

# VULNERABILITÀ E ATTI PERSONALISSIMI

DIANORA **POLETTI**



Vulnerabilità e atti personalissimi

Vulnerability and Very Personal Acts

DIANORA POLETTI

Professore ordinario di diritto privato, Università degli Studi di Pisa.

E-mail: [dianora.poletti@unipi.it](mailto:dianora.poletti@unipi.it)

#### ABSTRACT

La mutata visione della condizione di limitata autonomia delle persone, il cui frutto più emblematico è stata l'introduzione nel codice civile dell'amministrazione di sostegno, ha imposto la necessaria riconsiderazione della categoria dei c.d. atti personalissimi. Questi sono al centro di un intenso dibattito dottrinale e di provvedimenti assunti dai giudici tutelari che tracciano con difficoltà i confini tra ciò che il beneficiario può compiere da solo, ciò che può compiere insieme con il suo amministratore e ciò che l'amministratore di sostegno può compiere, da solo, in sostituzione del beneficiario.

The new vision of people with limited autonomy, whose most emblematic effect was the introduction of the "amministrazione di sostegno" (supporting administration) into the civil code, calls for a reconsideration of the category of the so-called "atti personalissimi" (very personal acts). These are both the focal point of a deep doctrinal reflection and are subject of measures adopted by tutelary judges, in a difficult attempt to mark the boundaries between what the vulnerable persons can do on their own, what they can do together with the administrator, and what the administrators can do on their own, replacing the persons.

#### KEYWORDS

incapacità, autodeterminazione, consenso, amministrazione di sostegno, atti personalissimi

incapacity, self-determination, consent, supporting administration, very personal acts

# Vulnerabilità e atti personalissimi

DIANORA POLETTI

1. *Premessa* – 2. *Incapacità, disabilità, vulnerabilità* – 3. *I c.d. atti personalissimi e la nuova dimensione dell'incapacità* – 4. *Il (comprensibile) smarrimento della giurisprudenza* – 5. *Consenso al trattamento sanitario di minori e incapaci* – 6. *Segue. Il contrasto di volontà tra beneficiario e amministratore di sostegno* – 7. *Un tentativo di sintesi* – 8. *Fatiche dell'interprete e approcci "eclettici"*.

## 1. *Premessa*

Il titolo dell'incontro di studi dal quale questo scritto ha preso le mosse, che accosta la capacità di agire e la vulnerabilità, scolpisce con immediatezza la complessità e la multiformità del retroterra di indagine. All'interno di esso si può provare a formulare qualche riflessione sul compimento dei c.d. atti personalissimi, ossia di quegli atti che implicano una determinazione e una decisione ritenuta insurrogabile, perché rappresentano la più genuina espressione della volizione del loro autore.

Più di una ragione ha sospinto verso la scelta di questa angolatura: tra queste, la tendenza della giurisprudenza ad erodere il postulato dell'impossibilità di compimento degli atti personalissimi da parte di chi si trovi situazioni di limitata capacità e la presenza, nel recente panorama normativo, di una legislazione speciale che, soprattutto di fronte a "scelte tragiche" (dall'assoggettamento a trattamenti sanitari fino alle cure palliative e alle disposizioni anticipate di trattamento) si muove lungo crinali diversi dal passato e ben più mobili.

Il giurista positivista compirebbe subito un'opera di puntualizzazione dell'uso delle definizioni, rinvenendo nell'espressione "atti personalissimi" il tentativo di ricomporre e di ridurre ad unità una serie di previsioni testuali che, direttamente o indirettamente, escludono il meccanismo della sostituzione e, dunque, il ricorso alla rappresentanza legale o volontaria. Si tratta più propriamente di una schiera di atti con i quali si esprime la autodeterminazione di natura esistenziale del loro autore, che riguardano la gestione di rapporti di carattere strettamente personale o di diritto familiare o anche il compimento di attività con risvolti patrimoniali che però, per la loro stretta aderenza alla personalità dell'agente, costituisce espressione di scelte libere e insopprimibili della persona<sup>1</sup>. L'elevato portato personalistico degli atti (ben effigiato dal superlativo usato per la loro definizione) e l'esigenza di garantire la libertà di autodecisione del suo autore sono parsi incompatibili con interventi sostitutivi o integrativi ad opera di terzi.

Per parte sua, la parola vulnerabilità, che la Convenzione di Barcellona del 1998 ha elevato a principio condiviso in ambito bioetico, biomedico e biotecnologico<sup>2</sup>, penetra con sempre maggiore frequenza nel linguaggio giuridico<sup>3</sup>. Se nel diritto pubblico è intesa dal legislatore in genere

<sup>1</sup> Gli atti personalissimi si desumono notoriamente da norme che ne vietano il compimento da parte di terzi, come è – nel tessuto del codice civile – per il matrimonio (art. 85), il riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio (art. 266), il testamento (art. 591), la donazione (art. 774), la confessione (art. 2731), il giuramento (art. 2737). Ma si deve pensare anche alla proposizione di certe azioni giudiziarie, per le quali non sia espressamente previsto il potere sostitutivo del rappresentante (come ad esempio la domanda di separazione e quella di divorzio). Un capitolo a parte in questo quadro è quello del consenso alle cure mediche, di cui si dirà.

