997, I, 2497; Cass. civ., 15 maggio 2000 n. 6249, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1024; Cass. civ., 30 marzo 2001 n. 4706, in *Foro it.*, 2001, I, 1499; Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, cit.; Cass. civ., 6 maggio 2005 n. 9516, in *Arch. loc. cond.*, 2006, 75; Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9348, cit.; Cass. civ., 18 marzo 2019, n. 7623, cit.; coraggiosamente contraria, Cass. civ., 10 gennaio 2003, n. 184, in *Dir. giust.*, 2003, 5, 22, con nota di C. GARUFI, *Condominio e volontaria giurisdizione. La revoca dell'amministratore passa in giudicato, ivi*. In dottrina, v. M. BELLANTE, *La revoca giudiziale dell'amministratore di condominio*, in *Giust. civ.*, 2010, 4, 167.

ripensato, e ciò in forza delle proprietà stesse e dei caratteri più intimi del rimedio (che abbiamo cercato di illustrare al § 3), dipendenti dalla natura del rapporto che lega l'amministratore al condominio e dal modo di atteggiarsi dell'effetto, il quale segue ad un accertamento non sommario, e non è, dunque, rimovibile o correggibile all'infuori dello specifico mezzo di impugnazione previsto dal codice[38].

L'impostazione che abbiamo sostenuto rimarca, in fondo, l'unicità del procedimento, e induce a concludere che il connotato di precarietà, provvisorietà ed intrinseca modificabilità comunemente riconosciuto al provvedimento di revoca va rimeditato[39].

[38] Si ricordi che la vecchia disciplina circoscriveva la revoca, oltre che al caso previsto dell'ultimo comma dell'art. 1131 c.c. ed a quello della mancata presentazione del conto (protrattasi per due anni), alla sussistenza di «fondati sospetti di grave irregolarità». La novella del 2012 ha eliminato ogni possibile allusione all'ambito della cautela, ricollegando la revoca alla presenza della grave irregolarità, e non più al sospetto della sua esistenza.

[39] Basti pensare, come si è detto, al divieto di rieleggibilità di cui all'art. 1129, comma 13, c.c., o al fatto che l'amministratore revocato non potrebbe ottenere, nel giudizio ordinario ch'egli deciderà di instaurare, la reviviscenza del rapporto reciso.

Art. 320 c.c. vs art. 747 c.p.c.: quando eredità e responsabilità genitoriale entrano in conflitto

Diego Barone
Notaio in Riposto
Consigliere Fondazione Italiana del Notariato
Consigliere Nazionale del Notariato

Con il presente contributo viene affrontato il tema del conflitto tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c. in caso di autorizzazione a vendere beni pervenuti al minore per successione ereditaria accettata con beneficio di inventario. Ripercorrendo il dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e in dottrina, viene esaminata in particolare la questione dell'individuazione del momento della definitiva acquisizione dei beni ereditari al patrimonio del minore, con conseguente chiusura della cd. fase ereditaria.

*This paper tackles the conflict between Article 320 of the Italian Civil Code and Article 747 of the Italian Code of Civil Procedure with regard to authorising the sale of assets inherited by a minor who accepted the succession with benefit of inventory. Going over the debate that developed in jurisprudence and doctrine, the author places special focus on identifying the moment when the assets of the estate definitively become the minor's property, thus putting an end to the probate process (so-called "*fase ereditaria*" in Italian).*

Le eredità devolute ai minori, agli interdetti, agli inabilitati e agli emancipati, ai sensi degli artt. 471 e 472 c.c., non possono essere accettate se non col beneficio d'inventario e previa autorizzazione del giudice tutelare: ogni altra forma di accettazione espressa o tacita è improduttiva di effetti, non conferendo all'incapace la qualità di erede[1].

Il legislatore, peraltro, allo scopo di tutelare gli incapaci ed evitare conseguenze negative derivanti dall'inerzia o da inadempimenti del legale rappresentante, non si è limitato solo ad imporre l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, ma ha anche escluso che essi possano decadere dal beneficio già conseguito, stabilendo all'art. 489 c.c. che i minori, gli interdetti e gli inabilitati non s'intendono decaduti dal beneficio d'inventario, se non al compimento di un anno dalla maggiore età o dal cessare dello stato d'interdizione o d'inabilitazione, qualora entro tale termine non si siano conformati alle norme di legge[2].

---

[1] Così Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9648, secondo la quale «L'eredità devoluta ai minori può essere accettata soltanto con beneficio di inventario, mentre ogni altra forma di accettazione espressa o tacita è nulla ed improduttiva di effetti, non conferendo al minore la qualità di erede. Da ciò consegue che, nel caso di chiamata di un minore, non può verificarsi la decadenza dello stesso dalla possibilità di accettazione con beneficio di inventario, prevista dall'art. 485 c.c. allorché questa norma stabilisce che il chiamato all'eredità, quando a qualsiasi titolo è nel possesso dei beni ereditari, deve fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, in difetto di che si considera erede puro e semplice. Più in particolare, nel caso di successione di un minore, la decadenza dal beneficio di inventario potrà verificarsi unicamente ai sensi dell'art. 489 c.c., che prevede la diversa ipotesi del mancato compimento dell'inventario entro il termine di un anno dal compimento della maggiore età». Nello stesso senso Cass. civ., 1° febbraio 2007, n. 2211, secondo la quale «L'accettazione tacita dell'eredità non rientra nei poteri del rappresentante legale e, pertanto, è improduttiva di effetti giuridici nei confronti dell'incapace, che rimane nella posizione di chiamato all'eredità fino a quando egli stesso o il suo rappresentante eserciti il diritto di accettare l'eredità o di rinunziare alla stessa entro il termine di prescrizione». Più di recente, la S.C. ha precisato che «L'art. 471 c.c., disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con il beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso, sicché l'eventuale accettazione tacita, fatta dal rappresentante con il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 c.c., non produce alcun effetto giuridico nei confronti dell'incapace. Tuttavia, se a seguito dell'inefficace accettazione dell'eredità per suo conto fatta dal legale rappresentante il soggetto già minore d'età non provvede – ai sensi dell'art. 489 c.c. – a conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 ss. c.c. entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età, rimane ferma con pieni effetti l'accettazione pura e semplice già avvenuta nel suo interesse ed acquistano efficacia anche tutti gli atti inerenti all'eredità accettata posti in essere dal rappresentante legale del minore» (così Cass. civ., 15 settembre 2017, n. 21456).

[2] In proposito si veda Cass. civ., 5 giugno 2019, n. 15267, secondo la quale «Qualora il genitore esercente la relativa responsabilità o il legale rappresentante del minore chiamato all'eredità

In particolare, non trova applicazione nei confronti dell'erede beneficiato incapace l'art. 493 c.c., che sanziona con la decadenza dal beneficio d'inventario l'alienazione di beni ereditari senza l'autorizzazione giudiziaria e senza l'osservanza delle forme prescritte dal codice di procedura civile. In caso di erede beneficiato incapace, infatti, l'autorizzazione è considerata come requisito di validità dell'atto ed esplica la funzione tipica di integrare la legittimazione del legale rappresentante, in quanto disposta anche nell'interesse dell'incapace, essendo richiesto il preventivo parere del giudice tutelare, con la conseguenza che la sua mancanza rende l'atto annullabile, ai sensi degli artt. 322 e 377 c.c., senza determinare la decadenza dell'incapace dal beneficio d'inventario[3].
La scelta del legislatore di imporre per i soggetti incapaci l'accettazione dell'eredità solo con il beneficio di inventario è oggetto di critiche da parte della dottrina, che ha evidenziato come «normalmente le eredità non sono passive e l'imposizione dell'obbligo dell'accettazione beneficiata spesso si risolve in un inutile aggravio, soprattutto di natura fiscale, a carico dell'incapace»[4]. Inoltre, come sarà in seguito meglio evidenziato, viene osservato che qualora nell'ambito dell'eredità beneficiata non sia stata adottata la procedura di liquidazione concorsuale o di rilascio dei beni a creditori o legatari, per i beni immobili la necessità dell'autorizzazione *ex* art. 747 c.p.c. è destinata a protrarsi a tempo indeterminato, potendo trovare conclusione, una volta acquisita la ragionevole certezza dell'assenza di debiti, solo attraverso l'espediente del compimento di un atto che importi la decadenza dal beneficio d'inventario: ebbene, tale espediente non è praticabile per i soggetti incapaci, che non possono decadere dal beneficio d'inventario, rendendo in tal modo necessaria tale autorizzazione fino a quando i minori non abbiano raggiunto la maggiore età e agli interdetti o agli inabilitati non siano state revocate rispettivamente l'interdizione o l'inabilitazione.

Proprio con riferimento all'autorizzazione a vendere i beni ereditari, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sul "conflitto" esistente tra l'art.

---

faccia l'accettazione prescritta dall'art. 471 c.c., da cui deriva l'acquisto da parte del minore della qualità di erede (artt. 470 e 459 c.c.), ma non compia l'inventario – necessario per poter usufruire della limitazione della responsabilità – questo potrà essere redatto dal minore entro un anno dal raggiungimento della maggiore età; se anche in tale termine non si provveda, l'accettante è considerato erede puro e semplice (art. 489 c.c.)».

[3] Così G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, *Scomparsa, assenza e uffici successori*, Milano, 2006, 529. Nello stesso modo A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 351.

[4] Così G. CAPOZZI, in A. FERRUCCI – C. FERRENTINO (a cura di), *Successioni e donazion*i, 3ª ed., Milano, 2009, 283.

747 c.p.c. – che richiede l'autorizzazione del tribunale del luogo di apertura della successione[5] – e l'art. 320 c.c. – che, nel testo novellato dalla legge n. 151 del 1975, al terzo comma, per i minori soggetti alla potestà dei genitori (oggi responsabilità genitoriale), richiede l'autorizzazione del giudice tutelare per il compimento di atti di straordinaria amministrazione relativi a «beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche *a causa di morte*»[6] –.
Secondo un primo orientamento[7], per l'alienazione di beni pervenuti al minore in virtù di una eredità accettata, ai sensi dell'art. 471 c.c., con beneficio di inventario sarebbe necessaria l'autorizzazione sia del giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320 c.c., sia del tribunale, ai sensi dell'art. 747 c.p.c.[8]

---

[5] G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 522, evidenzia che l'autorizzazione prevista dall'art. 747 c.p.c., nel caso di soggetti capaci, «essendo concessa a chi è già titolare dei beni, non integra la legittimazione dell'erede a disporre, ma esplica solo la funzione di controllare l'attività dell'erede in relazione agli atti aventi maggiore rilevanza economica. Essa rimuove un ostacolo all'esercizio del potere di amministrazione che già compete all'erede quale titolare dei beni e diritti ereditari, potere che è limitato proprio dall'onere di chiedere ed ottenere l'autorizzazione stessa». Sul punto M. FERRARIO HERCOLANI, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio dell'inventario*, in *Trattato Bonilini*, I, Milano, 2009, 1313, precisa che «qualora l'erede beneficiato sia un incapace, invece, l'autorizzazione deve considerarsi un requisito di validità dell'atto, in quanto richiesta anche nel suo personale interesse, e questo anche se la competenza si radichi presso il giudice delle successioni. La conseguenza consiste nell'annullabilità dell'atto compiuto, mentre rimane esclusa la sua decadenza dal beneficio d'inventario, sino a quando duri l'incapacità».

[6] La legge di riforma del diritto di famiglia in realtà ha riaperto una "disputa" che si era già ampiamente sviluppata sotto la precedente formulazione dell'art. 320 c.c. e che aveva visto prevalere i sostenitori dell'applicazione dell'art. 747 c.p.c. in quanto *lex specialis* relativa ai beni ereditari per i quali «il passaggio in modo definitivo … nel patrimonio del minore non si è ancora verificato» (così Cass. civ., 25 gennaio 1968, n. 229); più netta in precedenza Cass. civ., 6 luglio 1964, n. 1770, secondo la quale «il tribunale del luogo dell'apertura della successione (e non il giudice tutelare) è competente ad autorizzare la vendita di immobili, pervenuti per successione al minore, anche se siano state esaurite le formalità dell'accettazione con beneficio d'inventario».

[7] Così M. DETTI, *L'autorizzazione all'alienazione dei beni ereditari dei minori di cui all'art. 320 c.c.*, in *Riv. not.*, 1976, 52, secondo il quale «sono necessarie due autorizzazioni, una del g.t. *ex* art. 320 c.c. per tutelare gli interessi del minore, ed attinente all'incapacità del minore – una del Trib. o del Pret. *ex* art. 493 c.c. e 747 c.p.c., per tutelare gli interessi dei terzi ed attinente alla natura del diritto vincolato dell'erede beneficiato. In mancanza di una di queste autorizzazioni, il negozio è annullabile ad opera del soggetto leso dalla mancanza del controllo, il minore se manca l'autorizzazione del g.t., i terzi se manca l'autorizzazione del Trib. o Pret. ... Se deve definirsi la portata dell'innovazione, essa non ha razionalizzato, né sistematizzato i rapporti tra le due tutele. Ha accentuato la tutela dell'interesse del minore, secondo la tendenza che ha avuto altre manifestazioni del medesimo art. 320 (per l'accettazione dell'eredità, delle donazioni e dei legati). La tutela da parere si è trasformata in autorizzazione».

[8] La critica a questa soluzione interpretativa si è incentrata sul rischio di trovarsi di fronte a

Secondo un altro orientamento[9], «l'art. 320 c.c., nella nuova formulazione, ha natura di norma speciale successiva e quindi implicitamente abrogante rispetto alla disposizione dell'art. 747 c.p.c.; esso è innovativo della precedente disciplina poiché altrimenti la specificazione "anche a causa di morte" non avrebbe alcuna giustificazione, mentre è chiaro l'intento di elidere l'antinomia una volta esistente fra il vecchio testo dell'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c., apportando una evidente deroga a quest'ultima norma». Ne deriverebbe, pertanto, secondo questo orientamento, che «con le modifiche apportate al testo dell'art. 320 c.c. la competenza ad autorizzare atti concernenti beni ereditari dei minori *in potestate* è stata attribuita in ogni caso al giudice tutelare, con conseguente esclusione dell'applicazione dell'art. 747 c.p.c.»[10].
Secondo un ulteriore orientamento, anche dopo la modifica dell'art. 320 c.c., la competenza spetterebbe al giudice tutelare solo per quei beni che, provenendo da una successione ereditaria, si possono considerare acquisiti definitivamente al patrimonio del minore; fino a quando non si sia esaurita la procedura di accettazione con beneficio d'inventario, l'autorizzazione alla vendita resterebbe di competenza del tribunale *ex* art. 747 c.p.c.[11]

Altrettanto discusso è stato in dottrina e giurisprudenza il tema dell'individuazione dell'esatto ambito di applicazione dell'art. 747 c.p.c., che testualmente fa riferimento solo alla vendita di beni ereditari, sollevando il dubbio della sua applicazione anche ad altri atti di straordinaria amministrazione e principalmente alla divisione ereditaria.

due provvedimenti in contrasto tra loro, oltre che sull'evidente aggravio procedurale certamente non voluto dal legislatore. Secondo M. DETTI, *L'autorizzazione all'alienazione* …, cit., «l'osservazione è superficiale. È evidente che sia nella giurisdizione contenziosa che in quella volontaria, non è consentito a due giudici di compiere il medesimo esame. Ma nel caso i due giudici non compiono il medesimo esame. Essi controllano lo stesso affare, ma da due angolazioni diverse, sotto due diversi aspetti, in relazione a due distinte categorie di interessi, con effetti diversi rivelati dalla duplicità delle impugnative … Quanto all'eventualità di due autorizzazioni contrastanti, questo, lungi dall'essere un inconveniente, è un'esaltazione della completezza del sistema delle tutele».

[9] Così F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1986, 37. In giurisprudenza Cass. civ., 21 marzo 1977, n. 1102; Cass. civ., 9 maggio 1977, n. 1775.

[10] Contro questa soluzione interpretativa si è osservato che essa priverebbe di tutela i creditori ereditari e i legatari, configurando peraltro una inammissibile abrogazione "implicita" di una norma processuale da parte di una norma sostanziale.

[11] Così la dottrina prevalente. Tra gli altri A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, 345, e ribadita in A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, cit., 352. In giurisprudenza Cass. civ., 19 settembre 1978, n. 4199.

La qualificazione della divisione quale atto di straordinaria amministrazione viene dalla dottrina e dalla giurisprudenza[12] argomentata sulla base delle considerazioni che la divisione «è un atto astrattamente idoneo a pregiudicare il patrimonio, in quanto vi potrebbe non essere equivalenza economica tra la quota ideale di comproprietà perduta e il valore del bene attribuito in proprietà esclusiva»[13], e che «pur non rappresentando un atto di alienazione, in senso proprio, la divisione può comportare, ad esempio, l'assunzione di obbligazioni, quale quella di conguaglio»[14]. La conferma di tale qualificazione è data peraltro dallo stesso legislatore, che agli artt. 320 e 375 c.c., per gli atti di divisione nei quali è chiamato a partecipare un soggetto incapace, richiede l'autorizzazione giudiziale.

Tuttavia, se dottrina e giurisprudenza concordano quindi sulla qualificazione della divisione quale atto di straordinaria amministrazione, più controversa è risultata la questione dell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente per il rilascio dell'autorizzazione in caso di divisione ereditaria alla quale partecipa un incapace.

Secondo un primo orientamento[15], la divisione ereditaria andrebbe sottoposta al regime autorizzativo previsto per la divisione ordinaria, in quanto l'art. 747

[12] Si segnala in particolare Cass. civ., 21 gennaio 2000, n. 648, nella quale in modo netto si afferma che «la divisione di un bene comune va annoverata tra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione».

[13] Così G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, *Procedimento e uffici in generale*, Milano, 2003, 357.

[14] Così A. MORA, *I soggetti e l'oggetto della divisione ereditaria*, in *Trattato Bonilini*, IV, Milano, 2009, 183.

[15] In tal senso in giurisprudenza Trib. Torino, decr., 16 novembre 1994 e App. Torino, decr., 20 gennaio 1995, entrambi pubblicati in *Riv. not*., 1995, 298, con nota di A.M. CIAMBELLA, *Divisione ereditaria con e senza conguaglio: fattispecie che necessitano l'autorizzazione* ex *art. 747 c.p.c*., il quale conclude che «si può ritenere che la divisione in senso stretto non necessariamente comporta un pregiudizio per i creditori ereditari. Quando essa modifica solo all'interno la consistenza del patrimonio, non avendo alcun effetto traslativo-dispositivo, non può essere direttamente pregiudizievole per i creditori ereditari e i legatari. E pertanto, ancorché non sia concluso il procedimento di acquisizione definitiva nel patrimonio dell'erede, tale atto non rientrerà nell'ambito di applicazione dell'art. 747 c.p.c., e quindi, qualora il condividente sia un minore, la divisione dovrà essere autorizzata ai sensi dell'art. 320 c.c. Nell'ipotesi in cui invece la divisione comporti anche effetti dispositivi (in nota: Divisione con conguaglio, relativamente al condividente che percepisce il conguaglio, ovvero attribuzione di beni inferiori al valore della quota di spettanza, relativamente al coerede che riceve beni inferiori), tale atto essendo pregiudizievole per i creditori ereditari, dovrà essere autorizzato, pena la decadenza dal beneficio d'inventario. In questo caso l'eventuale condividente minore dovrà essere autorizzato ai sensi dell'art. 747 c.p.c. e non dal giudice tutelare».

c.p.c. fa espresso riferimento solo alla vendita di beni ereditari e non comprende anche la divisione, considerata la sua natura dichiarativa, e comunque la divisione non determina effetti pregiudizievoli per i diritti dei creditori ereditari e dei legatari, trattandosi di un atto che modifica solo all'interno la consistenza patrimoniale dell'eredità beneficiata.
Secondo altro orientamento[16], l'art. 747 c.p.c. troverebbe applicazione non soltanto per l'autorizzazione al compimento degli atti di "vendita" in senso stretto dei beni ereditari, bensì anche per l'autorizzazione al compimento di tutti gli atti di straordinaria amministrazione che possano, direttamente o indirettamente, incidere sulla proprietà dei beni ereditari. Pertanto, la divisione ereditaria, in presenza di soggetti incapaci che hanno accettato l'eredità con il beneficio d'inventario, andrebbe autorizzata ai sensi dell'art. 747 c.p.c. dal tribunale del luogo di apertura della successione, previo parere del giudice tutelare[17].