<sup>2</sup> Lo ricorda BUSNELLI 2017, 241, secondo il quale l'idea della vulnerabilità (che secondo Warren Reich (REICH 2002, 24) «potrebbe diventare l'idea più significativa per la bioetica del futuro») impone di recuperare, come necessaria premessa, il principio fondamentale della dignità umana.

<sup>3</sup> Per un'opportuna analisi delle connessioni che il concetto genera tra le sfere dell'etica, della politica, del diritto, dell'economia cfr. GIOLO, PASTORE 2018.

come attributo di un soggetto destinatario di erogazioni e sostegni, anche tramite l'impegno degli enti del Terzo Settore, là dove le risorse generali non lo permettano, nel diritto privato di nuova impronta il termine è però utilizzato dal legislatore solo nel momento in cui il soggetto vulnerabile compie un atto tutt'altro che personalissimo, ossia un atto di acquisto, come comprova il riferimento alle «categorie di consumatori maggiormente vulnerabili» dell'art. 4 del codice del consumo, dedicato all'educazione dei consumatori.

In prospettiva più generale, il termine si accosta a (se non ricomprende) un altro concetto – quello di disabilità – a sua volta di difficile definizione, che, per il suo riferirsi ad una realtà complessa e poliedrica, è anch'esso investito da un significativo mutamento. La logica con la quale si guarda alla disabilità non è infatti da tempo più quella medica – posta alla base di una legge pur con una forte vocazione costituzionalistica, che costituisce un importante momento della storia autoctona della considerazione della disabilità (il riferimento, intuibile, è alla legge n. 104 del 1992) – ma sociale. La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, anche in conseguenza dei contenuti della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ha superato l'approccio legato al concetto di salute come espresso nella nota definizione dell'OMS, nel quale la disabilità rimane comunque un problema individuale della persona che manifesta una limitazione o un *deficit*, per accogliere un concetto di disabilità cui meglio si attaglia l'accezione di vulnerabilità, proiettandolo in una dimensione non più individualistica ma collettiva e relazionale, che pone in evidenza il problema della inclusione delle persone disabili all'interno della società o di determinati gruppi sociali<sup>4</sup>.

Il giurista sensibile ma rigoroso è perfettamente consapevole che il tema da affrontare è oltremodo delicato, ma che lo stesso deve essere indagato rifuggendo sia da atteggiamenti retorici sia da pulsioni sociologiche, con l'intento di ricondurlo ad un discorso sistematicamente convincente, magari anche recuperando dal vecchio ordine l'apparato concettuale e il metodo necessari alla sistemazione del nuovo disordine.

## 2. Incapacità, disabilità, vulnerabilità

Passare dalla nozione di capacità e dal suo contrario alla nozione di vulnerabilità (che non a caso non ha contrari) significa uscire dai confini di binari ben individuabili e da tradizionali certezze: il binomio sano/malato, l'alternativa capacità/incapacità di agire, la possibilità/impossibilità di compimento di un atto giuridicamente rilevante a mezzo di altri. In forza di queste tradizionali certezze gli atti personalissimi non potevano che essere vietati all'incapace e al suo rappresentante, generandosi per essi la seguente situazione: 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. La prospettata inammissibilità di compimento di taluni atti equivale(va) alla sostanziale rimozione della titolarità delle corrispondenti situazioni giuridiche soggettive: in definitiva, secondo un'impostazione generalmente condivisa, all'area occupata da questi atti corrispondevano zone di incapacità giuridica del soggetto interessato.

Muovere dalla accezione di capacità e dal suo opposto per approdare alla accezione di vulnerabilità significa – lo si intende ribadire – entrare nella contrapposizione tra due paradigmi profondamente differenti propri del diritto delle persone e anche all'interno di una tensione tuttora irrisolta tra essi, che rivela appieno la sua complessità in talune tribolate scelte normative (per tutte, quelle travasate nella legge n. 219 del 2017).

<sup>4</sup> BUSATTA 2016, 336. Per un esame dell'indefinito concetto di vulnerabilità nelle sentenze della CEDU: DICIOTTI 2018, 13.

Il nuovo impianto è emerso con decisione sia nelle riforme in materia di filiazione (per ciò che attiene al cresciuto rilievo assegnato all'autodeterminazione del soggetto minore di età) sia, in precedenza, nella logica sottesa all'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Finalmente il codice civile (nel quale la parola disabilità compare per la prima volta nell'art. 2645-ter dedicato agli atti di destinazione) accoglie l'uomo in carne ed ossa, con i suoi desideri, le sue aspirazioni, i suoi bisogni, la sua capacità di discernere in giovane o in giovanissima età, così accostandosi al disegno costituzionale. Questo annovera una grande quantità di norme che considerano le variabili della disabilità, o meglio della vulnerabilità, spesso unite, a tratteggiare vulnerabilità aggravate, a situazioni di difficoltà economica: i malati e, tra questi, i malati indigenti (art. 32 comma 1° Cost.), gli inabili al lavoro e, tra questi, quelli sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, i lavoratori infortunati, invalidi, vecchi, malati, disoccupati (art. 38 Cost.), i detenuti (artt. 13 e 27 Cost.), gli stranieri impediti nell'esercizio delle libertà democratiche (art. 10 Cost.). Siamo ben oltre la logica che costringe il soggetto fragile o vulnerabile in una intrinseca e ineliminabile situazione di inferiorità. Siamo anche oltre il linguaggio burocraticamente giuridico: la Costituzione non ha timore di parlare con chiarezza di povertà, di indigenza, di bisogno, di esistenza (che, per il lavoratore, l'art. 36 qualifica come "libera e dignitosa"). Solo molti anni dopo questo linguaggio intriso di umanità, riferito dapprima al figlio (nel rapporto con la potestà genitoriale, che non a caso diventa responsabilità) poi alla persona priva in tutto o in parte di autonomia, con la rivoluzione dell'amministrazione di sostegno, penetrerà anche nel tessuto codicistico e, dunque, nella sede più prestigiosa, per così dire, del diritto generale.

Si allontana in questo modo, meglio, si cancella la scelta escludente, che relegava gli incapaci in una cella fortemente protezionistica ma scarsamente personalistica e, in una dimensione tutta flessibile, da costruire attorno alla persona, si muove verso il recupero delle residue o delle inesprese capacità e potenzialità dell'interessato.

In precedenza era stata la tipologia dei c.d. atti della vita quotidiana, ricostruita soprattutto dalla dottrina anche se mai compiutamente da questa teorizzata, a consentire di costruire un'area nella quale si muove liberamente e compie atti validi un soggetto per il codice civile incapace per definizione (il minore di età). La valorizzazione della vita materiale ha contribuito ad infrangere la nozione monolitica di incapacità, salvando dall'invalidità (nella forma dell'annullabilità ad essi riservata) atti di scarsa rilevanza economica. Questi atti sono oggi riservati espressamente al beneficiario dell'amministrazione di sostegno (e, dunque, agli adulti non in grado di provvedere autonomamente ai loro interessi) dall'art. 409 comma 2° c.c., che conserva "in ogni caso" la loro capacità di compimento anche di fronte al potere limitativo della capacità assegnato al giudice. A compensare l'esplicito riconoscimento normativo solo per una categoria di incapaci sta l'esplicito riconoscimento degli atti destinati a soddisfare le esigenze della vita quotidiana<sup>5</sup>. Anche alla luce di questo processo, per i soggetti per i quali questi atti sono stati concepiti si rende sempre meno repentino quel passaggio dalla minore alla maggiore età che, pur mantenendo un rilievo formale, è ormai svuotato di gran parte della sua sostanza.

Si aggrava in questo contesto 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 tra ciò che può definirsi normalità e ciò che appartiene alla vulnerabilità. In questa operazione soprattutto il giudice ha sempre più necessità di competenze altre da sé, a maggior ragione adesso che la regola di protezione da definire per il soggetto vulnerabile ha abbandonato la sua declamata astrattezza per adattarsi alle peculiarità del singolo rapporto oggetto di considerazione.

Sul piano sistematico, sono stati ormai travolti tutti gli schemi tradizionali propri del diritto

<sup>5</sup> Nell'area medico-sanitaria si dovrebbero prospettare atti quali il prelievo ematico, l'acquisto di medicinali, la richiesta di prescrizioni farmaceutiche, il ritiro di analisi e referti, per i quali andrebbe esclusa la necessità di una sostituzione del diretto interessato: per questi esempi, e anche per una apprezzabile ricostruzione della categoria degli atti della vita quotidiana, cfr. PALMERINI 2017, 95.

dell'incapacità: la distinzione tra atto di ordinaria e atto di straordinaria amministrazione, il netto confine tra la tutela e la curatela, che non rileva più nella disciplina dell'amministratore di sostegno, tanto che questi può indifferentemente svolgere funzioni di "rappresentanza esclusiva" o di "assistenza necessaria", ma anche il legame, sempre ritenuto imprescindibile, tra interdizione giudiziale e incapacità assoluta di agire, da un lato e, dall'altro lato, tra inabilitazione e capacità relativa di agire, visto il tenore dell'art. 427 comma 1° c.c.<sup>6</sup>.

### 3. *I c.d. atti personalissimi e la nuova dimensione dell'incapacità*

La duttilità e la proporzionalità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno<sup>7</sup> e il peso assegnato 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 tratte intorno alla inammissibilità, per essi, di forme di rappresentanza necessaria, di sostituzione, di integrazione.

Questo è del tutto comprensibile: se lo scopo della normativa aggiunta al codice è il recupero delle potenzialità residue e inesprese, e dunque la valorizzazione della capacità di autodeterminazione, si deve ammettere che anche il soggetto privo in tutto o in parte di autonomia possa compiere un determinato atto personalissimo, solo o con l'aiuto (nei termini da ridefinire) di altri. Ciò conferma che il retroterra sotteso a questo argomento non è più quello della incapacità generale, con la possibilità di recupero di qualche momento di lucidità, ma quello della capacità universale, con diminuzioni della stessa volta a volta da considerare. Il che significa che le limitazioni di capacità indossano ormai l'attributo della eccezionalità. È emblematico che il riferimento all'incapacità neppure più compaia nel Titolo XIII del Libro I del codice civile, un tempo intestato «Dell'infermità, dell'interdizione e dell'inabilitazione» e che, in questa cornice, la Corte costituzionale, all'indomani della riforma, abbia potuto declamare che la disciplina dell'amministrazione di sostegno non è tale da determinare lo *status* di incapacità per il beneficiario<sup>8</sup>.