Il contrasto interpretativo tra l'art. 320 c.c. e l'art. 747 c.p.c. è stato risolto dalle sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1593 del 18 marzo 1981, nella quale la S.C. ha affermato il seguente principio di diritto:
«Anche dopo la riforma del diritto di famiglia, la competenza ad autorizzare la vendita di beni immobili ereditari del minore soggetto alla potestà dei genitori appartiene al giudice tutelare del luogo di residenza del minore, a norma del terzo comma dell'art. 320 c.c., unicamente per i beni che, provenendo da una successione ereditaria, si possano considerare acquisiti definitivamente al patrimonio del minore; l'autorizzazione spetta invece – sentito il giudice tutelare

[16] In tal senso in giurisprudenza Trib. Torino, decr., 31 marzo 1992, pubblicato in *Riv. not*., 1995, 298; in dottrina, tra gli altri, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 295, G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 542, e A. PALAZZO, *Le successioni*, Tomo II, in *Trattato Iudica – Zatti*, Milano, 2000, 978.

[17] A sostegno di questa seconda tesi ed in particolare per contrastare l'affermazione che nega la possibilità che dalla divisione derivino pregiudizi per i creditori ed i legatari, in dottrina (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 296, e G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 543) si porta come esempio l'ipotesi di due coeredi che hanno accettato l'eredità con beneficio d'inventario, supponendo che in sede di divisione ad uno dei coeredi vengano assegnati beni di valore inferiore alla propria quota e che l'altro coerede (assegnatario di beni di valore superiore alla propria quota) successivamente decada dal beneficio d'inventario. Ebbene, nel caso in cui il coerede decaduto non possa pagare la sua parte di debiti ereditari a causa del concorso con i suoi creditori personali, i creditori ereditari potranno agire solo sull'altro coerede, il quale però risponderà dei debiti nei limiti dei beni assegnati, che, essendo di valore inferiore alla sua quota, potranno non essere sufficienti a soddisfare i creditori ereditari, con loro evidente pregiudizio.

– al tribunale del luogo dell'apertura della successione, in virtù del primo comma dell'art. 747 c.p.c., tutte le volte in cui il procedimento dell'acquisto *iure hereditario* non si sia ancora esaurito, come quando sia pendente la procedura di accettazione con il beneficio dell'inventario, e ciò sia perché in tal caso l'indagine del giudice non è limitata alla tutela del minore, alla quale soltanto è circoscritta dall'art. 320 citato, ma si estende a quella degli altri soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità, sia perché altrimenti si determinerebbe una disparità di trattamento tra minori *in potestate* e minori sotto tutela, sotto il profilo della diversa competenza a provvedere in detta ipotesi per i primi (giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320 c.c.) e per i secondi (tribunale quale giudice delle successioni, in base all'art. 747 c.p.c.)»[18].

Allo stesso modo è stato risolto ogni dubbio in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 747 c.p.c., che dottrina e giurisprudenza estendono ormai pacificamente a tutti gli atti di straordinaria amministrazione che risultino idonei ad intaccare, direttamente o indirettamente, l'integrità del patrimonio ereditario.
In particolare, la Corte di Cassazione con sentenza n. 2994 del 7 aprile 1997, nel ribadire che nella fattispecie disciplinata dall'art. 747 c.p.c. l'indagine del giudice non è limitata alla tutela del minore ma si estende a quella degli altri soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità, osserva che «tale esigenza di tutela – che costituisce la *ratio* dell'art. 747 c.p.c. – sussiste, nei casi in cui il procedimento dell'acquisto *iure hereditario* non si sia ancora perfezionato, non soltanto con riferimento all'autorizzazione agli atti di "vendita" in senso stretto degli immobili ereditari, bensì anche con riferimento all'autorizzazione a tutti gli atti di straordinaria amministrazione che possano direttamente o indirettamente incidere sulla proprietà degli immobili ereditari, rendendo necessaria anche una valutazione relativa ad interessi diversi da quelli del minore. Ne consegue che, in ipotesi di beni immobili provenienti da eredità accettata con beneficio di inventario, competente ad autorizzare il minore a promuovere azione di divisione è il tribunale ai sensi dell'art. 747 c.p.c., e non il giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c.»[19].

[18] Nello stesso senso Cass. civ., 9 settembre 1996, n. 8177, Cass. civ., 10 ottobre 2002, n. 14477 e Cass. civ., ord., 27 luglio 2012, n. 13520. In dottrina, anche dopo la sentenza delle sezioni unite, per la competenza del giudice tutelare *ex* art. 320 c.c. a seguito della modifica introdotta dalla legge n. 151 del 1975, C. TRINCHILLO, *Ancora sulla competenza per il rilascio dell'autorizzazione ad alienare beni ereditari appartenenti a minori*, in *Riv. not.*, 1994, 373.
[19] Nello stesso senso già in precedenza Trib. Torino, decr., 31 marzo 1992, pubblicato in *Riv. not.*, 1995, 298, secondo il quale «la divisione di bene ereditario è atto di straordinaria amministrazione che può pregiudicare gli interessi dei creditori e dei legatari e deve pertanto essere autorizzato

Risolto, nei termini indicati dalla Corte di Cassazione, il contrasto tra l'art. 747 c.p.c. e l'art. 320 c.c., il punto davvero critico della questione rimane quello dell'individuazione del momento della chiusura della c.d. fase ereditaria e, quindi, della definitiva acquisizione al patrimonio del soggetto incapace dei beni ricompresi nell'asse ereditario, tenuto conto che tale "momento" costituisce, per la giurisprudenza sopra richiamata, proprio il criterio per attribuire o meno la competenza per il rilascio del provvedimento autorizzativo al tribunale delle successioni *ex* art. 747 c.p.c.

In due fattispecie la risposta in ordine all'individuazione del momento di chiusura della fase ereditaria, ai fini del venir meno della necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti di straordinaria amministrazione dei beni ereditari, è normativamente fissata:
– l'art. 493, comma 2, c.c. stabilisce che «per i beni mobili l'autorizzazione non è necessaria trascorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettare con beneficio d'inventario»: pertanto, pur permanendo il beneficio d'inventario e non realizzandosi la confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede,

dal tribunale *ex* art. 747 c.p.c., previo parere del giudice tutelare quando il condividente è un minore». In senso contrario, sempre prima della citata sentenza della Corte di Cassazione, si segnala App. Torino, decr., 20 gennaio 1995, pubblicato nella medesima rivista, nel quale si afferma che «la divisione di bene ereditario non rientra nella disciplina dell'art. 747 c.p.c., in quanto la modificazione oggettiva del patrimonio dei condividenti non pregiudica in alcun modo i diritti dei creditori e dei legatari».

Con riferimento al tema dell'applicazione dell'art. 747 c.p.c. ad altri atti di straordinaria amministrazione, si può osservare come il legislatore non abbia disciplinato specificamente la legittimazione giudiziale dell'erede beneficiato. In proposito, G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 543, osserva che «in armonia con i principi generali, è da ritenere che l'erede non debba chiedere l'autorizzazione per promuovere giudizi di ordinaria amministrazione, mentre deve chiedere l'autorizzazione per promuovere azioni di straordinaria amministrazione, cioè quelle azioni che provocano un mutamento nella situazione giuridica dei beni amministrati o, comunque, azioni che producono effetti analoghi a quelli di un atto dispositivo per il quale deve chiedere l'autorizzazione … L'erede non deve munirsi dell'autorizzazione per resistere in un giudizio promosso da altri, qualunque sia l'oggetto della causa, perché la difesa passiva fa sempre parte dell'ordinaria amministrazione, a meno che egli non intenda proporre una domanda riconvenzionale di straordinaria amministrazione». A titolo esemplificativo sono ritenute di ordinaria amministrazione le azioni per il recupero di un credito, le azioni di rivendica e quelle possessorie, le azioni risarcitorie, le azioni di risoluzione di contratti per inadempimento, le domande di sequestro ed il successivo giudizio di convalida; sono ritenute di straordinaria amministrazione, oltre al giudizio di divisione, l'azione di risoluzione di un contratto per eccessiva onerosità e l'azione per l'esercizio di un patto di riscatto (si veda in proposito G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, cit., 469 ss.).

il semplice spirare del termine quinquennale comporta, con riguardo ai beni mobili, il venir meno della necessità dell'autorizzazione *ex* art. 747 c.p.c., fermo restando per l'erede incapace l'applicazione degli artt. 320 e 375 c.c.;
– se l'erede beneficiato ha seguito la procedura di liquidazione cd. concorsuale (artt.498 ss. c.c.), divenuto definitivo lo stato di graduazione, i creditori e i legatari che non si sono presentati, ai sensi dell'art. 502, comma 3, c.c., hanno azione contro l'erede (nei limiti della somma che residua dopo il pagamento dei creditori e legatari collocati in tale stato di graduazione) da esercitare entro il termine di prescrizione di «tre anni dal giorno in cui lo stato è divenuto definitivo o è passata in giudicato la sentenza che ha pronunciato sui reclami, salvo che il credito sia anteriormente prescritto»: il decorso di questo termine triennale segna la chiusura della "fase ereditaria" ed il definitivo acquisto dei beni al patrimonio dell'erede[20], che potrà pertanto compiere atti di alienazione senza l'autorizzazione di cui all'art. 747 c.p.c., salva l'applicazione degli artt. 320 e 375 c.c. in caso di incapace.

Più complessa si presenta invece la questione nell'ipotesi in cui l'erede beneficiato non abbia seguito la procedura di liquidazione concorsuale, preferendo la c.d. liquidazione individuale ai sensi dell'art. 495 c.c.

La posizione della giurisprudenza della Corte di Cassazione risulta in proposito ancora attestata su mere affermazioni di principio, limitandosi infatti la S.C. ad osservare che «l'accettazione con beneficio d'inventario e la redazione dell'inventario non esauriscono il procedimento liquidatorio»[21] e che «solo in esito al procedimento liquidatorio i beni pervenuti alla minore potranno

[20] M. DI MARZIO, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, Milano, 2013, 483, osserva in proposito che «nell'ipotesi di esaurimento della liquidazione concorsuale e dello spirare del triennio previsto dall'art. 502 c.c., con conseguente maturazione del termine di prescrizione (ove non sospeso od interrotto, com'è ovvio) stabilito dalla norma, è lo stesso beneficio di inventario a cessare, dando luogo alla confusione dei patrimoni, giacché il beneficio intanto è configurabile ed ha ragione di essere, in quanto esistano passività da soddisfare; il decorso del triennio di cui al comma 3 dell'art. 502 c.c., segna dunque – salve le ipotesi di sospensione-interruzione della prescrizione – l'esaurimento del procedimento dell'acquisto *iure hereditario* ed il definitivo acquisto dei beni al patrimonio dell'erede». Nello stesso modo G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 582, evidenzia che «nel caso di procedura concorsuale, è posto un termine finale della liquidazione. Trascorso tale termine, cessa la qualità di bene ereditario e quindi per i beni ereditati da minori si applica l'art. 320 c.c.».
[21] Così Cass. civ., 9 settembre 1996, n. 8177, pubblicata in *Fam. dir.*, 1996, 6, con nota di G. Giacalone.

essere definitivamente acquisiti al patrimonio della stessa, al quale, per effetto dell'accettazione, appartengono solo in via provvisoria»[22].

La questione viene superata, in sede di volontaria giurisdizione nella prassi di alcuni tribunali, attraverso l'individuazione di criteri di natura essenzialmente "pratica", ritenuti di volta in volta idonei a determinare la chiusura della fase ereditaria e la definitiva acquisizione dei beni ereditari al patrimonio del soggetto incapace (con conseguente "spostamento" della competenza autorizzativa dal Giudice delle successioni *ex* art. 747 c.p.c. al giudice tutelare o al tribunale del luogo del domicilio dell'incapace ai sensi degli artt. 320 e 375 c.c.).

In particolare, si segnalano tre provvedimenti:
– il Tribunale di Rimini, con decreto del 20 febbraio 2015, ha ritenuto che «va dichiarata la competenza del giudice tutelare ai sensi degli artt. 374, 375 e 411 c.c., e non quella del tribunale dell'aperta successione ai sensi dell'art. 747 c.p.c., per l'autorizzazione ad alienare beni immobili del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, i quali, pur provenienti da una successione ereditaria, possano considerarsi definitivamente acquisiti al patrimonio dell'erede, essendo ormai trascorso un significativo lasso di tempo dalla formazione dell'inventario nell'ambito della procedura di accettazione beneficiata, e non essendo nel frattempo emersi soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità»[23];

– il Tribunale di Pistoia, con decreto del 24 maggio 2010, ha ritenuto che «il bene pervenuto per successione *mortis causa* in favore di un minore deve essere considerato come definitivamente acquisito al suo patrimonio, con conseguente competenza del giudice tutelare ad autorizzarne la vendita, quando dall'inventario non risultino creditori o legatari e non risultino notificate opposizioni da parte di questi ultimi»[24];

[22] Così Cass. civ., 29 ottobre 1997, n. 10637.
[23] Il provvedimento è pubblicato in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte prima, 11077, con nota di M. MATTIONI, *Note critiche in tema di erede beneficiato incapace e autorizzazione all'alienazione immobiliare*. Nello stesso senso Trib. Rimini, ord., 3 febbraio 2005, pubblicata in *Riv. not.*, 2005, 870, con nota di M. ANGELINI, *La cessazione della natura di bene ereditario nel caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*.
[24] Il provvedimento è pubblicato in *Foro it.*, 2010, 6, 1, 1954.

– il Pretore di Roma, con decreto del 9 aprile 1996, ha ritenuto che «qualora, dall'esame della dichiarazione di successione, non risulti che l'eredità devoluta ad un minore sia gravata da passività, non essendovi aventi causa dei quali tutelare i diritti, la competenza per l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione non è del pretore o del tribunale *ex* art. 747 c.p.c., bensì del giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c.»[25].

Posizioni sostanzialmente analoghe sono sostenute anche in dottrina da parte di alcuni autori, i quali in particolare evidenziano come l'esigenza di tutela dei creditori ereditari e dei legatari non possa essere intesa «in modo così pressante da ritenersi operante anche a favore di creditori e legatari che trascurino di presentarsi per far valere i loro diritti sui beni ereditari, con la conseguenza ulteriore che, per favorire il creditore inerte e negligente, oltre che ignoto ed eventuale, debba permanere il vincolo sui beni ereditari fino al termine massimo di prescrizione dei crediti eventuali»[26].

---

[25] Nello stesso senso il giudice tutelare di Roma, decr., 19 aprile 1996, secondo il quale «l'accertamento fatto dal Pretore, quale giudice della successione *ex* art. 747 c.p.c., circa l'inesistenza di passività in capo all'eredità devoluta ad un minore in potestà, determina altresì l'accertamento della definitiva acquisizione al patrimonio esclusivo del minore dei beni ricompresi nel suddetto asse ereditario. Di conseguenza ogni atto di alienazione al riguardo non richiede l'intervento del giudice *ex* art. 747 c.p.c., bensì deve essere autorizzato dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c.». Entrambi i provvedimenti sono pubblicati in *Riv. not*., 1996, 906.

[26] Così A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 350. Questa posizione viene ripresa da M. DI MARZIO, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, cit., 487, il quale osserva che «non è facile comprendere, infatti, al di là dell'astratta affermazione di principio, come, con quali cautele, il tribunale possa mai salvaguardare creditori e legatari di cui non risulta l'esistenza: se non ingessando la situazione patrimoniale dell'erede beneficiato fintanto che, divenuto maggiorenne l'erede minore, non alieni senza autorizzazione, perdendo finalmente il beneficio, od altrettanto non faccia l'erede beneficiato non incapace. … A suffragio della tesi si è osservato che l'accettazione beneficiata è sottoposta ad un regime di pubblicità che la rende legalmente nota, sicché, a ritenere comunque applicabile l'art. 747 c.p.c., si finisce per riservare tutela a creditori e legatari che hanno negligentemente trascurato di presentarsi». G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, II, *Istituti a protezione degli incapaci*, Milano, 2003, 322, nel sottolineare come l'aspetto più problematico sia rappresentato proprio dall'individuazione del momento in cui può dirsi chiusa la vicenda ereditaria, precisa che «se nell'asse ereditario vi sono debiti da pagare, la vicenda non può dirsi chiusa e l'autorizzazione dev'essere concessa ai sensi dell'art. 747 c.p.c. Se è stata esaurita la vicenda ereditaria, col completamento della liquidazione concorsuale o individuale, si applica sicuramente l'art. 320. Se non vi sono debiti, si applica l'art. 320». A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, cit., 357, osservano che «ritornano applicabili le … disposizioni del codice civile nei casi in cui la procedura di liquidazione individuale o concorsuale dell'eredità beneficiata deve ritenersi cessata per essere stato soddisfatto l'interesse di tutti i creditori e legatari mediante

Questa impostazione non appare tuttavia coerente con l'impianto normativo e con le finalità perseguite dal legislatore con le disposizioni in esame. Correttamente è stato osservato in proposito che «l'intento di una simile soluzione appare ragionevole e finanche condivisibile; essa, tuttavia, non sembra resistere a un vaglio che tenga conto sia delle sue possibili ricadute pratiche, sia della sua compatibilità col sistema normativo del beneficio d'inventario … il mero riscontro di elementi fattuali da cui possa desumersi l'assenza di creditori ereditari … appare insufficiente, in mancanza di un benché minimo appiglio positivo, a fondare un'ulteriore causa *praeter legem* di chiusura della c.d. fase ereditaria»[27].

La migliore dottrina, pertanto, nel mantenere ferma la competenza del tribunale *ex* art. 747 c.p.c., ritiene che, in presenza di situazioni concrete dalle quali desumere l'assenza di creditori ereditari o comunque di rischi rilevanti per il patrimonio ereditario, l'amministrazione dei beni ereditari non debba essere rigidamente vincolata a finalità liquidatorie e conservative, ben potendo il Giudice delle successioni autorizzare (sempre *ex* art. 747 c.p.c.) anche atti finalizzati al soddisfacimento di esigenze personali dell'erede[28]. Questa posizione dottrinale, che in sostanza comporta un'attenuazione della tipica finalità liquidatoria e conservativa dell'amministrazione "beneficiata", ha l'indubbio merito di riuscire a conciliare «da un lato l'esigenza di tutela della autonomia negoziale dell'incapace, costretto dalla legge ad accettare con beneficio di inventario anche eredità attive e, dall'altro, l'esigenza di mantenere un presidio giudiziale alle pretese di legatari e creditori (anche ignoti)»[29].
Ebbene, seguendo questa impostazione, quelle medesime circostanze di fatto richiamate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sopra citate (quali, come detto,

il pagamento, secondo l'ordine di presentazione (art. 495 c.c.), effettuato con denaro proprio dell'incapace oppure con denaro ricavato dalla vendita di beni ereditari debitamente autorizzata; … o perché nel termine assegnato non siano state presentate dichiarazioni di credito (art. 499 c.c.). Naturalmente di tutto ciò deve essere fornita la prova al giudice da parte di chi chiede l'autorizzazione. Tale prova può essere data mediante l'esibizione di copia dell'inventario e delle quietanze dei creditori e dei legatari, o mediante l'esibizione di una attestazione del notaio della mancata presentazione di dichiarazioni di credito, o dello stato di graduazione e delle quietanze, ecc.».

[27] Così M. MATTIONI, *Note critiche in tema di erede beneficiato incapace* …, cit.

[28] Così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 193.

[29] Così M. ANGELINI, *La cessazione della natura di bene ereditario* …, cit., il quale osserva inoltre che «tale soluzione ha il pregio di fare puntuale applicazione del dettato normativo, anche se condita … da un certo tuziorismo pratico: non va dimenticato, infatti, che la violazione dell'art. 747 c.p.c. è variamente indicata quale causa di annullabilità, nullità o inefficacia del negozio».

il decorso di un significativo lasso di tempo dalla formazione dell'inventario senza che nel frattempo siano emersi soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità o, più genericamente, la mera constatazione che dall'inventario o dalla dichiarazione di successione non risultano creditori e legatari e che non sono state notificate opposizioni da parte di eventuali creditori o legatari), anziché essere utilizzate per "provocare" (mediante una *fictio iuris*) la chiusura della fase ereditaria, potrebbero ben essere valutate dal tribunale adito *ex* art. 747 c.p.c. per escludere l'esistenza di rischi nell'operazione negoziale da autorizzare, tenendo in tal modo nella giusta considerazione sia gli interessi di eventuali creditori ereditari e legatari sia gli interessi dell'incapace, che non sono del tutto estranei alla procedura in esame come risulta dalla previsione del necessario parere del giudice tutelare[30].