In assenza di una puntuale definizione e men che meno di una espressa disciplina<sup>9</sup>, è aperta la ricerca dei principi che devono indirizzare le scelte applicative e orientare la ricostruzione degli atti personalissimi come "categoria giuridica", ammesso che di tale categoria sia davvero possibile ravvisare elementi morfologici o strutturali costanti, in modo da tracciarne una definizione valida oltre i singoli casi previsti dalla legge. Ad incrinare tale convinzione sembra comunque già porsi la distinzione che la dottrina fa emergere tra gli "atti personalissimi" e gli "atti personali"<sup>10</sup>.

In un orizzonte più vasto, il fatto che i vecchi arnesi codicistici non siano stati del tutto abbandonati genera questioni aperte e origina aree nelle quali il bianco e il nero si confondono dando luogo a zone grigie. Le inutili sollecitazioni per l'eliminazione o la modifica degli istituti tradizionali dettati per le situazioni di incapacità e il tempo ad oggi trascorso impongono ormai di accettare la convivenza degli stessi con l'amministrazione di sostegno e di delimitare meglio i confini tra i vari istituti all'interno di una coabitazione non espressamente regolata (se non per la sussidiarietà delle forme limitative più gravi) nel codice civile.

<sup>6</sup> In forza della norma, la sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione può stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto anche senza l'intervento del tutore o che taluni atti di straordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.

<sup>7</sup> Tra i tanti contributi sull'istituto, che nasce all'insegna dell'adattamento e della proporzionalità (tra libertà di autodeterminazione del beneficiario e misura di protezione), si segnalano FERRANDO 2005 e BONILINI, CHIZZINI 2007.

<sup>8</sup> Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 312 ss., con nota di PATTI 2006.

<sup>9</sup> Sulla denunciata assenza di un'esplicita normativa cfr., ad esempio, ANELLI 2004, 2.

<sup>10</sup> Per quanto riguarda l'atto inerente l'azione di separazione e divorzio, si veda ad esempio, ZATTI 1982, 192, che annovera la proposizione della domanda di separazione, più che tra i negozi personalissimi di diritto familiare, tra quelli inerenti la "cura della persona" e per i quali pertanto può essere ammesso l'intervento del terzo.

L'impegno assunto in questa direzione della dottrina si è in particolare modo appuntato sull'interpretazione dell'ultimo capoverso dell'art. 411 c.c. La discussa norma, che consente al giudice tutelare, con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, di estendere al beneficiario «effetti, limitazioni e decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato», lascia aperto un canale di transito di norme poste a regolare antichi stati di incapacità per un istituto di nuovo conio. Le proposte di estensione diretta, ma anche di applicazione in via analogica di norme limitatrici del potere negoziale dettate per gli incapaci "classici" sono state viste in genere con cautela, posta l'assenza di identità di *ratio* tra le diverse ipotesi di "incapacitazione" e il rischio di aggiramenti della normativa più recente. È soprattutto per questo canale che è emersa la preoccupazione di un'estensione al beneficiario delle limitazioni relative al compimento degli atti personalissimi<sup>11</sup>.

L'abolizione normativa dei tradizionali istituti dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione elidirebbe in radice il problema. E tuttavia, proprio riguardo all'opportunità o meno di nuovi interventi normativi in direzione demolitoria, non appare da respingere l'idea del mantenimento del pur pesante fardello dell'interdizione giudiziale per taluni casi che necessitino ancora di uno strumento "incapacitante". Vari sono stati i criteri considerati dagli studiosi, che hanno cercato di meglio chiarire il parametro funzionale dell'adeguatezza della misura di protezione, indicato dalla Consulta subito dopo l'entrata in vigore della riforma per saggiare la costituzionalità della legge n. 6 del 2004, tacciata impropriamente di generare una sovrapposizione di differenti istituti<sup>12</sup>. Ciascuno di questi criteri ha suscitato rilievi critici: così è stato per la prospettata possibilità di utilizzare, al fine di meglio definire l' "adeguatezza" della misura di protezione e quale fattore discriminante nella selezione della stessa, un parametro di matrice patrimonialistica, ossia quello della complessità gestionale del patrimonio, sia dal punto di vista della sua consistenza sia sul piano delle attività necessarie per la sua amministrazione<sup>13</sup>. Altrettanto è accaduto dinanzi al parametro personalistico del *minimum* di attività di relazione o di scambio con il mondo esterno del beneficiario, anche se le critiche possono in parte attenuarsi di fronte all'attribuzione a tali criteri del carattere di indici per la scelta giudiziale della misura attivabile. Pure la desueta ipotesi della inabilitazione per prodigalità potrebbe essere rispolverata per tutelare la persona dipendente da impulsi irrefrenabili di spesa o da ludopatia, che pone il problema di tutelare non solo il soggetto che presenta una dipendenza da gioco ma anche i terzi (*in primis*, i familiari e conviventi) che subiscono le ripercussioni dei comportamenti compulsivi del loro congiunto<sup>14</sup>.