D'altra parte, la diversa soluzione interpretativa, oltre a creare una pericolosa incertezza sulla validità dell'atto compiuto in assenza di autorizzazione *ex* art. 747 c.p.c., non chiarisce fino in fondo quali siano gli effetti del considerare chiusa la fase ereditaria. Infatti, se la conseguenza dovesse essere quella della definitiva confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede, si realizzerebbe un doppio effetto negativo: da un lato, per l'erede, non potendosi sostenere una sua liberazione dai debiti ereditari, verrebbe meno la limitazione della responsabilità tipica del beneficio d'inventario (*ex* art. 490, comma 2, n. 2, c.c.), con una sorta di decadenza *sui generis*, che per gli incapaci è però *contra legem*; dall'altro, per i creditori ereditari e per i legatari verrebbe meno la preferenza sul patrimonio ereditario prevista dall'art. 490, comma 2, n. 3, c.c., e ciò per effetto della mera inerzia e senza una espressa previsione di legge[31].

Un discorso a parte merita il beneficiario di amministrazione di sostegno. La dottrina assolutamente concorde ritiene che il beneficiario di amministrazione di sostegno non sia tenuto all'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, essendo quindi ammissibile una accettazione pura e semplice salvo, naturalmente, che il giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore, o successivamente con l'autorizzazione *ex* art. 411 c.c., non ritenga opportuno, nell'interesse dell'avente diritto, prevedere il ricorso allo strumento dell'accettazione beneficiata[32].

---

[30] In tal senso M. MATTIONI, *Note critiche in tema di erede beneficiato incapace* …, cit., il quale rileva come «solo in questo modo il beneficio d'inventario verrebbe salvaguardato e il negozio, correttamente autorizzato, sarebbe immune da ogni rischio d'impugnativa».

[31] Così M. ANGELINI, *La cessazione della natura di bene ereditario* …, cit.

[32] In giurisprudenza si segnala Trib. Vercelli, decreto 3 marzo 2017, secondo il quale «in linea

Pertanto, in caso di accettazione dell'eredità pura e semplice, l'alienazione del bene ereditario dovrà essere autorizzata, se prevista e richiesta dal decreto di nomina, dal giudice tutelare, ai sensi dell'art. 411, comma 1, c.c.; in caso di eredità accettata con beneficio d'inventario, per l'alienazione del bene ereditario sarà necessaria, per le argomentazioni sopra sviluppate e fino a quando non si sia esaurita la c.d. fase ereditaria, l'autorizzazione del tribunale *ex* art. 747 c.p.c., che, anche per il beneficiario di amministrazione di sostegno, assorbe e rende inutile l'autorizzazione del giudice tutelare.
Ci si è piuttosto chiesti se sia necessario il parere del giudice tutelare previsto dall'art. 747, comma 2, c.p.c. per gli "*incapaci*", soprattutto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 440 del 9 dicembre 2005, che tra l'altro ha espressamente sancito che «l'amministrazione di sostegno si distingue dall'interdizione e dall'inabilitazione perché, a differenza di tali ultimi due istituti (ben più invasivi), non attribuisce all'individuo protetto uno "*status*" di incapacità». Sul punto è stato sostenuto che la competenza del giudice tutelare anche in materia di amministrazione di sostegno debba degradare a mero parere, non potendo assumere la forma dell'autorizzazione[33]. È stato tuttavia precisato che, non essendo il beneficiario di amministrazione di sostegno un incapace, in linea di massima, non è necessario il parere del giudice tutelare, salvo rilevare che «se l'atto da compiere (ad esempio una alienazione) è uno di quelli per i quali il decreto di nomina ha previsto la necessaria rappresentanza dell'amministratore di sostegno, si può ritenere che solo per tali atti il beneficiario sia assimilabile ad un incapace e, pertanto, sia necessario, ai sensi dell'art. 747, comma 2, c.p.c., il parere del giudice tutelare»[34].

Infine, un breve cenno sugli aspetti procedurali dell'autorizzazione *ex* art. 747 c.p.c.
Nella sua formulazione originaria, l'art. 747 c.p.c. conteneva una suddivisione della competenza tra pretore e tribunale collegiale: al primo competevano le

di principio, il beneficiario di amministrazione di sostegno ben può accettare l'eredità, a lui devoluta, puramente e semplicemente, anche con la modalità di accettazione tacita. Ciò previa autorizzazione del giudice tutelare, rilasciata ai sensi dell'art. 374, comma 1, n. 3, c.c., relativa all'atto il cui compimento sia qualificabile come accettazione tacita». Il provvedimento è pubblicato in *Fam. dir.*, 2018, 3, 279.

[33] Così M. ONOFRI, *Riflessi di diritto successorio dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. not.*, 2005, 880, e M. DI MARZIO, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, cit., 480-481.

[34] Così L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010, 742-743.

autorizzazioni relative a beni mobili, al secondo quelle relative a beni immobili. La modifica della disposizione in esame, a seguito della riforma contenuta nel d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 (che ha soppresso l'ufficio del pretore), ha sollevato la questione se in questa materia debba essere mantenuta la precedente distinzione tra beni mobili e beni immobili (riconoscendo al tribunale in composizione monocratica la competenza per i beni mobili ed al tribunale in composizione collegiale la competenza per i beni immobili) ovvero se la competenza al rilascio del provvedimento autorizzativo debba essere attribuita in via esclusiva al tribunale in composizione monocratica o in composizione collegiale.

Pur nel contrasto di orientamenti giurisprudenziali[35], prevale in dottrina[36] ed appare conforme alle finalità della riforma[37], la tesi che ritiene ancora operante la distinzione tra beni mobili e beni immobili, e ciò per effetto dell'applicazione dell'art. 244, comma 2, del citato d.lgs. n. 51 del 1998, secondo il quale «le funzioni del pretore non attribuite espressamente ad altra autorità sono attribuite al tribunale in composizione monocratica, anche se relative a procedimenti disciplinati dagli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile o nei quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero».

[35] In particolare, secondo alcune pronunce l'autorizzazione a vendere beni ereditari (mobili ed immobili) è di competenza sempre del tribunale in composizione monocratica e, eventualmente, delle sezioni distaccate del tribunale (così, ad esempio, Trib. Torino, 22 agosto 2002); secondo altre pronunce la competenza spetta in ogni caso, sia per i beni mobili che per quelli immobili, al tribunale in composizione collegiale (così, ad esempio, Trib. Torre Annunziata, 13 febbraio 2001); infine, altre pronunce ancora attribuiscono al tribunale in composizione monocratica la competenza solo per l'autorizzazione alla vendita di beni mobili (così, ad esempio, Trib. Lanusei, 4 gennaio 2001).

[36] In tal senso tra gli altri A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, cit., 356, i quali osservano che «l'art. 747 c.p.c. non distingue più, in modo espresso, ai fini della competenza tra beni mobili ed immobili (a seguito della riforma *ex* art. 112, d.lgs., n. 51 del 1998). Il riparto, peraltro, permane in virtù dell'art. 244, n. 2, d.lgs. cit., che trasferisce al tribunale in composizione monocratica le funzioni già del pretore; e l'autorizzazione in oggetto relativa a beni mobili era, appunto, del pretore». Di diverso avviso è tra gli altri L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione* …, cit., 26, il quale ritiene che la competenza spetti sempre al tribunale in composizione collegiale, osservando da una parte che «la nuova formulazione del 747 c.p.c. per la vendita di beni ereditari prevede solo la competenza del tribunale senza distinguere più tra beni mobili … e beni immobili» e dall'altra che «il legislatore ha abrogato dall'art. 747 c.p.c. l'inciso riguardante i beni mobili, con la conseguenza di abrogare, con riferimento alla norma in esame, la distinzione tra beni mobili e immobili».

[37] Così M. DI MARZIO, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, cit., 468.

Pertanto, l'art. 747 c.p.c. va letto nel senso che l'autorizzazione a vendere beni ereditari si chiede con ricorso diretto per i beni mobili al tribunale ordinario in composizione monocratica e per i beni immobili al tribunale ordinario in composizione collegiale, del luogo in cui si è aperta la successione[38].

[38] Così G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, cit., 524. Lo stesso G. SANTARCANGELO, in G. PETRELLI (a cura di), *Formulario notarile commentato*, V, II, Milano, 2008, 1472, con riferimento alla divisione ereditaria, ritiene che «la competenza a concedere l'autorizzazione spetta al tribunale (in composizione collegiale) del luogo di aperta successione se la massa divisionale è costituita da immobili (o anche da un solo immobile); al tribunale (in composizione monocratica) se nella massa divisionale non vi è alcun immobile o diritto reale immobiliare. Più precisamente, se agli altri condividenti sono assegnati beni immobili (di cui era titolare pro quota l'erede beneficiato) occorre l'autorizzazione del tribunale in composizione collegiale; se sono assegnati solo beni mobili (di cui era titolare pro quota l'erede beneficiato) la competenza è del tribunale in composizione monocratica. Occorre guardare alla natura del bene o diritto che è perso dal condividente per essere assegnato agli altri».

Il rito camerale *ex* artt. 737 ss. c.p.c.

Ferruccio Auletta
Ordinario di Diritto processuale civile, Università "Federico II" di Napoli

Il contributo offre una visione d'insieme del processo di giurisdizione volontaria: muovendo dal tentativo di identificarne l'oggetto, l'Autore si sofferma sul procedimento delineato dagli artt. 737 ss. c.p.c., come integrato dalla giurisprudenza. Quest'ultima, peraltro, mentre spesso mutua principi e regole dal processo contenzioso, talora se ne discosta, sebbene né la specialità dell'oggetto, né quella dei poteri del giudice sembri giustificare tali deviazioni.

This study offers a comprehensive overview of non-contentious jurisdiction: starting from an attempt to identify its object, the Author dwells on articles 737 ff. c.p.c. proceedings, as supplemented by case-law. This latter, in so doing, often borrows principles and rules from the contentious process; however, it sometimes departs from them, although neither the specialty of the object nor that of judge's powers seems to justify such deviations.

Sommario: 1. L'interesse come oggetto della classe dei procedimenti di giurisdizione volontaria. – 2. Tipicità dell'interesse e del procedimento giurisdizionale per la sua tutela. – 3. Caratteri distintivi dell'interesse rispetto al diritto: incertezze e conseguenze sopra l'idoneità del procedimento di giurisdizione volontaria alla tutela della posizione soggettiva. – 4. Segue: qualità dell'interesse e della relativa amministrazione giurisdizionale ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c. – 5. Differenza tra interessi e riserve alla giurisdizione della relativa tutela. – 6. Il modello processuale per la tutela degli interessi e sue differenze dall'omologo per la tutela dei diritti. – 7. Segue: conseguenza prima: l'assenza di preclusioni. – 8. I provvedimenti incidenti stabilmente su diritti e il loro regime particolare. – 9. L'integrazione regolare del modello processuale di giurisdizione volontaria. – 10. La disciplina delle spese. – 11. La regolazione della competenza sulla giurisdizione volontaria in capo alla Corte di cassazione.

1. L'interesse come oggetto della classe dei procedimenti di giurisdizione volontaria

I temi saranno analizzati dal punto di vista del processo, con sezione dei diversi procedimenti speciali. E il primo obiettivo è quello di giustificare l'esistenza, in autonomia, di una classe di procedimenti riconoscibili come di "volontaria giurisdizione".

Nonostante il riferimento costante a tale espressione, la più recente monografia di D. Turroni fa riferimento ai "procedimenti senza diritti". La dottrina classica invece ha sempre giustificato la legittimità dell'impiego della figura della "volontaria giurisdizione" perché di diretta derivazione normativa. In questo senso, basti pensare all'art. 1 della legge notarile, all'art. 32 delle disp. att. del codice civile con riguardo alle funzioni del Pubblico ministero, alla legge di diritto internazionale privato e processuale (l. n. 218 del 1995) o, ancora, alla legge consolare: fonti tutte che al sintagma fanno ricorso. Inoltre, in materia di delegificazione dei Registri di cancelleria, il decreto ministeriale che ne ha rinnovato la disciplina fa espressa menzione degli affari "non contenziosi", che è un modo alternativo di esprimere l'idea di "volontaria giurisdizione".

La caratteristica di questi procedimenti è stata sin qui ritenuta quella di non assumere a oggetto un diritto soggettivo, bensì un interesse, di cui proverò a fornire una caratterizzazione ulteriore.

2. Tipicità dell'interesse e del procedimento giurisdizionale per la sua tutela

In realtà, stabilire che l'oggetto di tali procedimenti è un interesse e, in virtù di tanto, lasciarne conseguire che il procedimento dettato dagli artt. 737 ss. c.p.c. sia adeguato – anche dal punto di vista costituzionale –, dipende da una gerarchia predeterminata, a monte, tra diritti e interessi. Tuttavia, non è agevole delineare questa gerarchia e individuarne univocamente i valori che vi si esprimono. In altre parole, se non ci fosse accordo sulla esistenza di categorie classificabili, in termini di posizioni soggettive, come di diritto o alternativamente di interesse, si potrebbe mettere in discussione l'esistenza stessa del giudizio di adeguatezza che gli artt. 737 ss. c.p.c. consentono in ordine ai procedimenti che prendono a oggetto gli interessi semplici e non i diritti soggettivi.
I diritti soggettivi, se davvero tali, ambiscono regolarmente – senza bisogno di previsioni apposite – a un accertamento che abbia la capacità di stabilizzarsi, com'è proprio della cosa giudicata. Viceversa, gli interessi oggetto dei procedimenti che si svolgono in camera di consiglio possono essere mantenuti nelle forme loro riservate dagli artt. 737 ss. c.p.c. siccome e in quanto non necessitano di accertamento idoneo a stabilizzarsi al modo della regiudicata (né ad assicurazione provvisoria degli effetti del provvedimento: non è invero ipotizzabile una tutela cautelare in senso stretto, là dove non si faccia valere un diritto).
Inoltre, gli accertamenti che riguardano i diritti soggettivi non hanno bisogno di una previsione che espressamente censisca la posizione soggettiva oltre che la ammissibilità dell'accertamento stesso e della tutela, mentre per gli interessi c'è bisogno di un'emergenza legislativa *ad hoc*, in modo da garantire ai casi nominati dal legislatore la specifica cura giurisdizionale di tali interessi, ciò che è peraltro tipico di ogni forma di giurisdizione costitutiva. Non a caso, da Chiovenda in avanti si è sempre ritenuto di annoverare i procedimenti in camera di consiglio nell'àmbito della giurisdizione costitutiva a motivo della loro tipicità.

3. Caratteri distintivi dell'interesse rispetto al diritto: incertezze e conseguenze sopra l'idoneità del procedimento di giurisdizione volontaria alla tutela della posizione soggettiva

Sennonché, non è sempre agevole distinguere ciò che è situazione giuridica soggettiva meritevole di accertamento idoneo al giudicato e ciò che, invece, è mero interesse suscettibile di altro intervento giudiziario a sua protezione, ma senza attitudine al giudicato.

Basti considerare l'irrilevanza del lessico legislativo. Infatti, si è soliti porre al centro della giurisdizione camerale la situazione giuridica soggettiva del "potere", intesa come la situazione in virtù della quale un soggetto ha la capacità di variare, con un atto proprio, una posizione di altri e, in forza di tale assoggettamento, far sorgere l'interesse di quest'ultimo al controllo della legalità della modificazione così provocata. È questo lo standard della giurisdizione volontaria.

Tuttavia, se si andasse alla ricerca nel lessico normativo di un tratto veramente distintivo di casi del genere rispetto all'accertamento che regolarmente produce la cosa giudicata si farebbe sicuramente difficile rinvenirlo. Per esempio, già trovare il termine "potere" sarebbe difficile. Si pensi all'art. 832 c.c. e alla definizione di proprietà: lì, la disposizione elenca come diritti a sé stanti quelli che sono niente più che poteri inclusi nell'unico diritto di proprietà. Dunque, già il c.d. "diritto di godere e disporre", che appartiene al nucleo della proprietà, non consentirebbe alcun affidamento lessicale sull'individuazione letterale delle posizioni soggettive, e così è in genere per quelle da mandare soggette al trattamento della camera di consiglio.

Pertanto, c'è bisogno di discriminanti che di volta in volta possano aiutare a censire, entro una determinata posizione isolata dal legislatore, se trattasi di interesse e non di diritto, e se per essa risulti adeguata la serie di norme così scarna degli artt. 737-742 c.p.c. Difatti, se la posizione non è autenticamente di interesse al modo in cui potrebbe riuscire adeguato tale procedimento, quest'ultimo avrà bisogno di una integrazione o di una correzione per rendere il suo standard costituzionalmente accettabile.

È questo il punto attorno a cui ruota il discorso sulle posizioni giuridiche soggettive: se l'interesse adatto a essere trattato nelle forme della giurisdizione in camera di consiglio non è veramente tale, ma è meritevole – dal punto di vista della tutela giurisdizionale – di maggiori garanzie, subentra la necessità di un'integrazione. Come è noto, l'integrazione tipica consiste nel sottoporre il decreto camerale al controllo di legittimità della Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

4. Segue: qualità dell'interesse e della relativa amministrazione giurisdizionale ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c.

Secondo alcuni, la caratteristica fondamentale dell'interesse idoneo a essere trattato nelle forme camerali consisterebbe nella pubblicità di questo. Eppure, di tanto si potrebbe obiettivamente dubitare, così come di altre pretese caratteristiche quali quella secondo cui l'interesse debba essere impersonale ovvero postuli esercizi discrezionali.
In proposito, è legittimo chiedersi quale sia per es. la pubblicità nell'interesse protetto dal Presidente del Tribunale che nomina un arbitro in supplenza della parte privata rimasta inerte nella designazione del soggetto di sua spettanza sulla base di una clausola compromissoria. Non pare esserci alcuna pubblicità dell'interesse da proteggere; peraltro, il giudice che nomina l'arbitro non potrebbe esercitare un potere maggiore di quello che avrebbe potuto esercitare la parte rimasta inerte, e non già autonomamente discrezionale. Così, se quella doveva scegliere per forza il suo arbitro da un elenco, anche il giudice che esercita in via surrogatoria il medesimo potere deve sceglierlo dallo stesso elenco. Il giudice non assume una posizione di terzietà rispetto al potere non esercitato dalla parte, ma di terzietà rispetto all'interesse che deve essere salvaguardato: il giudice è chiamato in guisa di terzo a esercitare un potere, egli non prende in capo a sé – come farebbe la parte – la tutela di quell'interesse, pur dovendo agire nello spettro di potere che naturalmente sarebbe spettato al suo titolare, e però mantiene assolutamente una posizione di terzietà, che in ambito pubblico neppure l'Amministrazione sarebbe in grado di osservare.
Quando l'esercizio è svolto dal giudice, ciò significa che la dotazione naturale dei suoi poteri, come definita nel libro I del codice, certamente non viene dismessa per il solo fatto che egli agisca in camera di consiglio e in ambito non contenzioso. Perciò, anche in quest'ultimo ambito il giudice può impiegare comunque l'insieme dei poteri riservati alla giurisdizione nella sua totalità, fino a quelli di coercizione e con impatto sulla libertà personale.

5. Differenza tra interessi e riserve alla giurisdizione della relativa tutela

In realtà, già soltanto mettendo a confronto due tipiche situazioni di interesse, ci si può avvedere della distanza e delle evidenti differenze e, pertanto, delle difficoltà di condurre un discorso unitario in materia.
Si pensi agli artt. 374 e 375 c.p.c., relativi all'autorizzazione al compimento di atti giuridici dell'interdetto. Non c'è alcuna indicazione in ordine al criterio

dell'esercizio discrezionale per la tutela dell'interesse che viene indicato dal legislatore come degno di cura, in nessuna misura. Di converso, si considerino gli artt. 2446 e 2485 c.c., su "Riduzione del capitale per perdite" e "Scioglimento della società per azioni", che – di contro – sono fattispecie esattamente definite, in cui l'esercizio giurisdizionale non è diverso da quello che potrebbe compiersi davanti a un giudice nell'ambito della giurisdizione autenticamente su diritti. Si tratta, infatti, di fattispecie puntualmente descrittive, al pari del modo in cui potrebbe essere enucleato il diritto soggettivo in senso proprio, assoggettabile cioè a tutela idonea alla cosa giudicata.

Allora, il problema diventa l'analisi del modo in cui il giudice deve porsi nei confronti delle diverse fattispecie.

La premessa, come noto, è che la presenza del giudice non sia in sé necessaria, e cioè che la volontarietà della giurisdizione sugli interessi starebbe nel fatto che le volte in cui il legislatore lascia emergere un interesse specifico come oggetto di tutela, lì si sarebbe potuto altrimenti affidarne la cura alla pubblica amministrazione. E di qui viene pure l'idea, largamente coltivata in passato, che si tratti di una funzione autenticamente amministrativa sebbene affidata alla A.G.

Si potrebbe finanche continuare ad aderire a questa posizione, ma con la cautela che impongono talune situazioni. Per esempio, avuto riguardo alle ultime due esemplificazioni ("Riduzione del capitale per perdite" e "Scioglimento della società per azioni"), si possono nutrire dubbi sul fatto che se il legislatore avesse in cura questi stessi interessi senza volerli affidare al giudice, la cura potrebbe spettarne a un soggetto diverso, un soggetto – cioè – espressione del potere amministrativo. Già Montesano aveva ritenuto che, per via dell'art. 29 Cost., ricorre l'esigenza che siano soltanto i giudici ad assicurare, per es., la protezione di coniugi e figli dall'invasione nella sfera familiare di determinazioni *ab extra*. Quindi, almeno in materia familiare, ci sarebbe – secondo l'autorevole ricostruzione – l'impossibilità di ritenere l'attribuzione all'A.G. come costituzionalmente *volontaria*, cioè non necessaria.

In effetti, potrebbe essere dubbia in sé l'idea che tutte le volte in cui l'interesse isolatamente protetto dal legislatore, se non curato dal giudice, potrebbe esserlo dalla pubblica amministrazione. Si tratta in fondo della stessa idea secondo la quale è funzione amministrativa anche quella che si viene svolgendo nella volontaria giurisdizione e che sta in connessione diretta con la conseguenza per cui la giurisdizione camerale è inidonea a produrre la cosa giudicata.

Se si esaminano le teorie classiche di Allorio e di Chiovenda, emerge che la natura amministrativa della funzione, per il primo, è la premessa che giustifica l'inesistenza del giudicato, mentre, per il secondo, vale il contrario: dal momento

che non c'è regiudicata la natura della funzione non può essere giurisdizionale, ma per forza amministrativa. In buona sostanza, sebbene non sempre condotto allo stesso modo, deve convenirsi che è unico il discorso secondo cui la natura amministrativa sarebbe quella intima di tale funzione onde, se giudice non vi fosse, la funzione rimarrebbe affidabile alla pubblica amministrazione.
La sintesi di queste posizioni, se infine si convergesse sull'ipotesi dell'esistenza di situazioni occasionalmente protette con le caratteristiche di non doverosità costituzionale del procedimento altrimenti proprio della tutela dei diritti, sarebbe di considerare giustificata la scarna sequenza normativa degli artt. 737-742 c.p.c., e cioè, sostanzialmente, di accettare l'ammissibilità di una giurisdizione senza predeterminazione di forme – ossia di un dettaglio minimamente precostituito *ex lege* dei termini del procedimento –, una giurisdizione senza idoneità al giudicato e priva del controllo di legittimità avanti alla Corte di Cassazione.
Tali caratteristiche distintive consentono di affermare che, accettando l'esistenza di posizioni soggettive minori e definibili in termini di interesse, si fa altresì accettabile che la giurisdizione si attui senza dette garanzie; altrimenti, alcune di quelle garanzie vanno sicuramente innestate.

6. Il modello processuale per la tutela degli interessi e sue differenze dall'omologo per la tutela dei diritti

Per una giurisdizione alternativa a quella che serve alla tutela dei diritti occorre individuare un diverso modello processuale. Un esempio su tutti varrà a chiarirlo: se si afferma che l'unico effetto rilevante che produce il provvedimento in camera di consiglio è la modificazione della posizione soggettiva dopo l'esercizio del potere, si produce la cancellazione di una delle classiche distinzioni proprie del processo giurisdizionale sopra diritti, la differenza tra oggetto principale e questione incidentale. Nell'àmbito della giurisdizione volontaria, non è possibile distinguere l'oggetto del provvedimento dall'accertamento che è funzionale all'adozione del provvedimento; quindi, non si può seguire la solita dissociazione che avviene nella giurisdizione sui diritti, cioè la dissociazione di oggetto e questioni.
Per esempio, nel momento in cui l'amministratore di un ente viene revocato per gravi irregolarità con un provvedimento giurisdizionale, l'accertamento delle gravi irregolarità è funzionale soltanto a provocare la modificazione di *status* in capo a tale soggetto, ma non crea alcuna preclusione sulla antecedente verifica delle gravi irregolarità. Di talché, nell'eventuale successivo giudizio per l'accertamento dell'indennizzo richiesto dall'amministratore revocato per

assenza di gravi irregolarità ovvero, nella speculare ipotesi in cui l'ente agisca in giudizio per il risarcimento dei danni, in nessun caso la parte interessata si potrà giovare dell'accertamento che incidentalmente sarebbe stato svolto in funzione della precedente modifica di status avutasi col provvedimento di revoca. E ciò è notevolmente diverso da quanto accade nella giurisdizione su diritti.

Si consideri, per altro verso, l'effetto preclusivo di una autorizzazione concessa *ex* art. 375 c.p.c.: certamente sarebbe in grado di schermare l'annullabilità del contratto successivamente concluso per la mancanza della condizione autorizzativa, ma non sarebbe altrettanto in grado di precludere l'iniziativa per l'annullamento del contratto per vizi del consenso ai sensi degli artt. 1425 ss. c.c.

Pertanto, precipitato del modello *sui generis* di giurisdizione in camera di consiglio è che del relativo processo non sopravvivono accertamenti al provvedimento e, dunque, non c'è alcun nucleo di preclusioni che di là principia.

7. Segue: conseguenza prima: l'assenza di preclusioni

Il che innesca conseguenze ulteriori sul piano processuale. Si pensi all'ammissibilità in via di principio di una istanza c.d. fotocopia, che si presterà assai probabilmente a venir rigettata in assenza di modificazioni che possano rendere assentibile la modifica richiesta, ma non potrà assumersi che un'istanza siffatta non ecciti comunque il potere del giudice di provvedere nel merito, proprio perché non vi osta alcun effetto preclusivo derivante dal rigetto della domanda anteriore.

Altra e non minore conseguenza di tanto è che, in via di principio, non può concepirsi revoca del provvedimento di rigetto, perché l'esigenza del provvedimento di revoca sorge e si spiega soltanto in dipendenza di un elemento preclusivo e, viceversa, l'assenza di ogni preclusione fa escludere in termini concettuali la possibilità di una revoca del rigetto. Del resto, la dottrina (A. Chizzini) che pure è giunta a sostenere l'ammissibilità della revoca anche del provvedimento di rigetto, attribuisce alla nuova istanza di rilascio del provvedimento capacità di prefigurare la revoca implicita di quello precedente, sicché, almeno dal punto di vista della situazione effettuale, la inammissibilità (logica) dell'autonomia della revoca del provvedimento di rigetto non pare venire in discussione

Un'ultima conseguenza da trarre sul piano del processo concerne l'àmbito della preclusione, quale che sia il segno del provvedimento (positivo o negativo). Infatti, nella giurisdizione in camera di consiglio non conta il titolo della

modificazione giuridica prodotta dal provvedimento, che è invece dirimente per la giurisdizione contenziosa. Per esempio, in camera di consiglio non vale conoscere quale sia stato il titolo dell'accoglimento o del rigetto del provvedimento, il che rimane determinante nella giurisdizione sui diritti, essendo evidente che, in caso di rigetto della domanda di annullamento del contratto per errore, si può immaginare un àmbito preclusivo che oltre all'errore giunga fino a includere gli altri vizi del consenso o più in generale il potere di annullamento del contratto, mentre nell'ambito della giurisdizione camerale non v'è alcun raggio che misuri l'effetto della preclusione, del tutto assente.

8. I provvedimenti incidenti stabilmente su diritti e il loro regime particolare

La inidoneità al giudicato dei provvedimenti in esame rappresenta anche l'elemento di maggiore criticità, perché, in linea di principio, la reiterabilità dell'istanza incontra il problema della efficienza della produzione giurisdizionale che in ogni caso deve essere salvaguardata.

È nota l'evoluzione della giurisprudenza che, ancorché ammettendo l'assenza di ogni carattere decisorio nei provvedimenti presi in camera di consiglio, ha tuttavia favorito l'indiretta stabilizzazione del provvedimento attraverso l'enfatizzazione della perentorietà del termine per il reclamo nonostante l'inattitudine al giudicato del provvedimento. Ci si è chiesti se, combinando i due fattori, si possa, almeno in determinate circostanze, procurare una stabilizzazione allo stato degli atti, *rebus sic stantibus*.

Sono questi i casi in cui si incontra la categoria di decreti che, ancorché non decisori – e cioè decreti che non attribuiscono né negano diritti soggettivi – si definiscono *incidenti*, cioè non decidono ma soltanto incidono su diritti soggettivi. La giurisprudenza ha coniato, a condizioni date, la classe dei provvedimenti di giurisdizione volontaria che, al pari di tutti gli altri non decidono di diritti soggettivi, ma diversamente dagli altri possono incidere in maniera stabile sopra un diritto soggettivo.

Come esemplificazione di quest'ultima categoria, che intuitivamente genera un bisogno di integrazione delle scarne formule degli artt. 737 ss. e, in particolare, del controllo della Corte di Cassazione del decreto non più impugnabile, è possibile richiamare la fattispecie di Cass., sez. un., n. 11849/2018: si ha riguardo alla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, disciplinata dagli artt. 512 ss. c.c. Grosso modo, si tratta di istituto speculare a quello dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, in cui la separazione opera nell'interesse del creditore a conservare intatta la garanzia patrimoniale sulla quale aveva

fatto affidamento. Nell'eredità beneficiata, al contrario, l'interesse è dell'erede a non subire gli effetti pregiudizievoli di un'eredità passiva.
Ora, la Corte di Cassazione ha messo in rilievo come operi diversamente il diritto del creditore, che richieda la separazione e la ottenga, dall'omologa posizione del creditore che quella separazione richieda ma non ottenga. In nessun caso il giudice del provvedimento in camera di consiglio è chiamato ad accertare il credito dell'istante e, come al solito, non c'è alcuna verifica preliminare che possa fare stato in altro contesto. Tuttavia, le sezioni unite affermano che «allorché la separazione non sia disposta, in un caso del genere, il provvedimento reiettivo incide sul diritto del creditore, escludendolo. E il creditore subisce in maniera irretrattabile gli effetti del concorso senza preferenza dei creditori particolari dell'erede». Insomma, non si decide del diritto del creditore, ma, se si negasse il provvedimento di separazione, ci sarebbe un'incisione stabile su quel diritto e la confusione patrimoniale sarebbe operata in danno del creditore pur ancora non accertato, ma prospetticamente ritenuto tale.
L'ipotesi appena esposta manifesta il bisogno di una garanzia integrativa, normalmente sotto forma di ricorso in Cassazione; in altre circostanze, però, il bisogno dell'integrazione è stato esaudito armonizzando la regola del reclamo soggetto a un termine perentorio con la possibilità residuale di revoca del provvedimento.

Le idee in proposito sembrano ricadere in un punto: le volte in cui si prospetta il bisogno di una stabilizzazione del provvedimento, soccorre pure quello di modulare le garanzie di revisione del provvedimento stesso, tra le quali la possibilità di revoca coi connessi problemi inerenti alla sopravvenienza spendibile. Per esempio, se debba trattarsi di circostanza sopravvenuta piuttosto che di motivo sopravvenuto (in questo rientrando ogni elemento antecedente ma semplicemente non dedotto); se debba escludersi pregiudizialmente ogni profilo di legittimità in favore dell'inerenza soltanto al merito della sopravvenienza stessa; se l'effetto della revoca possa retroagire o debba rimanere ancorato alla sopravvenienza che la determina (e, quindi, connesso in ogni caso al momento nel quale il provvedimento di modifica ulteriore intervenga); e finanche quale debba essere l'organo chiamato a pronunciarsi: se il giudice di prime cure o eventualmente il giudice del reclamo quando fosse stato questi – in ipotesi – a rilasciare il provvedimento già negato dal primo giudice.
In tutte queste vicende è possibile cogliere una chiave interpretativa nel senso che, di volta in volta, lo schema di riferimento finisce stabilmente con l'essere quello proprio della tutela giurisdizionale dei diritti, là dove la revoca sia istituto consentito. Pertanto, il ragionamento della giurisprudenza spesso viene

modellato su quello del provvedimento cautelare e, quindi, sulle soluzioni sperimentate nell'ambito degli artt. 669-*bis* ss. c.p.c.

9. L'integrazione regolare del modello processuale di giurisdizione volontaria

In breve, la scarna sequenza di norme degli art. 737 c.p.c. ss. postula costantemente un bisogno di integrazione, anche quando non si tratti di correzione che eleva il livello della tutela, al modo in cui avviene quando si giustappone il ricorso per cassazione ai provvedimenti che incidono sui diritti soggettivi, ma sempre rendendosi necessaria un'operazione di tessitura normativa all'interno del nudo telaio di quelle disposizioni.

Dal censimento giurisprudenziale emerge che molti sono gli istituti della parte generale e del processo di cognizione che vengono mutuati. Per esempio, si ammette nella giurisdizione in camera di consiglio l'intervento del terzo, la disciplina dell'udienza qual è quella davanti al giudice istruttore della causa di merito, forme di decisione che, pur svincolate dalle rigidità del modello assegnato alla tutela dei diritti, comunque impongono il contraddittorio anticipato attraverso la discussione orale o l'interlocuzione per iscritto, in ogni caso senza mai posporre il contraddittorio alla decisione, così che gli schemi del contraddittorio differito (necessario o eventuale) devono ritenersi esclusi. Del resto, i modelli alternativi dovrebbero comunque essere espressamente previsti dal legislatore, perché l'art. 101 del c.p.c., quale disposizione del libro I, governa anche le fattispecie del libro IV, recandovi il bisogno di una previsione tipica in effetti mancante.

Anche nel grado del reclamo sono molte le regole mutuate dal diritto comune delle impugnazioni contro le sentenze e, in buona misura, molte sono le soluzioni tributarie della disciplina dell'appello.

Per esempio, in sede di reclamo pare registrarsi la presenza di un indirizzo che esclude l'improcedibilità del reclamo per difetto di tempestiva notificazione di ricorso e decreto all'intimato in assenza di una specifica previsione *ad instar* dell'art. 348 c.p.c., eppure la sanzione dell'improcedibilità senza nessun'altra *chance* veniva in precedenza riservata a chi concludentemente manifestava sopravvenuto disinteresse alla decisione. Adesso, il *trend* va nella direzione di sempre maggiore officiosità, finanche in presenza di un atteggiamento non univoco quanto all'attualità dell'interesse.

Non distante da tale tendenza all'officiosità, ma assai peculiare è pure l'uso che si fa del potere di informazioni che ai sensi dell'art. 738 c.p.c. è riservato al

giudice della volontaria giurisdizione; potere proiettato finanche oltre il piano meramente processuale. Infatti, mentre è ben aderente al piano processuale l'affermazione in base alla quale il giudice non è astretto dall'iniziativa di parte e – quindi – né ha doveri di corrispondenza all'eventuale istanza istruttoria né dalla carenza di questa rimane inibito, godendo largamente di potere officioso (non a caso, l'azione di assumere informazioni è retta dal verbo "può"), altre conseguenze che si traggono appaiono francamente esorbitanti l'art. 738 c.p.c. Per paradosso, la snellezza dell'attività istruttoria del giudice della volontaria giurisdizione viene alcune volte posta a fondamento di un vero e proprio sovvertimento dell'onere della prova quale regola di giudizio. Così, si assiste a provvedimenti nei quali il deficit di prova che la parte istante avrebbe registrato nell'ambito della giurisdizione in camera di consiglio non fa conseguire l'esito naturale che l'identica situazione avrebbe sortito nella giurisdizione idonea alla regiudicata, cioè il rigetto della domanda stessa. Piuttosto, l'onere della prova costituisce parametro intermedio onde, verificato il suo mancato assolvimento, si rende doverosa o comunque legittima la ricerca officiosa del giudice in funzione surrogatoria, con sovvertimento evidente del principio dell'art. 2697 c.c.

10. La disciplina delle spese

Un aspetto a sé è quello del regolamento delle spese. In linea di principio, l'indicazione della giurisprudenza è di ritenere che non esiste un procedimento in camera di consiglio nel quale sia presente *ex lege* un nucleo di conflittualità, ma che tanto deve essere sempre verificato in concreto. Con la conseguenza che può ammettersi il potere di condanna alle spese in un grado, mentre nel grado precedente questo non era accaduto per l'assenza di conflitto, essendosi magari generata una platea di antagonisti nella sola sede del reclamo, mentre ogni conflitto rimaneva non configurabile all'atto dell'accesso diretto al primo giudice.

In definitiva, il giudice della camera di consiglio è dotato del potere di apprezzamento dell'esistenza di un conflitto a dirimere il quale, quando c'è, sovviene poi il corollario della distribuzione delle spese. Era stato invece il d.lgs. n. 5 del 2003, nella sua precaria vigenza in materia societaria, a segnare una bisettrice – tracciata dal legislatore – tra procedimenti unilaterali e plurilaterali, nei primi volendosi escludere ogni distribuzione imperativa del carico economico dell'affare.

Peraltro, pur in assenza di conflitto, il giudice della camera di consiglio che nomini un ausiliario, evidentemente ancora grazie alla sua dotazione naturale di poteri giurisdizionali, mantiene comunque la capacità di provvedere all'attribuzione del credito dell'ausiliario, rappresentando questo un provvedimento che autenticamente decide del diritto soggettivo del terzo, sia questi un pro-tutore o altri.

11. La regolazione della competenza sulla giurisdizione volontaria in capo alla Corte di Cassazione

Infine, una considerazione merita la disciplina della competenza e la relativa funzione regolatrice.

Recentemente, le sezioni unite sono state investite della seguente questione: se l'art. 720-*bis* c.p.c., dove si stabilisce nella Corte d'Appello la competenza al reclamo nei confronti del provvedimento in materia di amministratore di sostegno, deroghi alla altrimenti naturale competenza del Tribunale per il solo decreto che incide sullo *status* o piuttosto per tutti i provvedimenti comunque inerenti all'amministrazione di sostegno, eventualità che naturalmente affetta diversamente la stabilità di atti di grande frequenza statistica.

Viene di tal guisa in gioco il ruolo nomofilattico della Cassazione che, assente fuori dei casi di controllo della competenza, è invece sempre assicurato dalla circostanza che il regolamento rappresenta una via di accesso stabile alla Corte di Cassazione anche per i provvedimenti di volontaria giurisdizione, e finanche nei confronti di quei decreti che, per la loro natura, non vanno soggetti a ricorso in Cassazione per difetto di decisorietà.

In altre parole, la specifica decisorietà processuale è meritevole di controllo della Corte di Cassazione, pur quando si neghi ogni decisorietà sostanziale al provvedimento stesso. Eppure, nell'ambito della giurisdizione volontaria il regolamento potrebbe ben subire la sorte che subisce in ambiti corrispondenti (quanto a incapacità di decidere in via definitiva sopra diritti): uno su tutti, il provvedimento cautelare, dove il contesto normativo impedisce la praticabilità dello strumento. Ché, se proprio deve essercene uno, pare più efficiente che l'intervento della Corte di Cassazione si abbia di là del puro bisogno di distribuire, tra giudici sostanzialmente equipollenti, gli affari di volontaria giurisdizione.