L'interdizione giudiziale e l'inabilitazione potrebbero quindi rimanere quali strumenti residuali, riammodernando le loro funzioni a seguito della loro compresenza con lo strumento privilegiato dal codice<sup>15</sup>. Non più, dunque, misure da intendersi in senso afflittivo, ma in una recuperata direzione protezionistica, questi istituti potrebbero fungere da cerniera di chiusura del sistema nei casi in cui il modello collaborativo tra amministratore, beneficiario e giudice tutelare tracciato dagli artt. 404 ss. c.c. non abbia modo di operare<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> PRISCO 2018, 49.

<sup>12</sup> Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, cit.; l'anno successivo, il parametro viene meglio specificato dai giudici di legittimità: Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Famiglia e diritto*, 2007, 31, con nota di SESTA 2007.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., 26 luglio 2013, n. 18171, in *Famiglia e diritto*, 2014, 1119, con nota di BONILINI 2014. La pronuncia applica l'interdizione, in luogo della disciplina dell'amministrazione di sostegno, quando la persona destinataria abbia un patrimonio cospicuo e composito. Il commentatore è cautamente dell'avviso che la natura del patrimonio dell'interessato possa fungere da criterio per preferire l'interdizione giudiziale, insieme alla gravità e abitualità dell'infermità, che giustifica la scelta ponderata di non conservare margini di autonomia al beneficiario, con un serio pericolo di compimento di atti pregiudizievoli.

<sup>14</sup> VESTO 2017.

<sup>15</sup> Una voce critica contro le proposte di abrogazione degli istituti tradizionali di limitazione della capacità è quella di PRISCO 2018, 31 ss.

<sup>16</sup> BALESTRA 2006, 373 ss. rileva che l'interdizione debba essere pronunciata con la consapevolezza che l'abituale infermo di mente, a seguito dell'adozione della misura, incorre in una serie di preclusioni penalizzanti sotto il profilo degli interessi c.d. personalissimi: preclusioni la cui giustificazione dovrebbe trovare adeguato spazio in sede motivazionale.

#### 4. *Il (comprensibile) smarrimento della giurisprudenza*

In ordine al compimento di atti riconducibili alla categoria di quelli personalissimi, sul piano giurisprudenziale la “nuova” incapacità è al centro di soluzioni diversificate, nelle quali l'amministratore di sostegno che assiste, che aiuta, che supporta o sostiene, per l'appunto come il suo nome impone, il beneficiario, assume un ruolo ancora più indefinito di quello che subito era emerso dalla lettura della legge n. 6 del 2004, nella quale sullo stesso convergono compiti sia di sostituzione sia di assistenza, un tempo nettamente ripartiti tra i ruoli della tutela e quelli della curatela.

Per citare qualche concreto esempio, tratto dalla casistica dei giudici tutelari, l'amministratore di sostegno è stato autorizzato ad aderire, in luogo della beneficiaria, alla domanda di divorzio congiunto<sup>17</sup> o a proporre ricorso per separazione personale in nome e per conto della beneficiaria, sulla scorta di volontà già espresse dalla medesima prima del sopraggiungere della misura di protezione<sup>18</sup>. In un'altra occasione si è provveduto invece alla nomina di un curatore speciale, su richiesta dell'amministratore di sostegno, per consentire al beneficiario di avviare una causa di separazione<sup>19</sup>. Non sono mancate decisioni anche singolari, come quella che ha autorizzato la beneficiaria, portatrice della sindrome di down, a sposarsi “accompagnata” dal suo amministratore di sostegno<sup>20</sup> oppure la nomina di curatori speciali così... “speciali” da potere redigere a mano, in luogo del beneficiario affetto da sclerosi laterale amiotrofica, il suo testamento, considerato idoneo, nonostante tutto, a mantenere le stimmate del testamento olografo<sup>21</sup>.

Per passare alla posizione dei giudici di legittimità, una decisione<sup>22</sup> ha respinto il dubbio di legittimità costituzionale avanzato riguardo agli artt. 120 e 127 c.c., aderendo ad una interpretazione sistematica ed evolutiva che offre alla persona coniugata o in procinto di contrarre matrimonio gli strumenti per esercitare, direttamente o indirettamente, il diritto fondamentale di autodeterminarsi nella scelta consapevole di impugnare il matrimonio e, in via preventiva, di contrarlo in condizioni di piena libertà e senza condizionamenti<sup>23</sup>. Altra pronuncia<sup>24</sup> si è espressa nel senso che l'amministratore di sostegno può nominare, in sede penale, il difensore di fiducia dell'imputato e che la semplice sottoposizione dell'imputato alla misura di protezione non determina automaticamente l'incapacità del medesimo a partecipare coscientemente al processo ai sensi dell'art. 70 c.p.p., posto che la persona beneficiaria non è considerata, per ciò solo, incapace di intendere e volere, essendo «estraneae, in linea di principio, all'istituto dell'amministrazione di sostegno specifiche situazioni di infermità mentali che rendono la persona totalmente incapace».