Il "multiforme ingegno" del notaio nei procedimenti di volontaria giurisdizione: parte istante, ausiliario del giudice, difensore, pubblico ufficiale

Michele Labriola
Notaio in Bari
Consigliere Fondazione Italiana del Notariato
Consigliere Nazionale del Notariato

Il presente contributo costituisce una riflessione sul ruolo e sull'intervento del notaio nell'ambito della volontaria giurisdizione.
Partendo dall'art. 1 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89), che espressamente attribuisce al notaio lo svolgimento di attività proprie nella materia, si passa ad esaminare alcune ipotesi nelle quali il ruolo del notaio si esplica a seguito di espressa delega da parte dell'autorità giudiziaria.
Vengono, inoltre, prese in considerazione rilevanti fattispecie oggetto di ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, al fine di suggerire il comportamento più idoneo da parte del notaio, ed in particolare: i temi della contrattazione preliminare effettuata in nome e per conto dell' incapace, della documentazione che deve essere allegata al ricorso di volontaria giurisdizione, dell'attività preventiva e successiva in relazione all'atto notarile che contempli la partecipazione di un soggetto incapace, dello svolgimento delle operazioni di inventario.
Infine si illustra una prospettiva *de iure condendo*, con le previsione di un intervento diretto del notaio nel meccanismo autorizzatorio, quale ipotesi moderna di degiurisdizionalizzazione.

This paper analyses the notary's role in non-adversary proceedings.
The author starts by considering Art. 1 of Law n. 89 of February 16th, 1913 (so-called Legge notarile, regulating the notary's profession and archives), which explicitly tasks the notary with carrying out activities relating to non-adversary proceedings. Then, some hypotheses are examined where the notary's plays his role pursuant to a delegation of powers by a judicial authority.
Relevant cases are also considered, which have been under the spotlight of legal theory and case law, with a view to suggesting the notary's most appropriate conduct. In particular, the author tackles subjects such as the signing of

preliminary contracts (contratto preliminare) in the name and on behalf of a legally incompetent person; the documents to be enclosed for a non-adversarial appeal; the activities to be carried out before and after executing a notarial deed involving a legally incompetent person; and the carrying out of inventory procedures.
Lastly, de iure condendo *prospects are outlined, anticipating the notary's possible direct involvement in the authorisation procedure, as a modern de-judicialisation option*.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Notaio parte istante. – 3. Notaio ausiliario del giudice. – 4. Rilievo del ruolo del notaio nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione: esame di alcune rilevanti problematiche operative. – 5. Prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Il codice di procedura civile del 1865 prevedeva il divieto espresso in tema di delega di giurisdizione.

Nel successivo codice del 1940, viceversa, l'art. 68, nell'ambito di una norma di chiusura dedicata agli ausiliari del giudice, al II comma recita che «Il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge».
Trattasi di disposizione di estrema rilevanza e dalla quale si fa derivare il principio secondo il quale il notaio non va considerato un mero ausiliario del giudice, bensì un sostituto di quest'ultimo[1].
La delega di giurisdizione ha trovato con la legge n. 302 del 1998 nuovo impulso: è stata introdotta nel nostro ordinamento la possibilità per il giudice dell'esecuzione di delegare ad un notaio il compimento delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata; normativa peraltro oggetto di successive modifiche, con l'estensione quanto ai soggetti delegabili, ad avvocati e commercialisti (art. 591-*bis* c.p.c.).
Tale normativa ha regolato la specifica materia delle vendite in sede di esecuzione immobiliare ed ha attribuito al delegato notevoli poteri decisori in ordine alla gestione della procedura di vendita, pur sotto il diretto controllo del giudice.

[1] Sul problema si rinvia a E. FABIANI, *Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere*, Atti del convegno di Roma, 17-18 giugno 2015, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2016, 3 ss.

Nel sistema attuale esistono significativi profili di peculiarità della figura del notaio quale sostituto del giudice, nell'ambito della delega di giurisdizione, sia per la sua nota terzietà rispetto alle parti, sia in virtù del già richiamato art. 68, comma 2, c.p.c. e dell'art. l della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile) che prevede espressamente una serie di attività che il notaio può svolgere a seguito di delegazione dell'autorità giudiziaria[2].

Nell'ambito della volontaria giurisdizione, l'attività del notaio assume particolare rilevanza da un duplice punto di vista.

Da un lato il notaio svolge funzioni sue proprie, come espressamente previsto dalla legge notarile, in particolare all'art. 1, dall'altro compie un'attività di vera e propria sostituzione del giudice, in virtù di espressa delega conferitagli dall'autorità giudiziaria[3].

Come è noto, la nozione di "volontaria giurisdizione" in assenza di una specifica definizione, è stata oggetto di notevoli discussioni, così come si dibatte circa la natura giuridica del relativo procedimento, cioè se trattasi di materia giurisdizionale, amministrativa o di un *tertium genus*[4].

Tale dibattito, però, non incide sul ruolo del notaio nell'ambito della volontaria giurisdizione, poiché, come detto, il potere d'intervento del notaio discende o direttamente dalla legge o a seguito di espressa designazione giudiziale[5].

[2] Sul ruolo del notaio nell'ambito della giurisdizione si vedano le illuminanti pagine di S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Vita not*., 1955, 543.

[3] Così A. LOMBARDI, L'atto del notaio nell'ambito della giurisdizione volontaria; contributo contenuto nel volume a cura della Fondazione Italiana del Notariato, (e-library) dal titolo: L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione.

[4] In ordine al dibattuto tema della natura giuridica della volontaria giurisdizione, possono qui unicamente ricordarsi alcune delle diverse tesi.

Sostengono la teoria della natura giurisdizionale, tra gli altri, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1959, 21; A. MORELLO – E. FERRARI – A. SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, 1977, 350 ss; G. MORO, *Contributo alla nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. not*., 1968, 38 ss.

Per la natura di attività amministrativa si esprimono, in via prevalente e maggioritaria, F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1986, 11; A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 7-14; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. I, Milano, 1985, 7-10.

Per la tesi del *tertium genus*, secondo la quale la volontaria giurisdizione è connotata da molteplici differenze sia rispetto alla vera giurisdizione sia rispetto all'amministrazione, cfr. E. FAZZALARI, *Profili della giurisdizione volontaria*, in *La volontaria giurisdizione, Casi e materiali*, Milano, 1997, 12 ss.; G. CASU – G. SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, 15-16.

[5] Così P. BOERO, *La legge notarile commentata*, vol. I, Torino, 1993, 23; C. FALZONE – A. ALIBRANDI, *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, vol. II, Roma, 1974, 554.

2. Notaio parte istante

L'art. 1 della legge notarile attribuisce ai notai la facoltà di:
1) sottoscrivere e presentare ricorsi relativi agli affari di volontaria giurisdizione, riguardanti le stipulazioni a ciascuno di essi affidate dalle parti;
2) ricevere con giuramento atti di notorietà in materia civile e commerciale;
3) ricevere le dichiarazioni di accettazione di eredità col beneficio d'inventario di cui all'art. 484 del c.c.
Limitando l'oggetto dell'analisi al primo dei tre punti riportati, occorre esaminare le principali problematiche che sorgono da tale disposizione.
In primo luogo sorge la necessità di verificare quale sia l'ambito dello *ius postulandi* riconosciuto allo stesso notaio[6].
Appare preferibile ritenere che il notaio richiesto di curare sia il preventivo ricorso di volontaria giurisdizione sia l'atto negoziale successivo, non possa esimersi dal presentare il ricorso, dovendosi ritenere che tale prestazione costituisca un obbligo per il notaio e ciò al dì là della terminologia usata dal legislatore del 1913 che parla, invece ed impropriamente, di "facoltà".
In tal senso il ricorso costituisce un adempimento preliminare ed obbligatorio rispetto allo stipulando atto ed un eventuale rifiuto del notaio potrebbe configurare una violazione dell'art. 27 della legge notarile, trattandosi di una funzione che espressamente la legge attribuisce allo stesso notaio[7].

[6] Sul tema, G. MORO, *Dello* ius postulandi attribuito *al Notaro dall'ordinamento giuridico italiano nel processo volontario*, in *Riv. not*., 1965, 829-834.
L'A. si sofferma sulla genesi della disposizione di cui all'art. 1 della l.not., sottolineando che durante la discussione che si tenne al Senato ed alla Camera dei deputati in ordine all'approvazione della legge notarile del 1913, fu evidenziato che la norma conferisce ai notai le funzioni proprie dei procuratori, consentendo all'interessato di chiedere l'opera del notaio e non del procuratore legale in tutte le ipotesi in cui il notaro, concernendo il ricorso un atto che lo stesso deve poi ricevere, si trova nella posizione più idonea.
In giurisprudenza, sullo *jus postulandi* del notaio, cfr. Cass., 15 aprile 1993, n. 3914, in *Riv. not*., 1993, 401, per la quale il ricorso presentato dal notaio non ha comunque natura di atto pubblico.
[7] In tal senso è orientata la prevalente dottrina notarile. Cfr. E. PROTETTÌ – C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1981, 27; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit. 54-55; G. MARICONDA – G. CASU – V. TAGLIAFERRI, *Codice della legge notarile*, Torino, 2013, 17, per i quali l'opera del notaio si estende alle attività preparatorie e successive rispetto all'atto da rogitare, «purché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti».
Il virgolettato riproduce quanto deciso da Cass., 24 Novembre 2000, n. 15158 (non massimata).
Favorevole, invece, ad una valutazione del caso concreto, al fine di verificare l'obbligatorietà o meno della prestazione del notaio in questa ipotesi, P. BOERO, *La legge notarile*, cit., 21-22.

Trattandosi di previsione normativa, occorre altresì ritenere che il notaio nella presentazione del ricorso assuma la veste di rappresentante legale e non già di rappresentante volontario.
Ne consegue che nell'ambito del ricorso il notaio dovrà semplicemente dare atto dell'incarico ricevuto (c.d. autoattestazione) e non sarà quindi in alcun modo necessario il conferimento di una procura conferita dalla parte al notaio, diversamente da quanto avviene per l'avvocato[8].
Analogamente va ritenuto che di fronte al rigetto da parte dell'Autorità giudiziaria della richiesta avanzata con il ricorso, spetti, senza bisogno di formalità particolari, al notaio il potere di proporre reclamo, potere connesso al conferimento dell'incarico[9].
Altro aspetto che va considerato è quello del rapporto oggettivo o soggettivo esistente tra il ricorso da presentare ed il successivo atto da stipulare.
L'espressa formulazione dell'art. 1 della legge notarile chiarisce che la legittimazione del notaio non ha carattere generale e quindi, affinché sorga la sua legittimazione a presentare il ricorso di volontaria giurisdizione, è necessario un collegamento oggettivo diretto e di necessità con il negozio successivo.
Conseguentemente ove tale stretto collegamento con l'atto da stipulare manchi, il giudice non potrà accogliere il ricorso presentato dal notaio[10].
Più discusso è invece il collegamento di carattere soggettivo, consistente nella circostanza che un provvedimento ottenuto sulla base di un ricorso formulato dal notaio, non possa essere utilizzato se non dallo stesso notaio ricorrente; seguendo tale ipotesi non sarebbe possibile stipulare l'atto "a valle" da parte di altro e differente notaio.
La tesi che ravvisa l'esistenza anche del collegamento soggettivo, a lungo sostenuta in dottrina[11], appare oggi non condivisibile.
Sia il principio di economia dei mezzi processuali, sia la necessità di assicurare

[8] Così M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, 111; E. PROTETTÌ – C. DI ZENZO, *La legge notarile* cit., 28; C. PORTALE, *La natura dello ius postulandi attribuito al notaio nella volontaria giurisdizione*, in *Vita not*., 1983, 1256-1259.
[9] Cfr. M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., 111; R. TRIOLA, *Sulla legittimazione del notaio a proporre reclamo in materia di volontaria giurisdizione*, in *Riv. not*., 1970, 1053-1054.
[10] Opinione pressochè pacifica. Per tutti, G. MARICONDA – G. CASU – V. TAGLIAFERRI, *Codice della legge*, cit., 15.
[11] Così C. PORTALE, *La natura dello* ius postulandi, cit., 1259, secondo la quale la parte può certamente incaricare altro notaio, ma quest'ultimo dovrà presentare altro differente e nuovo ricorso a suo nome per poterlo utilizzare.
Nello stesso senso della necessità del collegamento soggettivo, cfr. D. MIGLIORI, *La giurisdizione volontaria nella pratica notarile*, Torino, 1975, I, 22.

celerità alle operazioni contrattuali richieste, inducono infatti a ritenere che la parte, una volta ottenuto il provvedimento del giudice, possa revocare l'incarico al primo notaio ed affidarsi ad altro notaio per la stipula dell'atto, utilizzando senza alcun problema il provvedimento rilasciato[12].

È discusso se il notaio possa presentare ricorso solo nei limiti della sua competenza territoriale.

Tale attività viene svolta in base ad una specifica norma di legge e quindi trattasi di attività direttamente collegata alla funzione notarile; pertanto secondo alcuni il notaio potrà presentare il ricorso all'autorità giudiziaria, purché coincidente con il suo territorio di competenza, che oggi è delimitata dal territorio della regione in cui si trova la propria sede, ovvero da tutto il distretto della Corte d'Appello in cui si trova la sede, se tale distretto comprende più regioni (art. 26 l. not.)[13].

In realtà il ricorso non è un atto notarile pubblico e di conseguenza le ragioni che presiedono alla competenza territoriale del notaio, qui non sembrano sussistere.

In tempi recenti, a seguito dell'entrata in vigore della normativa relativa all'amministrazione di sostegno (legge 6 gennaio 2004 n. 6), si discute se il notaio sia legittimato a presentare il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno.

Per alcuni mancherebbe la connessione oggettiva con l'atto da stipulare e quindi non vi sarebbe spazio, in tale ipotesi, per *ius postulandi* del notaio; per altri, invece, in assenza di espresso divieto di legge, il riferimento alla facoltà posta nell'art. 1 della legge notarile, consentirebbe l'intervento del notaio.

Trattasi di problema aperto, non ancora oggetto di precedenti giurisprudenziali.

Un argomento che potrebbe far propendere per la tesi positiva è insito nell'art. 408 c.c., che prevede che la scelta dell'amministratore di sostegno può avvenire da parte dello stesso interessato, in previsione della sua futura incapacità, con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

In questo senso, l'attivazione dello *ius postulandi* del notaio e la presentazione del relativo ricorso di nomina dell'amministratore di sostegno, potrebbe avvenire non solo per atti da stipulare, ma anche per un atto già ricevuto, quale la preventiva designazione[14].

---

[12] Conforme F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria*, cit., 19-20.

[13] In questo senso E. PROTETTÌ – C. DI ZENZO, *La legge notarile*, cit., 29; G. MARICONDA – G. CASU – V. TAGLIAFERRI, *Codice della legge notarile*, cit., 18-19.

[14] Per tutti, G. PERRELLA, *Amministrazione di sostegno e* ius postulandi *del notaio*, in *I Contratti*, 2005, 3, 315; M. RAMUSCHI, *Lo* ius postulandi *del notaio nell'ambito dell'amministrazione di sostegno*, in *Vita not*., 2018, 61 ss.; entrambi sostenitori della tesi positiva, con ampi richiami al dibattito in corso.

3. Notaio ausiliario del giudice

Il medesimo art. 1 della legge notarile prevede che il notaio ha la facoltà di procedere, a seguito della delegazione dell'autorità giudiziaria:
a) all'apposizione e rimozione dei sigilli;
b) agli inventari in materia civile e commerciale;
c) agli incanti e alle divisioni giudiziali.
Appare opportuno esaminare il tema relativo alla vendita ai pubblici incanti di beni di minori, interdetti, inabilitati e di beni ereditari.
In base al combinato disposto degli artt. 376 c.c. e 733 c.p.c., il Tribunale, nell'autorizzare la vendita dei beni di soggetti sottoposti a tutela, determina modalità e forma di tale vendita, fissando il prezzo minimo; inoltre se nell'autorizzare la vendita di beni immobili di minori, interdetti o inabilitati il Tribunale stabilisce che debba procedersi con pubblico incanto, può designare un notaio, ai sensi degli artt. 534 ss. c.p.c., in quanto applicabili.
Peraltro, l'art. 748 c.p.c. prevede che la vendita dei beni ereditari debba compiersi nelle forme previste per la vendita dei beni dei minori.
L'espresso rinvio alle norme in materia di espropriazione (art. 534 ss. c.p.c.), enunciato nell'art. 733, II co. c.p.c., pone il problema del collegamento tra la vendita dei beni degli incapaci e dei beni ereditari e la disciplina della vendita forzata, disciplinata dagli art. 534 ss. c.p.c.

In realtà la diversità sostanziale esistente tra la vendita dei beni degli incapaci e dei beni ereditari da un lato e le norme relative all'espropriazione forzata dall'altra, rendono poco credibile tale assimilazione.
Nel primo caso gli atti relativi alla vendita hanno la funzione di ottenere il provvedimento del giudice nella prospettiva della migliore realizzazione dell'interesse dell'incapace e quindi del soggetto del cui patrimonio si intende disporre; nel caso dell'esecuzione forzata, invece, la *ratio* è quella di realizzare l'interesse del creditore procedente e dei creditori intervenuti.
Va pertanto ritenuto che il rinvio operato dal legislatore all'art. 534 c.p.c. e quindi alle norme in materia di espropriazione forzata, sia inerente alle modalità della vendita, ma non certo alla fase di trasferimento del bene.
Conseguentemente agli artt. 733 c.p.c. (vendita dei beni di minori, interdetti o inabilitati) e 748 c.p.c. (vendita di beni ereditari), non saranno applicabili le norme di cui agli artt. da 2919 a 2924 c.c., relative agli effetti della vendita forzata[15].

[15] In questo senso V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 421.

La questione è stata oggetto di un espresso pronunciamento della giurisprudenza di legittimità, a proposito di una vendita disposta per beni ereditari.
La Cassazione ha ritenuto l'inapplicabilità nel caso di specie dell'art. 586 c.p.c., mancando in questa ipotesi un giudice dell'esecuzione che possa emettere il decreto di trasferimento e ritenendo, all'opposto, che tale tipo di vendita debba concludersi con un processo verbale di vendita, come previsto espressamente dall'art. 191 disp. att. c.p.c.; processo verbale che, va ritenuto equivalente e surrogato dell'atto notarile[16].

4. Rilievo del ruolo del notaio nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione: esame di alcune rilevanti problematiche operative

A) Contrattazione preliminare e necessità della preventiva autorizzazione giudiziale

Un primo problema che frequentemente interessa l'attività del notaio si riscontra nel caso in cui l'operazione da compiersi per conto del soggetto incapace, preveda in prima istanza la stipula di un contratto preliminare e successivamente del contratto definitivo.

Senza voler esaminare la complessa distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione ed il relativo dibattito esistente tra gli studiosi della materia della volontaria giurisdizione, va evidenziato che con la stipula del contratto preliminare sorgono già in capo all'incapace (ed al suo rappresentante legale) diritti e obblighi aventi una diretta rilevanza economica sulla sfera patrimoniale dello stesso incapace[17].
Si pensi, a mero titolo di esempio, ad un contratto preliminare con il quale i genitori si obblighino a perfezionare un acquisto immobiliare per conto del figlio minore e per il cui adempimento l'altro contraente potrebbe, ove ne

---

[16] Così Cass., 11 ottobre 1995, n. 10587, in *Rep. Foro it.*, 1995, 2102, n. 104 e 105.
In dottrina, cfr. A. LOMBARDI, *L'atto del notaio*, cit.

[17] Secondo la dottrina tradizionale, la distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria dovrebbe riscontrarsi nella circostanza che nel primo caso gli atti hanno la funzione di conservazione e miglioramento del patrimonio, mentre nel secondo caso si avrebbe una modificazione patrimoniale per l'incapace.
In particolare, secondo F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 220-221, la distinzione non risponde ad un criterio giuridico astratto, bensì al criterio economico della minore o maggiore importanza patrimoniale degli atti.

ricorrano i presupposti, attivare il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.[18]
Sorge in tale ipotesi la questione se sia indispensabile acquisire prima del contratto preliminare l'autorizzazione giudiziale per l'acquisto del minore.
La tesi prevalente sostiene che sia necessaria la piena capacità per la stipula del contratto preliminare; capacità a contrarre che, nel caso in esame, verrebbe assicurata in via indiretta attraverso l'autorizzazione del giudice[19].
Di particolare interesse è la diversa opinione di un autorevole studioso, secondo il quale il giudice, nell'ipotesi, di applicazione dell'art. 2932 c.c., pronunzia il trasferimento sulla base dei requisiti e dei presupposti del contratto preliminare, ed in questo caso non vi è dubbio che le parti avrebbero dovuto possedere i requisiti di capacità già nel contratto preliminare.
Va però considerato, secondo tale dottrina, che non è dall'insuscettibilità del contratto preliminare di formare oggetto di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. per mancanza della preventiva autorizzazione giudiziale, che deve dedursi la necessità di quest'ultima, e ciò in quanto l'esecuzione in forma specifica rappresenta un rimedio soltanto eventuale, come dimostra il fatto che esso è attivabile solo «qualora sia possibile e non sia escluso al titolo» (cfr. art. 2932, comma 1, c.c.).
A ciò si aggiunga che qualora si addivenga alla stipula del contratto definitivo in modo fisiologico e quindi senza far ricorso al rimedio di cui all'art. 2932 c.c., non si vede perché tale negozio debba considerarsi come non autonomo rispetto al preliminare per quanto concerne la capacità delle parti, che potrebbe così, nella divisata prospettiva, non sussistere in sede di stipula del preliminare, bensì soltanto in sede di stipula del contratto definitivo[20].
Inoltre, in presenza di un contratto preliminare annullabile per mancanza di autorizzazione giudiziale, la successiva stipula del contratto definitivo che sia stata preceduta da un'autorizzazione giudiziale resa sulla base di un ricorso fedelmente rappresentativo di tale circostanza pregressa, potrebbe valere, in presenza dei presupposti di legge, come convalida, a seconda dei casi espressa o tacita, *ex* art. 1444 c.c.

[18] Sulla circostanza che dal contratto preliminare di compravendita sorgano vincoli per i contraenti e sulla portata degli obblighi connessi, si rinvia, tra i tanti, a D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm., Cicu-Messineo*, Milano, 1952, 29-32; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it., Vasalli*, Torino, 1972, 119 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 198 ss.
[19] Vedasi Cass., 10 febbraio 1998, n. 1345, in *Rep. Foro it.*, 1998, 2171, n. 4.
[20] Così F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 187-188, nota 121. Analoga opinione esprime C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 124.

Seguendo una diversa prospettiva d'indagine, sarebbe possibile, secondo alcuni, stipulare un contratto preliminare che comporti l'assunzione di obblighi per un soggetto incapace, in assenza di anteriore autorizzazione giudiziale, deducendo l'ottenimento di quest'ultima in apposita condizione sospensiva cui subordinare l'efficacia del contratto stesso.
Pertanto, solo a seguito ed a condizione del provvedimento giudiziale favorevole, le parti potrebbero procedere a stipulare l'atto definitivo.
La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi più volte della fattispecie in esame, sancendo in diverse occasioni l'ammissibilità della stipula di un contratto preliminare con la partecipazione dei rappresentanti legali di soggetti incapaci, condizionata all'ottenimento successivo della prescritta autorizzazione giudiziale[21].
Non mancano, però, decisioni della stessa Cassazione che hanno ritenuto necessario che l'autorizzazione debba già sussistere al momento della sottoscrizione del negozio preliminare[22].
Da parte di altri autori si è parlato dell'inammissibilità di una autorizzazione successiva, in quanto da un lato la stessa rappresenterebbe una condizione illecita, dall'altro l'atto compiuto senza l'autorizzazione preventiva resterebbe qualificabile come atto di straordinaria amministrazione[23].

In tal senso l'autorizzazione non costituirebbe una condizione di efficacia, bensì un requisito di validità.
La questione merita di essere approfondita.
In primo luogo, va considerato che il rappresentante legale può fondatamente presentare una richiesta al giudice competente, al fine di ottenere la relativa autorizzazione, solo se si sia addivenuti ad un accordo serio e vincolante che rappresenti il presupposto giuridico ed economico del ricorso da presentare.
Ove, all'opposto, il ricorso venisse presentato in assenza di un vincolo preliminare valido a tutti gli effetti, la controparte sarebbe libera in qualunque

---

[21] Cfr. Cass., 10 dicembre 1971, n. 3597, in *Mass. Foro it.*, 1971; Cass., 28 luglio 1986, n. 1741, in *Rep. Foro it.*, 1986, 3407, n. 25; Cass., 10 luglio 1991, n. 7386, in *Rep. Foro it.*, 1991, 2047 n. 6; per quest'ultima decisione il contratto preliminare di vendita di un immobile pervenuto in eredità ad un minore, stipulato dal genitore senza la preventiva autorizzazione *ex* art. 747 c.p.c., non è inesistente o nullo, ma solo annullabile, salvo che le parti ne abbiamo subordinato la validità, come l'esecuzione del contratto stesso, al previo intervento dell'autorizzazione.
Contra, v. il decreto del giudice tutelare del Tribunale di Roma del 9 giugno 1997, in *Riv. not.*, 1997, 848-849.
[22] Così, Cass. 28 maggio 1979 n. 3088, in *Rep. Foro it.*, 1979, 570 n. 257; Cass., 15 maggio 2002, n. 7067, in *Mass. Giur. it.*, 2002.
[23] In tal senso, G. CAPOZZI, *Questioni*, in *Vita not.*, 1972, 793.

momento di disattendere la trattativa in essere, basata su una mera aspettativa e si verificherebbe una situazione non vantaggiosa per l'incapace, in base alla quale, una volta ottenuta l'autorizzazione per la stipula del contratto preliminare, la stessa controparte potrebbe svincolarsi liberamente, rendendo così vana ed antieconomica la richiesta giudiziale.

Nell'attività pratica, infatti, la presentazione del ricorso ha quasi sempre per presupposto un accordo vincolante ed una contrattazione preliminare tra il rappresentante legale dell'incapace e la controparte.

Non appare percorribile l'ipotesi in cui si preveda che la mancata autorizzazione giudiziale costituisca una condizione risolutiva della contrattazione preliminare, perché ciò comporterebbe l'efficacia (immediata, se pur precaria) del negozio concluso, che il rappresentante legale non è però autorizzato a concludere.

Viceversa, nell'ipotesi in cui si sottoponga il contratto preliminare alla condizione sospensiva dell'intervenuta autorizzazione, il negozio nascerebbe privo di efficacia giuridica, salvo a recuperarla a seguito del rilascio dell'autorizzazione giudiziale, in virtù del noto principio della retroattività della condizione[24].

Va però osservato che il contratto preliminare sottoposto ad una condizione sospensiva prevede comunque alcuni effetti sin dalla sua sottoscrizione; infatti pur ammettendo che l'effetto principale consistente nell'obbligo di trasferire il bene o di acquistarlo (a seconda che l'incapace sia promittente venditore o promissario acquirente) sia sospeso, sorgerebbero comunque immediatamente alcuni obblighi connessi e relativi ad altre vicende contrattuali.

Si pensi, ad esempio, nel caso in cui l'incapace sia venditore di un immobile, al sorgere dell'obbligo di assicurare una buona manutenzione per il bene promesso in vendita e più in generale all'obbligo di «comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte» (cfr. art. 1358 c.c.), obbligo presidiato peraltro per le violazioni più lievi dal potere della controparte di compiere atti conservativi (cfr. art. 1356 c.c.) e per quelle più gravi dalla c.d. «finzione di avveramento della condizione» di cui all'art. 1359 c.c.[25]

---

[24] Il dibattito sulla condizione quale clausola limitativa dell'efficacia del contratto, è praticamente sterminato.

Si sofferma sull'ipotesi in esame, seppur in via incidentale, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm., Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1987, in particolare 261, nota 151, ove si ravvisa l'esistenza di una condizione legale per l'ipotesi di vendita di beni di incapaci. Ritiene che il chiamato all'eredità o l'erede beneficiato possano compiere un negozio giuridico con la condizione che produrrà effetti dopo l'autorizzazione, G. SANTARCANGELO, *La volontaria*, cit., I, 694-695.

[25] L'art. 1358 c.c. disciplina il comportamento che le parti devono tenere nello stato di pendenza della condizione.

A questo punto sarà necessario, con riferimento allo specifico caso concreto, verificare se questi ulteriori obblighi prodromici e destinati a nascere immediatamente con la sottoscrizione del contratto, (che, per quanto inefficace sul piano degli effetti finali, già «ha forza di legge tra le parti» *ex* art. 1372 c.c. ed è già destinato a produrre pertanto i prospettati effetti negoziali), possano essere ritenuti atti di ordinaria o di straordinaria amministrazione e quindi se il rappresentante legale possa compierli in autonomia o se invece gli siano preclusi.

In conclusione, il tema dell'ammissibilità di un contratto preliminare stipulato dal rappresentante legale dell'incapace, sospensivamente condizionato all'ottenimento della successiva autorizzazione giudiziale, rimane una problematica aperta che necessita di una decisione univoca da parte della giurisprudenza.

Va comunque segnalato che, come anticipato, anche le decisioni di segno restrittivo da parte della giurisprudenza, hanno chiarito che gli atti posti in essere senza la predetta autorizzazione, pur mancando di un requisito di validità, non sono inesistenti né nulli, bensì affetti da mera annullabilità, che può essere fatta valere solo dal genitore, dal figlio o dai suoi aventi causa.

Nessun dubbio di legittimità, invece, può sorgere in relazione alla diversa ipotesi del preliminare unilaterale, nel quale sia solo l'altro contraente, *ex uno latere*, ad assumere un'obbligazione nei confronti dell'incapace: in questo caso sicuramente nulla osta all'ottenimento successivo dell'autorizzazione giudiziale ad aderire al vincolo proposto dall'altro contraente ed a concludere il contratto definitivo, in quanto nessun obbligo al compimento di un atto di straordinaria amministrazione viene assunto dal rappresentante legale dell'incapace.

Lo stesso dicasi per l'eventuale proposta irrevocabile o l'eventuale opzione (aventi ad oggetto la conclusione, direttamente, del futuro contratto definitivo) rispetto alle quali l'incapace sia soltanto l'oblato, senza così assumere alcuna obbligazione, con la particolarità che, in tali ultimi casi, non occorrerà alcuna ulteriore manifestazione di volontà da parte del proponente/concedente, ma

---

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, il riferimento alla "buona fede" contenuta nella norma in esame, deve essere inteso in senso estensivo, tanto da ricomprendere sia attività positive che di astensione.

Sul punto, per tutti, v. Cass., 27 febbraio 1980, n. 1379, in *Rep. Foro it.*, 1980, 610, n. 151 che fa espresso riferimento anche all'obbligo di astenersi da quanto possa pregiudicare gli interessi dell'altro contraente.

In dottrina, sul punto, cfr. M. COSTANZA, *Condizione nel contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1997, 93-100.

al più una ripetizione della volontà da costui come sopra già espressa, per conseguire una forma idonea ai fini della trascrizione[26].
Da un punto di vista pratico, la gestione delle somme che riguardano il soggetto incapace (o perché da versare o perché da incassare), potrebbe essere regolata dalla normativa introdotta dalla legge 4 agosto 2017 n. 124, che ha modificato i commi da 63 a 67 della legge n. 147 del 2013, prevedendo la figura del deposito del prezzo presso il notaio.
In particolare, le somme derivanti dal preliminare unilaterale o, se lo si ammetta, dal preliminare bilaterale sottoposto alla condizione sospensiva dell'autorizzazione giudiziale, potrebbero essere consegnate al notaio, con l'espressa previsione che, a seguito del rilascio o del diniego dell'autorizzazione a concludere il negozio, il notaio stesso provvederà a consegnare le somme a chi di spettanza, evitando così ogni possibile contestazione tra le parti.

B) Documentazione da allegare al ricorso di volontaria giurisdizione

Problema rilevante è quello concernente l'attività prodromica che il notaio deve compiere prima di presentare il ricorso e la documentazione che deve accompagnare lo stesso ricorso.

Già nella fase istruttoria della richiesta da presentare, il notaio dovrà compiere tutti gli accertamenti e le verifiche indispensabili per la stipula del successivo atto riguardante un soggetto incapace.
In via meramente esemplificativa, pertanto, al fine di un futuro trasferimento immobiliare, il notaio dovrà preliminarmente svolgere tutti gli accertamenti di carattere urbanistico ed edilizio relativi al bene, le ispezioni catastali ed ipotecarie e comunque effettuare indagini presso altri pubblici registri, come ad esempio l'esame dei titoli di proprietà della parte venditrice.
Inoltre, sarà necessario far predisporre una perizia di stima del bene, tutte le volte che questa sia utile per consentire al giudice di valutare la convenienza dell'operazione.
Con riferimento all'argomento in esame, tema da considerare con estrema attenzione, è quello della rinunzia all'eredità da parte dell'incapace.
Accade infatti frequentemente nella pratica di dover assistere a situazioni

[26] Sulla discussa figura del contratto preliminare unilaterale, si rinvia a G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 210, in particolare nota 34; F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare*, cit., 171-172, il quale precisa che trattasi di una figura che comporta il sorgere di una obbligazione *ex uno latere* e di contratto unilateralmente vincolante.

ereditarie nelle quali l'ammontare delle passività supera di gran lunga quello delle attività.
La fattispecie richiede un'istruttoria estremamente rilevante da parte del notaio. Infatti, da un lato è necessario evitare di far subentrare un soggetto incapace in una vicenda ereditaria comportante oneri e passività superiori alle attività, dall'altro la rinunzia all'eredità è figura che impedisce un arricchimento del chiamato all'eredità, circostanza che rende quindi l'atto di rinunzia astrattamente non conveniente per il soggetto incapace che lo compia[27].
Si tratta quindi di fornire al giudice tutti gli elementi idonei per poter valutare l'opportunità per l'incapace di rinunziare all'eredità.
Naturalmente l'incapace potrebbe far ricorso alla procedura di accettazione con beneficio d'inventario (unica forma di accettazione al medesimo consentita), ma va considerato che di fronte ad una eredità sicuramente *damnosa*, la soluzione della rinunzia appare la strada più veloce ed economica, meno laboriosa e più tutelante.
Dovranno quindi essere verificate tutte le situazioni debitorie che facevano capo al *de cuius* (ipoteche, pignoramenti, esistenza di cartelle esattoriali, debiti di altra natura, ad esempio per finanziamenti) e le eventuali situazioni attive, al fine di eseguire un attento esame degli elementi che dovranno essere sottoposti, attraverso idonea documentazione, alla valutazione del giudice, nell'ambito del ricorso.

C) Esame del provvedimento giudiziale da parte del notaio

L'esame circa la legittimità del provvedimento giudiziale rilasciato, che deve essere allegato all'atto da stipulare "a valle" riguardante l'incapace, costituisce questione delicata per l'attività del notaio.
L'art.54 del Regolamento Notarile (Regio decreto 10 settembre 1914 n. 1326) prevede che il notaio non possa rogare contratti nei quali intervengano persone che non siano assistite o autorizzate nei modi previsti dalla legge.
Nell'ambito dell'indagine in esame, il problema può porsi quando il provvedimento risulti presentato e quindi emesso da autorità giudiziale territorialmente o funzionalmente incompetente, o si riscontrino altri vizi di diversa natura[28].

[27] Sui possibili motivi che possono portare a rinunziare ad una eredità, si rinvia a G. CAPOZZI, in FERRUCCI – FERRENTINO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 311.
[28] La dottrina notarile dibatte da molti anni del tema in oggetto. Per l'esame di uno dei primi

L'importanza della questione, per l'attività del notaio, è in primo luogo legata alla possibile sanzione prevista in caso di utilizzo ed allegazione di un provvedimento non idoneo al successivo atto stipulato.
Il notaio che abbia riscontrato la non idoneità del provvedimento, dovrà quindi sospendere l'operazione e sottoporre all'autorità giudiziaria un nuovo ricorso che non presenti vizi di alcun genere.
Ma *quid iuris* se quel provvedimento venga invece utilizzato dal notaio?
La giurisprudenza aveva inizialmente interpretato in modo severo la violazione dell'art. 54 reg. not., prevedendo in diverse decisioni l'applicabilità dell'art. 28 della l. not. che, come noto, prevede il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti[29].
Tale orientamento, peraltro, non era univoco, perché si registrano nello stesso periodo diverse decisioni di segno opposto, tendenti ad escludere l'applicabilità dello stesso art. 28 l. not.[30]
Successivamente la Cassazione ha sancito ripetutamente che il divieto dell'art. 28 l.not. si riferisce unicamente alla nullità inequivocabile *ex* art. 1418 c.c., di fatto escludendo l'ipotesi di cui all'art. 54 l. not. da tale sanzione, precisando in particolare che la violazione dell'art. 54 comporta, per il notaio, la mera assoggettabilità alle sanzioni generiche di cui all'art. 136 l. not. (avvertimento e censura)[31].
Chiarito ciò, va ritenuto che il notaio non possa utilizzare il provvedimento viziato e debba esercitare il suo controllo in modo esauriente.
Ove il provvedimento presenti vizi estrinseci e quindi il vizio sia rilevabile dallo stesso provvedimento, come nel caso del giudice incompetente, il notaio

contributi, v. D. MIGLIORI, *Gli affari di giurisdizione volontaria e l'art. 54 del regolamento notarile*, in *Riv. not.*, 1962, 523 ss.

[29] In questa direzione, Cass., 21 aprile 1983, n. 2745, in *Rep. Foro it.*, 1983, 2211, n. 41, che ha disposto l'applicazione dell'art. 28 l. not., nel caso di accettazione di un'eredità devoluta al minore, da parte dei genitori, senza autorizzazione del giudice tutelare per violazione del precetto dell'art. 320 c.c.
Nella giurisprudenza di merito, per l'applicazione dell'art. 28 l.not., v. Trib. Milano, 25 novembre 1960, in *Riv. not.*, 1961, 105-107; Trib. Firenze, 4 aprile 1968, in *Vita not.*, 1971, 457.

[30] Cass., 15 novembre 1971, n. 3255, in *Riv. not.*, 1972, 888-889, per la quale la vendita di immobili ereditari da parte di eredi minori, autorizzata dal Giudice Tutelare anziché dal Tribunale, non è nulla e costituisce titolo astrattamente idoneo all'atto successivo; vedasi anche Trib. Ivrea, 28 novembre 1979, in *Riv. not.*, 1980, 1657.

[31] Così, Cass., 11 novembre 1997, n. 1128 in *Notariato*, 1998/1, 7 ss., con nota di E. Briganti; Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, 704; Cass., 4 maggio 1998, n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, 717; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602, in *Vita not.*, 1998, 1767.

dovrà evitare di stipulare l'atto, in quanto ciò potrebbe comportare profili di responsabilità nei confronti dei contraenti[32].
Nel caso, invece, in cui il provvedimento non presenti vizi rilevabili *ictu oculi*, ed inoltre l'istanza sia stata accolta e siano scaduti i termini previsti per il reclamo, il notaio potrà certamente procedere, salvo venga manifestato un contrario espresso avviso da parte dal rappresentante legale dell'incapace[33].

D) Attività successive o connesse all'atto notarile

A seguito della stipula dell'atto concluso in conseguenza dell'autorizzazione giudiziale, non è infrequente che vi siano attività successive che interessano l'attività del notaio.
Una delle principali è quella che concerne il reimpiego delle somme di spettanza dell'incapace.
Obbligo, come è noto, derivante da numerose disposizioni legislative, che prevedono il reimpiego a seguito dell'alienazione di un bene (artt. 54, 320, 372, 376, 529, 694 c.c. e art. 748 c.p.c.).
Di regola è lo stesso giudice che autorizza l'alienazione a disporre contestualmente circa il reimpiego del ricavato[34].

L'obbligo del reimpiego, quando manchi una diversa indicazione contenuta nell'autorizzazione è unicamente a carico del rappresentante legale dell'incapace; il mancato reimpiego, in ogni caso, non intacca mai la validità della vendita effettuata, né fa sorgere l'obbligo per il terzo acquirente di rinnovare il pagamento, determinandosi, invece, una responsabilità del rappresentante legale verso l'incapace.
Il terzo acquirente potrebbe essere tenuto a rinnovare il pagamento solo ove il provvedimento giudiziale attribuisca anche allo stesso terzo l'obbligo del reimpiego, ma trattasi di circostanza assolutamente rara[35].
Così come è assolutamente raro che il provvedimento possa condizionare l'efficacia del negozio al reimpiego.

---

[32] Così S. TONDO, *Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale*, in *Studi e materiali*, 1983-1985, Milano, 1986, 381
A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale*, cit., 90.
[33] Cfr. A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale*, cit., 90.
[34] Escludono la necessità di una duplice autorizzazione, A. JANNUZZI – P. LOREFICE, *Manuale,* cit., 479-480.
[35] Si sofferma sul punto, G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., vol. II, 199; vedasi anche F. MAZZACANE, *La giurisdizione*, cit., 75.