Il “filone” delle liberalità, dopo che alcuni giudici tutelari si erano pronunziati favorevolmente sulla possibilità dell'amministratore di sostegno di compiere donazioni in nome e per conto del beneficiario<sup>25</sup>, ha registrato di recente l'intervento della Consulta, che ha respinto la questio-

<sup>17</sup> Trib. Modena, 26 ottobre 2007, in *Famiglia e diritto*, 2008, 275, con nota di ANELLI 2008.

<sup>18</sup> Trib. Cagliari, 15 giugno 2010, in *ilcaso.it*.

<sup>19</sup> Trib. Milano, 19 febbraio 2014, in *ilcaso.it*.

<sup>20</sup> Trib. Varese, 24 ottobre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, 287, con nota di RUSSO 2010.

<sup>21</sup> Trib. Varese, 12 marzo 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 779, con nota di LANDINI 2012. Per una ricognizione delle pronunce dei giudici tutelari v. RIZZUTI 2018a, 171 ss.

<sup>22</sup> Cass., 30 giugno 2014, n. 14794, in *Famiglia e diritto*, 2016, 350, con nota di GIORGIANNI 2016.

<sup>23</sup> Tramite la possibilità per l'amministratore di sostegno – a detta della sentenza – «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». Per la possibilità che l'amministratore di sostegno rappresenti il beneficiario in un provvedimento di modifica delle condizioni di divorzio cfr. Cass., 6 marzo 2019, n. 6512.

<sup>24</sup> Cass. pen. 25 gennaio 2018, n. 3659, in *Giustizia penale Massimario*, 2018.

<sup>25</sup> Trib. La Spezia, 2 ottobre 2010, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, 77, con nota di DONADIO 2011. E v. anche decreto Trib. Teramo, sez. Atri, 16 dicembre 2011, che ha autorizzato l'amministratore a perfezionare una donazione dell'amministrato con «onere di assistenza».



ne di legittimità costituzionale della norma delineata dall'art. 774, comma 1°, primo periodo, c.c., ad eccezione del caso in cui il giudice tutelare, in applicazione dell'art. 411, ultimo comma c.c., abbia esteso nei suoi confronti l'incapacità di donare, che l'art. 774 c.c. prevede in capo all'interdetto<sup>26</sup>. È risultata in buona sostanza confermata la soluzione già indicata da una parte degli studiosi sul punto del riconoscimento della capacità di donare del beneficiario.

Ad uno sguardo d'insieme, alcune di queste decisioni schiudono gli atti personalissimi a poteri sostitutivi o integrativi dell'amministratore di sostegno, abbattendo la logica della insurrogabilità; altre recuperano il più possibile la sfera di autonomia del beneficiario per il loro compimento.

Questa situazione non desta eccessiva sorpresa, perché è il portato dell'andamento irregolare della vita e della variabilità degli esseri umani, che l'amministrazione di sostegno, negli intenti del legislatore, vorrebbe riflettere, mettendo a disposizione del giudice uno strumento elastico per l'opportuno adeguamento alle mutevoli esigenze di ogni singolo caso, anche oltre l'orizzonte del compimento di attività giuridica con coloritura patrimoniale<sup>27</sup>.

Di sicuro ne esce profondamente inciso l'orizzonte degli atti personalissimi, giacché non avrebbe senso valorizzare la residua capacità del beneficiario, ad esempio, per la realizzazione di attività contrattuali di modesto rilievo economico e comprimerla per gli atti che meglio esprimono la sua personalità e anche le sue scelte affettive.

Di fronte a questo, occorre comunque verificare se le soluzioni rinvenute siano assistite da una giustificazione razionale e sistematicamente convincente, rinunciando senza rammarico a trattezie partizioni dogmatiche, che, pur avendo dalla loro il rassicurante dono della simmetria, conducevano ad esiti spesso lontani da un'attenta e non compassionevole considerazione della debolezza umana.

## 5. *Consenso al trattamento sanitario di minori e incapaci*

Spunti significativi per tale intenzione ricostruttiva possono essere tratti dal profilo forse più complesso della tematica in esame: quello del diritto all'autodeterminazione terapeutica, che rivela un'acuta problematicità di fronte alle persone non pienamente autonome.

Le questioni relative all'autodeterminazione sanitaria dei minori e, più in generale, delle persone con limitata capacità si presentano come uno dei punti più delicati della legge n. 219 del 2017, che si apre all'insegna della valorizzazione della ancora inespressa o residua capacità dell'incapace, secondo l'esplicito dettato dell'art. 3 comma 1°: «La persona minore di età o incapace 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»<sup>28</sup>.

La disciplina prevista nei commi successivi prevede per ogni ipotesi di incapacità (minore età, interdizione, inabilitazione) e per la soggezione alla misura dell'amministrazione di sostegno, la figura che, in sostituzione o in affiancamento, deve prestare il consenso in luogo o insieme con l'incapace. In ragione dell'assenza o della presenza di un certo grado di capacità, la norma appaia i minori agli interdetti giudiziali e gli inabilitati ai beneficiari dell'amministrazione di sostegno. La "clausola di scopo" della tutela della salute e della vita della persona coinvolta e del rispetto della

<sup>26</sup> Corte cost. 10 maggio 2019, n. 114, con commento di BONILINI 2019.