Molto spesso il provvedimento giudiziale pone l'obbligo del reimpiego a carico del rappresentante legale e anche del notaio o, in alternativa, dispone che tale attività si svolga sotto il controllo del notaio rogante.
Solo in questa ipotesi, ovvero di esplicita previsione nel provvedimento autorizzativo del ruolo del notaio nell'attività di reimpiego, lo stesso notaio dovrà personalmente curare tale incombenza, pena la sua responsabilità professionale, per gli eventuali danni subiti dagli interessati[36].
Di regola non può ravvisarsi un collegamento diretto tra attività del reimpiego e successiva trascrizione del negozio presso l'Agenzia del territorio - servizi di pubblicità immobiliare, nel senso che, pur in assenza del reimpiego, l'atto, resta valido e potrà essere trascritto senza alcun problema.
Disposizione particolare è quella dell'art. 2885 c.c., che stabilisce che ove la cancellazione di ipoteca sia stata consentita alla condizione di una nuova ipoteca, di un nuovo impegno o sotto altra condizione, essa non potrà essere eseguita dal Conservatore se non si fa constare che la condizione è stata adempiuta[37].
Nell'esecuzione dell'incarico del reimpiego, ove ciò implichi l'affidamento del prezzo ricavato dalla vendita al notaio, quest'ultimo farà normalmente ricorso all'utilizzo del registro somme e valori, istituito dalla legge n. 64 del 22 gennaio 1934. In base all'art. 6 di tale legge, infatti, il notaio deve tenere, oltre agli altri registri previsti dalla legge, un ulteriore registro in cui segnare, appunto, le somme ed i valori che gli sono affidati in relazione agli atti da lui stipulati e per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.
Tale attività, peraltro, è soggetta allo stretto controllo dell'Archivio notarile e del Presidente del Consiglio notarile in cui il notaio è iscritto a ruolo[38].

E) Problematiche in materia di inventario

L'art. 1 della legge notarile prevede inoltre al n. 4, che il notaio, in seguito a delegazione dell'autorità giudiziaria, possa procedere agli inventari in materia civile e commerciale.

---

[36] F. FORMICA, *Doveri del notaio rogante nel reimpiego del prezzo derivante dalla vendita di beni del minore*, (brevi note a Cass., 10 ottobre 1970, n. 1915), in *Riv. not*., 1971, 907-913, che giustamente contesta l'esistenza di un dovere generale del notaio al reimpiego ove il provvedimento del Giudice abbia limitato tale responsabilità al rappresentante legale, in ciò censurando una datata sentenza della Cassazione (1970) che aveva sostenuto il contrario.
[37] V. F. MAZZACANE, *La giurisdizione*, cit., 76-77.
[38] Sul registro somme e valori, cfr. C. FALZONE – A. ALIBRANDI, *Dizionario*, cit., vol. III, 534.

Il processo verbale di inventario è un atto avente la funzione di "fotografare" l'effettiva consistenza di un patrimonio.
Numerose sono le disposizioni del codice civile che prevedono la redazione dell'inventario: tra le altre, in materia di immissione nel possesso temporaneo dei beni (art. 52), di inventario del tutore nominato (art. 362), di accettazione con beneficio di inventario (art. 484), di curatore dell'eredità giacente (art. 531).
La stessa legge notarile detta tre importanti regole che devono orientare l'attività del notaio in materia: la competenza del notaio non è esclusiva, bensì concorrente con quella del cancelliere; trattasi di competenza non avente natura primaria, ma che sorge a seguito di delega dell'autorità giudiziaria; la disciplina che deve presiedere alla redazione dell'inventario è stabilita dagli articoli del codice di procedura civile (art. 769 ss.)[39].
L'interesse della figura, per l'attività del notaio, consiste, tra gli altri aspetti, nella circostanza che tale verbale costituisce una espressa deroga di carattere legale al principio tradizionalmente sostenuto, seppur di recente sottoposto a vaglio critico, secondo il quale al notaio è preclusa la possibilità di ricevere verbali di constatazione fuori dai casi previsti dalla legge[40].
In ordine alla natura giuridica del verbale notarile di inventario, vi è stato un ampio dibattito.

Prevale la tesi che riconosce a questa figura la natura di dichiarazione di scienza, alla quale determinati soggetti sono tenuti, dovendo rendere tali attestazioni in modo veritiero[41].
Puntualmente è stato osservato che le dichiarazioni ricognitive e descrittive dei beni inventariati hanno come contenuto un'assunzione di verità in rapporto all'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante[42].
La giurisprudenza di legittimità attribuisce conseguentemente rilevante valore probatorio al verbale di inventario redatto dal notaio, valore probatorio peraltro connesso alla stessa natura dell'atto pubblico notarile, che quindi fa prova fino a querela di falso in base all'art. 2700 c.c.[43]

---

[39] In questo senso, C. FALZONE – A. ALIBRANDI, *Dizionario*, cit., vol. II, 703.
[40] Diffusamente sul punto, si rinvia per tutti a E. FABIANI, *L'attività notarile fra constatazione di fatti, verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali, prova prima del processo e delega all'assunzione della prova (testimoniale)*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 432 del 12 dicembre 2012, il quale affronta il problema in una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*.
[41] Così, B. COMUNALE, voce *Inventario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, 642; R. BRAMA, *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Milano, 1995, 77.
[42] Cfr. B. COMUNALE, voce *Inventario*, cit., 642.
[43] Per tutte, da ultima, Cass., 16 marzo 2018, n. 6551, in *Riv. not.*, 2019, 1285, per la quale il verbale

Molteplici sono i problemi che il notaio può riscontrare nella predisposizione del verbale di inventario.
Per motivi di sintesi, è possibile soffermarsi su due problematiche in particolare.
Un primo problema concerne il comportamento del notaio che, pur a seguito di diverse proroghe concesse dal giudice *ex* art. 485 c.c., sia di fatto impossibilitato a completare l'inventario, in quanto i beni mobili da inventariare sono contenuti in un appartamento, rispetto al quale non viene consentito l'accesso.
In questa ipotesi il notaio non potrà chiudere le operazioni, ove gli sia precluso l'accesso all'immobile, dovendo l'inventario riguardare la totalità dei beni.
Né, d'altro canto, è consentito al notaio procedere autonomamente all'apertura forzosa dell'appartamento, e ciò pare derivare anche dall'art. 770 c.p.c., nel quale è previsto che il notaio si fa consegnare dal Cancelliere le chiavi da lui custodite, prefigurando quindi che il notaio potrà liberamente accedere unicamente a luoghi aperti.
All'esito di quanto detto, unica strada percorribile per il completamento delle operazioni di inventario è quella per il notaio di rivolgersi al giudice competente per gli opportuni provvedimenti[44].
Un secondo problema riguarda la *vexata quaestio* relativa all'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 775 c.p.c., che prevede che «Se taluno degli interessati contesta l'opportunità di inventariare qualche oggetto, l'ufficiale lo descrive nel processo verbale, facendo menzione delle osservazioni e delle istanze delle parti».
Tale norma va coordinata con l'art. 192-*bis* att. c.p.c., che obbliga l'ufficiale procedente, prima di chiudere l'inventario, ad interrogare coloro che avevano la custodia dei mobili o abitavano la casa, se siano a conoscenza di ulteriori oggetti da comprendere nell'inventario.
Come in precedenza osservato, dalle norme in materia sembra emergere il principio della completezza dell'inventario[45].

di inventario notarile, redatto *ex* art. 775 c.p.c., è assistito da pubblica fede e rappresenta, fino a prova contraria, fonte privilegiata di convincimento circa la ricostruzione e l'ammontare dell'asse ereditario. Tale decisione ha riformato la decisione di merito che aveva ritenuto l'inidonietà del verbale di inventario notarile a provare la titolarità dei beni elencati in capo al de cuius, in quanto meramente riproduttivo delle dichiarazioni rese dagli eredi.
In dottrina, v. S. PATTI, *Prova documentale,* in GALGANO (a cura di), *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1996, 43-51.

[44] Sul punto, nello stesso senso, si registra la risposta a quesito curata dall'ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 585/2008, Inventario di eredità e accesso all'appartamento impedito, a firma di M. Leo e C. Lomonaco.

[45] Su questo principio, v. Trib. Torino, 24 novembre 1967 e 12 gennaio 1968, in *Riv. not*., 1969,

Di recente la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto un notaio passibile di sanzioni disciplinari nel momento in cui non sia stata garantita l'esigenza di completezza dell'inventario, essendosi limitato il notaio stesso a riprodurre le dichiarazioni del congiunto del *de cuius*, in violazione di quanto previsto all'art. 775 c.p.c.[46]

Nel contempo va considerato che da un lato il notaio, in ordine ai beni mobili, dovrà descrivere tutti gli oggetti ed i beni che si troveranno nell'abitazione della persona di cui trattasi ma, d'altro canto, non potrà richiedersi allo stesso notaio di procedere ad ulteriori verifiche e differenti accertamenti investigativi per reperire altri beni da inventariare non collocati presso l'immobile; lo stesso dicasi per eventuali altri beni o per crediti o debiti, in particolare quando gli stessi congiunti del defunto garantiscano l'inesistenza di altri beni.

È preferibile ritenere, comunque, che di fronte a obiezioni mosse ai sensi dell'art. 775 c.p.c., il notaio prudenzialmente descriva nell'inventario anche i beni oggetto di contestazione.

Sarà rimessa in seguito all'autorità giudiziaria, in questo caso, la decisione sull'inclusione o meno nell'asse ereditario dei beni per i quali è sorta la contestazione, in quanto l'inclusione di un bene in un inventario non incide necessariamente sulla sua condizione giuridica[47].

5. Prospettive *de iure condendo*

Nell'ambito dei provvedimenti necessari per attenuare lo stato di crisi della giustizia civile, il ruolo del notaio potrebbe assumere una nuova e importante rilevanza.

A fronte delle considerazioni effettuate nella premessa del presente lavoro, tendenti ad evidenziare la peculiarità della funzione del notaio ai sensi dell'art. 68, comma 2, c.p.c. e dell'art. 1 della legge notarile quale delegato di specifiche funzioni giudiziarie e sostituto del giudice, nel settore della volontaria giurisdizione, possono prefigurarsi nuove funzioni e competenze.

Un precedente assai rilevante in materia di volontaria giurisdizione è costituito

628, con nota di G. METITIERI, *In tema di idoneità dell'inventario a vincere la previsione di esistenza nel compendio ereditario di determinati valori*.

[46] V. Cass., 28 agosto 2015, n. 17266, in *Riv. not*., 2015, 1086, con nota di M. DI FABIO, *La funzione notarile nella redazione del verbale di inventario di eredità accettata con detto beneficio*.

[47] Sul punto, v. risposta a quesito curata dall'ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato, 412/2016, *Redazione dell'inventario e contestazioni di cui all'art. 774 c.p.c*., a firma di L. Piccolo.

dalla vicenda relativa all'omologazione degli atti societari. Con la legge 340 del 2000 il controllo sulle società è stato delegato al notaio, con la soppressione dell'omologazione giudiziaria e l'affidamento al notaio sotto la sua esclusiva responsabilità, della verifica delle condizioni legali necessarie per iscrivere gli atti nel Registro delle imprese[48].

A distanza di oltre venti anni dall'introduzione della legge, si è registrato un duplice effetto positivo: da un lato l'alleggerimento per i Tribunali di un notevole carico di lavoro, dall'altro la celerità raggiunta nei tempi di iscrizione nel Registro delle imprese per le società di nuova costituzione e dei relativi verbali modificativi.

Allo stesso modo oggi potrebbe essere utile e funzionale per il sistema, al fine della deflazione del carico di lavoro dei Tribunali in materia di rilascio delle autorizzazioni per gli atti da compiere da parte degli incapaci, riconoscere un ruolo diretto al notaio.

La soluzione prospettata prevede che, fermo restando l'attuale sistema autorizzatorio, come regolamentato dal codice civile e dal codice di procedura civile, in particolare per i casi di rilevante conflitto di interessi o per altre ipotesi di significativa criticità, venga disciplinato un sistema alternativo che contempli l'intervento diretto del notaio quale sostituto del giudice, ove ciò sia espressamente richiesto dalle parti interessate.

Nello specifico l'*iter* del procedimento potrebbe essere il seguente:

a) predisposizione da parte del notaio, che sia stato incaricato alla stipula di un atto che riguardi un incapace (collegamento oggettivo) del ricorso di volontaria giurisdizione previa verifica, da parte dello stesso notaio, circa la sussistenza dei presupposti di legge, con particolare riferimento alla tutela della posizione economica e giuridica dell'incapace (interesse o utilità evidente);

b) conseguente attestazione, alla fine del ricorso, da parte del notaio, che dia conto in maniera motivata della salvaguardia degli interessi dell'incapace, nell'ambito della programmata operazione e che quindi nulla osta alla stipula dell'atto;

c) presentazione del ricorso da parte del notaio presso il Tribunale competente;

d) controllo giudiziario mediante il Pubblico Ministero;

e) formazione per il ricorso presentato dal notaio del meccanismo del "silenzio-assenso": ove non pervenga, a mezzo PEC, da parte dell'ufficio del giudice competente al notaio ricorrente, un provvedimento di rigetto o una richiesta di

[48] Sul tema del passaggio dall'omologa giudiziaria alla verifica affidata al notaio, v. G. LAURINI, *Dal controllo giudiziario al controllo notarile: la legge 24 novembre 2000 n. 340*, in *Riv. not.*, 2001, 787 ss.

integrazione documentale o comunque di sospensione del procedimento, entro un termine relativamente breve (quindici giorni), il ricorso si intenderà accolto e l'atto sarà pertanto stipulabile[49].

I vantaggi di un tale sistema appaiono evidenti: in analogia con questo avvenuto in materia societaria, come già precisato, si ridurrebbero i tempi per i cittadini, si alleggerirebbe il carico di lavoro per i Tribunali e per le Cancellerie, verrebbero mantenute le tutele per i soggetti incapaci, grazie al vaglio del notaio ed al successivo controllo da parte del Pubblico Ministero.

Inoltre, al giudice resterebbe comunque l'ultima parola in materia, ben potendo interrompere l'*iter* del c.d. "silenzio-assenso", ove nutra dei dubbi sul procedimento in corso.

Questa soluzione, *de iure condendo*, appare virtuosa di fronte allo stato di difficoltà in cui versa oggi la giustizia civile e potrebbe, seppur limitata ad un singolo e limitato comparto, costituire un esempio moderno ed efficace di degiurisdizionalizzazione.

[49] Questa proposta riproduce, nella sostanza, quanto deciso dalla Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, presieduta da Guido Alpa, che ha chiuso i suoi lavori nel 2017.

In particolare, era stata prevista la modifica dell'art. 1 della legge notarile, con l'aggiunta della norma in virtù della quale la mancata notifica, entro quindici giorni dalla proposizione del ricorso, di un provvedimento di rigetto rispetto al ricorso presentato dal notaio, ove il provvedimento richiesto fosse una mera autorizzazione, comportava che il ricorso dovesse ritenersi accolto.

Appendice

Il linguaggio e la psicologia del soggetto debole: quando il tecnicismo giuridico segna il passo...

Maria Cristina Magni

Psicologa e psicoterapeuta Napoli

Con la collaborazione della Dott.ssa
Federica Vallone
Psicologa-Specializzanda in psicoterapia

Lista dei Contenuti

- Background
- L'ascolto, la risonanza, e l'empatia
- La comunicazione e il linguaggio
- Le differenze individuali:DSM5

Lista dei Contenuti

- Background

Background

Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa (Art. 407 comma 2 c.c.).

Il giudice tutelare (GT) ha il **dovere di conoscere** senza fermarsi alla "rappresentazione" della realtà prospettata da colui che propone il ricorso

Il GT entra nella **storia della persona:** Le informazioni sono funzionali alla costruzione di una misura di protezione adeguata alla persona stessa.

L'audizione dell'interessato è un passaggio **non solo necessario e imprescindibile** *ex* art. 407 c.c. (il giudice "**sente**" l'interessato, non è scritto "può" sentirlo), ma anche **essenziale** per l'acquisizione delle informazioni utili a elaborare il decreto di nomina.

La scelta lessicale: "sente" (art. 407 c.c.) – e non "procede all'esame" (art. 419 c.c.) come nel procedimento di interdizione o inabilitazione **–** ciò implica una diversa prospettiva e uno specifico ruolo: porsi sullo stesso piano dell'interessato

«La **comunicazione diretta** costituisce un criterio operativo di rilievo fondamentale: i soggetti deboli sono tanti e differenti tra loro, portatori come ogni altra creatura umana di aspirazione ed aspettative diversificate

Sottovalutare tale momento comporterebbe il rischio di ripristino di una logica improntata all'apprestamento di **risposte rigide** completamente avulse dal riscontro dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario

Una delle parole chiave dell'amministrazione di sostegno sta proprio qui: **sapere ascoltare (SAPER ASCOLTARSI)** quanto occorre l'interessato, mirare a conoscere in primo luogo i suoi bisogni. E, sulla base di quella presa d'atto, confezionare poi un assetto irripetibile di sostituzioni, di affiancamento, di momenti curatoriali».

P. CENDON – R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, tomo I, 227

Lista dei Contenuti

- Background
- L'ascolto, la risonanza, e l'empatia

L'ascolto, l'Empatia e la Risonanza

Ascolto → sentire: avvertire un qualsiasi stato di coscienza indotto in noi dal mondo esterno attraverso i sensi o un qualsiasi stato affettivo insorgente nell'animo. Apprendere attraverso i sensi; ricevere una o più impressioni sensoriali e averne coscienza (Carlesso, 2015).

Risonanza → interesse spontaneo e emozioni che si provano attraverso la comunicazione con il cliente. Queste emozioni sono risorse preziose per conferire SENSO, e sono PONTI COMUNICATIVI che indicano le aree significative, GUIDANO →
«il terzo pianeta» (Andolfi & Angelo, 1984)

Empatia → modo di comprendere ciò che un'altra persona sta provando a livello emotivo. L'empatia designa un atteggiamento verso gli altri caratterizzato da uno sforzo di comprensione intellettuale dell'altro, lasciando fuori attitudini personali, come simpatia e antipatia e giudizi morali.

Tipologie di ascolto

- **Passivo**: basato esclusivamente sull'udire parole senza nessuna partecipazione, si pone l'attenzione sul non verbale e para-verbale
- **selettivo**: ascoltiamo quello che vogliamo sentire, filtrando tutto con i nostri modelli mentali
- **riflessivo**: ascoltiamo fungendo da cassa di risonanza di chi parla, restituendo come uno specchio quello che viene detto
- **ATTIVO**: è il modo migliore di ascoltare, è un feedback su quello che si è appena ricevuto da chi parla, chi ascolta riformula il messaggio e verifica la sua comprensione

1. tecnica del rispecchiamento;
2. tecnica del riepilogo;
3. tecnica della riformulazione come parafrasi

Rogers & Farson, 1976; Schmidt, 2018

Fattori che impediscono l'ascolto

- valutazione o giudizio morale
- interpretazione personale
- investigazione
- supporto/consolazione
- risoluzione del problema

Rogers & Farson, 1976; Schmidt, 2018

Lista dei Contenuti

- Background
- L'ascolto, la risonanza, e l'empatia
- La comunicazione e il linguaggio

Comunicazione: alcuni assunti di base

- L'etimologia della parola comunicazione deriva dal latino **communico = mettere in comune**, far partecipe.
- La comunicazione ha in sé un aspetto **sociale e relazionale** e, implicitamente, una natura convenzionale e una matrice culturale.
- L'esigenza di comunicare informazioni è riconducibile alla necessità di soddisfare dei bisogni, da quelli primari, fisiologici, che riguardano la sopravvivenza organica e della specie, a quelli secondari, di natura sociale e psichica

Ruesch, Bateson, Pinsker, & Combs, 2017

I canali della comunicazione

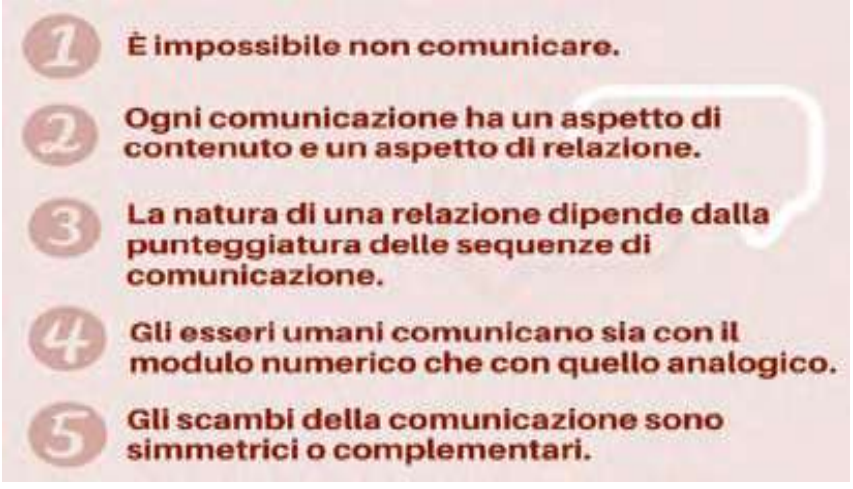
I livelli comunicativi

Lo psicologo statunitense Albert Mehrabian, nel 1971 condusse uno studio fondamentale in merito all'importanza dei diversi aspetti della comunicazione nel trasmettere un messaggio. Esso evidenziava l'esistenza di tre componenti che sono alla base di qualunque atto comunicativo: il linguaggio del corpo, la voce, le parole. In base ai dati emersi dallo studio, lo psicologo formulò il **modello del 55, 38, 7%**, secondo il quale:

- Il 55% del messaggio comunicativo è dedotto mediante il linguaggio del corpo (gesti, mimica facciale, posture);
- Il 38% è dedotto dagli aspetti paraverbali (tono, ritmo, timbro della voce);
- Il 7% è dedotto dalle parole pronunciate, cioè dal contenuto verbale.

Il modello del 55, 38, 7% non intende negare l'importanza delle parole pronunciate, bensì ha evidenziato che se il 55% della comunicazione è in contrasto con il restante 45%, il messaggio risulterà ambiguo e poco credibile (generando l'**effetto di straniamento**).

I 5 assiomi della comunicazione



Effetti Pragmatici della Comunicazione

- Squalifica e Disconferma (Relazionali)
- Paradosso
- Doppio Legame

SQUALIFICA

Squalifica del messaggio→ Si tratta di *una comunicazione, successiva o contemporanea a un messaggio, la quale ne* ***riduce o ne annulla*** *il valore*.

Nel corso di colloqui: CHI è obbligato a comunicare → EVITAMENTO/ARTICFICI COMUNICATIVI (comunicazione NON esplicita/chiara; uso di sproloqui, fraintendimenti, frasi incoerenti, stile allusivo, cambio di argomento);

- squalifica incongruente: si trasmettono contemporaneamente messaggi contrastanti su canali comunicativi differenti («ti ascolto» + espressione facciale di disinteresse o incomprensione);
- squalifica sequenziale: invio di messaggi discordanti trasmessi attraverso lo stesso canale («Se la tua famiglia non ti tenesse *in grande considerazione* perché sarebbe qui con *uno come te*? »);
- Autosqualifica: *rispetto al proprio stesso messaggio* (« non è importante rispondere alla mia domanda»)

La squalifica – come **esperienza comunicativa occasionale** – non rappresenta di per sé un modello interattivo patogeno, in quanto il destinatario di un messaggio squalificante ha, comunque, la possibilità di difendersi **metacomunicando**, ad esempio chiedendo spiegazioni rispetto alle risposte ricevute.

Quando diventa la **modalità comunicativa prevalente** (comportamento schizofrenico) → significati diversi e a volte incompatibili

Loriedo & Picardi, 2016

DISCONFERMA

Il messaggio di DISCONFERMA ONTOLOGICA:
"**Tu non esisti**" (molto raro)→ senso di perdita del senso di sé/identità, perché viene negata la dignità e la realtà dell'individuo in quanto tale.

I messaggi di DISCONFERMA PARZIALE:
non riconoscimento di alcuni aspetti dell'individuo: idee, sentimenti e pensieri (Madre vuole punire il figlio non rispondendo ai suoi tentativi di replica; genitori che non concedono al figlio la possibilità di manifestare/esprimere la sua sofferenza: «Non piangere, sembri una femminuccia»)→ Fin dai primi anni di vita, ripetuti atteggiamenti disconfermanti da parte dei genitori hanno una profonda influenza patogena sullo sviluppo del bambino

L'informazione in entrata trasmessa e condivisa durante l'interazione

NON CONFERMATA: accettazione del messaggio ricevuto → importante funzione strutturante e di sostegno

NON VIENE RIFIUTATA: presuppone il riconoscimento dei comunicanti → per quanto frustrante può avere funzione costruttiva.

La **disconferma** → modalità comunicativa disfunzionale → potere **patogeno**

Loriedo & Picardi, 2016

PARADOSSO

× **Contraddizione logica** (deduzione corretta da premesse coerenti = **IO MENTO**)

× FOCUS SUI SUOI **EFFETTI PRAGMATICI**

Per avere effetti patogeni: **assunzione di totalità illegittima** → un destinatario che attribuisca ad essa un **valore assoluto**

1. la tendenza a confondere le **parti con il tutto** (per es. moglie che dice al marito «Non prendi MAI iniziative»);

2. tendenza a porre **richieste di completa e totale individuazione** (per es. madre che dice al figlio «Devi essere autonomo» e figlio che replica «Fatemi essere autonomo»);

3. tendenza a concepire la realtà circostante e le relazioni interpersonali in **termini dualistici** ed esclusivi (BIANCO/NERO);

4. tendenza a ritenere di poter modificare il carattere delle convinzioni altrui; le scelte sono **spontanee per definizione** e non possono essere **prescritte** da altre persone (SII SPONTANEO; STAI TRANQUILLO; DEVI FIDARTI)

Loriedo & Picardi, 2016

DOPPIO LEGAME

x Comunicazione tra due individui, **uniti da una relazione emotivamente rilevante**,

x Incongruenza tra il livello verbale [quello che viene detto a parole] e quello non verbale [gesti, atteggiamenti, tono di voce]

x Il ricevente del messaggio non ha la possibilità di uscire fuori da questo schema stabilito dal messaggio, né meta-comunicando («con il tuo doppio legame mi proponi una scelta impossibile») né chiudendosi in se stesso («evito di rispondere e di reagire»).

➢ **si rifugia nei sintomi (prevalentemente schizofrenia)**

➢ Difficoltà a **IDENTIFICARE e INTERPRETARE** quei segnali che normalmente permettono a un individuo di cogliere il genere di un determinato messaggio (I **CONTEXT MARKERS**)

➢ Una singola interazione non può essere ritenuta doppio legame (DIFFERENZA TRA DOPPIO LEGAME E SQUALIFICA SEQUENZIALE O INCONGRUENTE).

Bateson et al., 1963; Visser, 2003

Vademecum?

I soggetti «deboli» sono tanti e differenti tra loro, portatori come ogni altra creatura umana di **aspirazione ed aspettative diversificate**.

Ascolto e definizione dell'intervento **SU MISURA** (Cendon & Rossi, 2009)

IMPREVEDIBILITA' METODOLOGICA del colloquio (Fruggeri, 1993)

Lista dei Contenuti

- Background
- L'ascolto, la risonanza, e l'empatia
- La comunicazione e il linguaggio
- Le differenze individuali:DSM5

CRITERI DIAGNOSTICI.
Alcune linee guida: 20 classificazioni DSM-5

1. **Disturbi del Neurosviluppo**
2. **Disturbi dello spettro della Schizofrenia e altri disturbi Psicotici**
3. **Disturbo Bipolare e disturbi correlati**
4. Disturbi Depressivi
5. Disturbi d'Ansia
6. Disturbo Ossessivo-Compulsivo e disturbi correlati
7. Disturbi correlati a eventi traumatici e stressanti
8. **Disturbi Dissociativi**
9. Disturbi da sintomi somatici e disturbi correlati
10. Disturbi della nutrizione e dell'alimentazione
11. Disturbi dell'evacuazione
12. Disturbi del sonno-veglia
13. Disfunzioni Sessuali
14. Disforia di Genere
15. **Disturbo del Comportamento Dirompente, del Controllo degli Impulsi e della Condotta**
16. **Disturbi Correlati a Sostanze e disturbi da *Addiction***
17. **Disturbi neurocognitivi**
18. Disturbi di Personalità
19. Disturbi Parafilici
20. Altri disturbi mentali

Disturbi del Neurosviluppo: Disabilità intellettive

«la Disabilità sta nell'incapacità di vedere le mie abilità»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Deficit delle capacità mentali generali, come il ragionamento, il *problem solving*, la pianificazione, il pensiero astratto, la capacità di giudizio e l'apprendimento dell'esperienza.	Incapacità di comunicare frustrazione	Evitare **un ascolto investigativo** Non porre scelte	Stabilire regole del colloquio: tempo, modalità di risposta, modalità comportamentali Linguaggio semplice Rimandare rinforzi positivi	√ Le piace fare sport? Guardare un film? Giocare a carte? (*età-gravità del deficit-estrazione sociale) X Ha interessi, hobbies?

Disturbi del Neurosviluppo: Disturbo dello spettro autistico

«un cesto, con molti puzzles diversi, tutti mescolati tra loro e a ciascuno manca qualche pezzo, ma c'è qualche pezzo in più che non appartiene a nessuno di quei puzzles»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Deficit nella comunicazione sociale e nell'interazione sociale Deficit comunicazione non verbale Linguaggio e/o movimenti motori e/o uso di oggetti, stereotipato e/o ripetitivo: semplici stereotipie motorie, ecolalia, uso ripetitivo di oggetti, frasi idiosincratiche.	Incapacità di comunicare Frustrazione	Evitare **contatto visivo** Non porre scelte	Stabilire un contenitore chiaro del colloquio Linguaggio semplice Domande brevi Rimandare rinforzi positivi	In risposta a domande su oggetti e informazioni del giudice: √ [FORNIRE INFORMAZIONI RICHIESTE]+ richiedere la motivazione dell'interesse riconducendola alle aree di interesse da esplorare X [NON FORNIRE INFORMAZIONI RICHIESTE]+ richiedere di proseguire con il colloquio standardizzato

Disturbi dello spettro della Schizofrenia e altri disturbi Psicotici

«perdere temporaneamente il contatto con il mondo»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Alterazione: pensiero, percezione, comportamento, affettività. Sguardo assente, scoppi improvvisi di ira, sbalzi di umore, gesti impulsivi/autolesivi, agitazione corporea L'impoverimento della vita sociale crea una componente ansiosa già alla sola presenza dell'estraneo ansia che si associa alla difficoltà di concentrazione	Paura Confusione per le credenze eccentriche Impotenza	Evitare **distrazioni** Evitare **eccessivo contatto visivo** Non porre scelte Non sfidare le credenze Tecnica del Riepilogo	Stabilire un contenitore chiaro del colloquio. Evitare comunicazioni paradossali, disconferme parziali, squalifica Proporre domande aperte	√ Il colloquio durerà al massimo 20 minuti. X Non preoccuparti, il colloquio dura poco, **MAI** più di 20 minuti X Sono qui per ascoltare te (distrarsi) X Sei un ragazzo intelligente, ti farò delle domande facili

Disturbo bipolare e disturbi correlati

Fase maniacale *«dal paradiso all'inferno»*

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
disinibizione eccessiva comportamenti socialmente inappropriati delirio di onnipotenza non si riesce a portare a termine alcun progetto il comportamento diventa disorganizzato e inconcludente Fuga delle idee Iperfluenza prolisso	Impotenza Incomprensio ne Confusione	Evitare **distrazioni** **Tecnica del Riepilogo**	Stabilire un contenitore chiaro del colloquio. Evitare comunicazioni paradossali, disconferme parziali, squalifica	**√** Se dovesse comprare una casa da dove inizierebbe? xQuali sono i suoi interessi?

Disturbo bipolare e disturbi correlati

Fase depressiva «*dal paradiso all'inferno*»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Passività Astenia Demotivazione Apatia Abulia Ansia Incapacità decisionale	Impotenza Rabbia Frustrazione	Ascolto Riflessivo Evitare **distrazioni** **Evitare consolazione**	Stabilire un contenitore chiaro del colloquio. Evitare comunicazioni paradossali, disconferme parziali, squalifica	**√** Compra il pane tutti i giorni? X Compra il pane fresco tutti i giorni? X Come trascorre il giorno?

Disturbo Dissociativo

«mi sento come qualcun altro che vuole piangere con i miei occhi»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Sintomi depressivi Manifestazioni d'ansia (sudorazione, tachicardia, palpitazione) Fobie Attacchi di panico Amnesia dissociativa *spesso conseguente a trauma - Frequente: gravi condizioni di multi-problematicità (storia di abusi ripetuti e illegalità)	Confusione (incongruenza) Senso di impotenza Compassione	**Passivo** Evitare investigazione e giudizi morali Accogliere il racconto (pur nei suoi limiti) Tecnica del riepilogo	Linguaggio semplice e chiaro (telegrafico) Superare i tecnicismi → Stabilire i bisogni in maniera chiara per ottenere alleanza, consenso alle cure Evitare squalifiche e disconferme	√ Sono qui per definire CON LEI di cosa ha bisogno: di cosa ha bisogno? xsono qui per aiutarla, mi racconti i suoi problemi. √ deve avere una grande forza per aver affrontato tutto questo da sola/o.. Le va se provo a darle una mano anche io? xmi sta dicendo che nessuno l'ha mai saputa/o aiutare?

Disturbi Correlati a Sostanze e disturbi da *addiction*

«Come tu hai bisogno dell'aria per poter vivere…»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Impulsività Compulsività Pensieri ossessivi riguardo la sostanza (o il gioco) Disregolazione affettiva Craving Memoria traumatica *presenza di esposizione al trauma Menzogna e manipolazione Compromissione relazioni personali	Frustrazione per la percezione di non veridicità o non autenticità Pregiudizi legati allo stigma Senso di impotenza	Ascolto riflessivo Evitare giudizio o colpevolizzazione Evitare risoluzione del problema	Informare il paziente circa la propria condizione (disturbo) Stabilire regole e confini chiari e definiti Fissare con il soggetto obiettivi del colloquio e bisogni raggiungibili Attenzione alle possibili risorse personali e relazionali (comprendere se può ricevere un supporto funzionale da parte di una persona vicina)	NO: è in grado di fare una compravendita? Risposta SI/NO SI: Mi può spiegare, in parole semplici, cosa è il rogito?

Disturbo del Comportamento Dirompente, del Controllo degli Impulsi e della Condotta

«io sono e agisco per come sono»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Provocatorio Collerico Irritabile Vendicativo Disturbo della Condotta (comportamenti illegali)	Rabbia Sfida Noia	**Passivo** Evitare investigazione e giudizi morali Tecnica del riepilogo	Linguaggio semplice e chiaro Fissare con il soggetto obiettivi del colloquio e bisogni raggiungibili Stabilire una Chiara alleanza Focus su presente e futuro	√ Non siamo qui per definire il suo passato, come vorrebbe trascorre le sue giornate? X è in grado di fare (attività) ?

Disturbi Neurocognitivi

«Un orologio senza le lancette»

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DIAGNOSI	RISONANZA	ASCOLTO	ELEMENTI DELLA COMUNICAZIONE	ESEMPIO
Deterioramento da un livello di funzionamento precedente Declino cognitivo Memoria Attenzione Apprendimento Linguaggio Percettivo-motorio Mancanza di autonomia Depressione	Senso di impotenza Compassione Confusione	**Attivo** Tecnica della riformulazione come parafrasi	Linguaggio semplice e chiaro (*infantilizzato*) Riformulazione delle domande Domande pleonastiche per stabilire gravità FOCUS meno sui BISOGNI, più sulle NECESSITA'	√ Che giorno è oggi? x Mi sa dire che giorno è oggi? * Tecnica dell'orologio (funzionalità visuo-spaziale) *Domande su cure farmacologiche (funzionalità mnestiche e di autonomia)

Riferimenti Bibliografici

- Beavin, J. H., Jackson, D. D., & Watzlawick, P. (1971). *La pragmatica della comunicazione umana*. Astrolabio, Roma
- Bateson, G., Jackson, D. D., Haley, J., & Weakland, J. H. (1963). A note on the double bind- 1962. *Family process*, *2*(1), 154-161.
- Carlesso, G., (2015). Il giudice tutelare e l'amministrazione di sostegno ruolo del giudice onorario e prassi applicative. Proceedings «Il Giudice Tutelare e l'amministrazione di sostegno: ruolo del giudice onorario e prassi applicative a confronto». Venezia, 29 maggio 2015.
- Cendon P., & Rossi R. (2009). *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, tomo II. Utet Giuridica.
- Fruggeri, L. (1993). Fare ricerca... nel paese delle meraviglie. *Connessioni*, *3*, 8-19.
- Loriedo, C., & Picardi, A. (2005). *Dalla teoria generale dei sistemi alla teoria dell'attaccamento. Percorsi e modelli della psicoterapia sistemico-relazionale* (Vol. 14). Franco Angeli.
- Mehrabian, A. (1971). Verbal and nonverbal interaction of strangers in a waiting situation. *Journal of Experimental Research in Personality, 5(2), 127–138*.
- Oddone, V. (2008). *Medicina e Medicina legale e sociale della protezione Del soggetto fragile o incapace*. *In* Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità. Giappichelli.
- Rogers, C. R., & Farson, R. E. (1976). *Active listening*. Chicago: Industrial Relations Center.
- Reichenberg, L. W. (2015). *DSM-5: l'essenziale*. Raffaello Cortina Editore.
- Ruesch, J., Bateson, G., Pinsker, E. C., & Combs, G. (2017). *Communication: The social matrix of psychiatry*. Routledge.
- Schmidt, G. B. (2018). *Listening is essential: An experiential exercise on listening behaviors. Management Teaching Review*, *3*(4), 287- 294.
- Visser, M. (2003). Gregory Bateson on deutero-learning and double bind: A brief conceptual history. *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, *39*(3), 269-278.

Per la legge italiana la fotocopia di una pubblicazione (o parte di essa) coperta da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che ne eviti l'acquisto è reato.
Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.
Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

Periodico semestrale registrato presso il Tribunale di Roma al n. 39/2018 del 22 febbraio 2018

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 25 ottobre 2021.

La Direzione della rivista è presso la Fondazione Italiana del Notariato, via Flaminia, 160 - 00196 Roma - tel. 06. 36.209.410 - fax 06.32.20.479 - Internet: http://www.fondazionenotariato.it - e-mail: info.fondazione@notariato.it
L'Amministrazione è presso la casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.200 - fax 02.38089432 - Internet: http://www.giuffrefrancislefebvre.it - e-mail: vendite@giuffrefl.it
Pubblicità: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.380 - fax 02.38089426 - e-mail: periodici@giuffrefl.it
Direttore responsabile: Antonio Delfino
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)
Pubblicità inferiore al 45%

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2021

Unione europea ..... € **50,00**
Paesi extra Unione europea ..... € **100,00**
Prezzo di un singolo numero ..... € **25,00**
(Extra U.E. € 50,00)

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:
- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (https://shop.giuffre.it/agenti).

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.
Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

La Fondazione, costituita per volontà del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato, ha per scopo la valorizzazione e la diffusione della conoscenza del ruolo storico e sociale della cultura notarile e del notariato italiano, a garanzia dei diritti dei cittadini e del pubblico interesse.

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

PROCEDIMENTI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE: PROSPETTIVE PER UNO STATUTO CONDIVISO DI REGOLE OPERATIVE

Il volume raccoglie i contributi presentati in occasione dell'evento di formazione tenutosi l'8 e il 9 marzo 2021 su iniziativa della Fondazione Italiana del Notariato e della Scuola Superiore della Magistratura in tema di procedimenti di volontaria giurisdizione.
Dalla famiglia ai minori, passando per le questioni del fine vita, i titoli di credito, i diritti reali e le successioni, i procedimenti di volontaria giurisdizione variamente intersecano pressoché tutte le materie trattate dal codice civile, sovente coinvolgendo diritti soggettivi fondamentali, di rilievo costituzionale e, non ultimo, rappresentando il vero e proprio "*front office*" della giustizia rispetto alle esigenze quotidiane delle persone fragili.

FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Via Flaminia, 160 - 00196 Roma
www.fondazionenotariato.it

21101432