<sup>27</sup> Non mancano precisi dati testuali in questa direzione. Cfr. l'art. 408 c.c. che, riferendosi alla cura e agli interessi del beneficiario, è ritenuta norma che estende all'amministratore di sostegno compiti anche non patrimoniali. Ancora più esplicito l'art. 44 disp. att. c.c., secondo il quale il giudice tutelare può convocare tutore, protutore, curatore e amministratore di sostegno allo scopo di assumere informazioni e dare istruzioni «inerenti agli interessi *morali o patrimoniali*» (il corsivo è aggiunto) del minore o del beneficiario.

<sup>28</sup> Il legislatore in verità si era già espresso in questo senso anche in precedenza, per esempio con l'art. 5, comma 1° lettera b) del d.lgs. n. 211 del 2003 in tema di sperimentazioni cliniche e medicinali.

sua dignità è formalmente inserita solo con riguardo alla prima coppia di incapaci, mentre per la seconda coppia il richiamo, diversamente graduato, è alla volontà del destinatario delle cure.

La norma appare alquanto significativa ai fini del ragionamento condotto in questa sede. Da una parte, essa prevede che un atto, come il consenso, espressione sicura di una scelta esistenziale e annoverato tra gli atti personalissimi o almeno tra gli atti personali, pur nella sua discussa veste negoziale o meno, possa essere espresso da altri, travolgendo definitivamente il postulato della insostituibilità<sup>29</sup>; dall'altro lato (e al contempo) conferma la limitazione dei poteri di supplenza del rappresentante dell'incapace e anche dei poteri di intervento dell'autorità giudiziaria, posta la necessità di fornire al destinatario delle cure le adeguate informazioni e di considerare (o di ricostruire) comunque la volontà di quest'ultimo, in ciò riflettendo gli echi della celebre sentenza Englaro<sup>30</sup>, che aveva già stabilito che il rappresentante non decide "al posto di" o "per l'incapace", ma "con l'incapace".

Nella realtà operativa, gli sforzi del legislatore si scontrano con situazioni in cui il rapporto paziente-medico si arricchisce, per così dire, di altri soggetti, divenendo sostanzialmente trilaterale, come pure di fronte alla situazione, inversa, in cui questo rapporto bilaterale si presenta claudicante, perché il soggetto da curare, non in grado di manifestare la sua volontà, è sprovvisto di una misura dichiarata di protezione<sup>31</sup>.

Lo stesso linguaggio del legislatore risente di una difficoltà redazionale<sup>32</sup>, a partire dalla rubrica dell'art. 3 ("minori e incapaci"), che riconduce non propriamente le persone prive di autonomia alla categoria degli incapaci, dai quali ha comunque cura di dividere i minori, quasi che le due figure fossero diversificate. Il riferimento alla capacità attraversa poi altre norme della legge: se l'art. 1 comma 5° riserva ai soli soggetti capaci di agire il diritto di rifiutare accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari, l'articolo 4, dedicato alle disposizioni anticipate di trattamento, attribuisce la possibilità di esprimere la volontà, per il periodo di futura eventuale incapacità, solo ad un maggiorenne capace di intendere e di volere che può nominare quale "fiduciario" altra persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. Il risultato è che per le persone maggiori di età si fa riferimento, rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, a un elemento fattuale e concreto (la sussistenza della capacità di intendere e di volere), mentre per i minori è la soglia formale dell'età a risultare decisiva<sup>33</sup>, per vero in contrasto con il diritto internazionale e il diritto eurounitario sui diritti dei fanciulli, che attribuiscono rilevanza alla capacità di discernimento. Non è stato quindi portato a compimento il disegno, da molto tempo segnalato come necessario dalla dottrina, che assegna alla capacità naturale il ruolo di «unico criterio idoneo per valutare la rilevanza giuridica degli atti (tra vivi) a contenuto personale, ossia di tutte quelle attività del soggetto che costituiscono diretta espressione della sua personalità, implicando in varia misura l'adozione di scelte esistenziali»<sup>34</sup>.

## 6. Segue. *Il contrasto di volontà tra beneficiario e amministratore di sostegno*

Si è appena detto che il legislatore si è sforzato di prevedere e di regolare tutti i casi di incapacità per il consenso al trattamento medico, con una soluzione rispettosa del rimaneggiato impianto codicistico, affollato di rimedi per le persone non autonome.

<sup>29</sup> Doveroso il richiamo all'art. 6 della Convenzione di Oviedo (sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) del 4 aprile 1997 che ammette il consenso del rappresentante ai trattamenti sanitari in caso di incapacità del paziente.

<sup>30</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, 83, con nota di VENCHIARUTTI 2008.

<sup>31</sup> Sotto altra prospettiva, segnala come la dimensione relazionale del rapporto medico-paziente non presenti mai un carattere esclusivamente "duale", restando aperta alla partecipazione di altri soggetti, come gli appartenenti all'*équipe* medica e i familiari, DE ROSA 2019, 50.

<sup>32</sup> Evidenzia gli equivoci "di sistema" e "di contesto" della norma PICCINNI 2018, 1119.

<sup>33</sup> RIZZUTI 2018a, 181.

<sup>34</sup> BIGLIAZZI GERI et al. 1987.

Ma i problemi non sono tutti risolti dall'art. 3 della legge n. 219 del 2017 e si appuntano in particolare sul rapporto tra la residua autonomia dell'incapace o del beneficiario e la volontà della sua persona di riferimento.

Si può qui trascurare il rapporto tra il minore e i genitori in disaccordo nel prestare il consenso, per il quale è comunque auspicabile che si rafforzi l'orientamento che estende il rimedio del quinto comma della norma, sul presupposto che la mancanza di accordo tra i genitori possa essere considerata alla stregua della mancanza di consenso per cure ritenute dal medico appropriate e necessarie, che legittima l'intervento del giudice tutelare. Questo strumento, previsto espressamente dalla norma per il caso di mancato consenso del rappresentante legale della persona interdetta e inabilitata, appare sicuramente più snello dei rimedi ordinari, perché chiama in causa il giudice tutelare (e non più il tribunale), accorciando i tempi di risposta e perché può essere azionato anche dal medico e dalla struttura sanitaria, non inclusi tra i legittimati attivi ai sensi del codice civile<sup>35</sup>.

Se il caso della persona interdetta non pare sollevare problemi particolari rispetto alla conformità delle soluzioni accolte dalla legge n. 219 del 2017 alle regole generali, già talune questioni sorgono con riguardo al soggetto inabilitato<sup>36</sup> e profili ancora più complicati si presentano dinanzi al beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Il 4° comma dell'art. 3 fa riferimento al decreto di nomina e ai poteri di assistenza o di rappresentanza esclusiva dell'amministratore in ambito sanitario. Nel primo caso, il consenso informato è espresso anche dall'amministratore di sostegno, tenendo conto della capacità naturale del beneficiario; nel secondo caso solo da quest'ultimo.

Ma, a parte che il decreto di nomina potrebbe essere al riguardo carente, posto che all'atto dell'apertura dell'amministrazione di sostegno non sempre troverà adeguata considerazione l'intero ventaglio di possibili atti riservati all'uno o all'altro soggetto, il problema è anzitutto quello della mancanza di volontà comune che può sussistere tra il medico e l'amministratore, ma anche tra il medico e l'amministratore, da una parte, e il paziente dall'altra parte. Se la frizione della volontà dell'amministratore con quella del medico (che ritenga che le cure siano appropriate e necessarie, di fronte al diniego del primo) legittima il già ricordato intervento del giudice tutelare, resta da decidere la situazione che si determina allorché il paziente esprime dissenso rispetto alla volontà orientata in senso diverso sia del suo amministratore sia del medico o qualora l'amministratore e il beneficiario non abbiano la stessa convinzione riguardo alle scelte terapeutiche<sup>37</sup>.

Rimane poi dubbia anche la modalità dell'acquisizione del consenso fuori dei casi di stato di necessità e in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, qualora il paziente non sia in grado di esprimere la sua volontà. Proprio questo problema è stato oggetto di una recente decisione della Corte costituzionale, che è stata investita della questione di legittimità costituzionale

<sup>35</sup> Tra l'altro, nel novero di questi legittimati attivi non è previsto il partner dell'unione civile: tale esclusione si può recuperare in via interpretativa, ma è indubbio che il punto avrebbe richiesto maggiore attenzione da parte del legislatore.

<sup>36</sup> Si ricorda che la norma prevede che il consenso informato della persona interdetta sia «espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile», mentre quello della persona inabilitata – secondo una soluzione propugnata dalla dottrina – «è espresso dalla medesima persona inabilitata» (è però di diverso avviso rispetto alla prevalente dottrina e critica la rinuncia dell'ordinamento a qualsivoglia controllo del giudice o del curatore dell'inabilitato, «contrariamente a quanto accade, entro i confini del medesimo istituto, per gli atti di amministrazione straordinaria del patrimonio», CACACE 2019, 73).

L'art. 3 comma 5° usa poi l'espressione “rappresentante legale” anche per riferirsi alla persona inabilitata, quando per il diritto generale il curatore non ha tali funzioni, assegnando a questo soggetto compiti di cura della persona nella dialettica del controllo sull'operato dei sanitari: PICCINNI 2018, 1126.

<sup>37</sup> Il Tribunale di Vercelli, ad esempio, decidendo nel 2018 a distanza di pochi mesi, dapprima (con decreto del giudice tutelare del 28 marzo 2018) ha escluso la rilevanza del dissenso manifestato da una beneficiaria al ricovero in una struttura sanitaria protetta, sollecitato dal proprio amministratore, ritenendo lo stesso frutto di una estrinsecazione della patologia in atto; successivamente, in un caso riguardante una persona beneficiaria schizofrenica ma con ampi intervalli di lucidità, ha ritenuto di considerare la volontà dissenziente al trattamento espressa da quest'ultima (Trib. Vercelli, decr. 31 maggio 2018).

dei commi 4° e 5° dell'art. 3 della legge n. 219 del 2017. Le accuse di incostituzionalità sono state respinte dai giudici della Consulta sulla base di una lettura della norma volta ad escludere che l'amministratore di sostegno cui è stata conferita la rappresentanza esclusiva dell'incapace in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, abbia, da solo (dunque, senza l'intervento del giudice tutelare), anche il potere di rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita del malato e che sia quindi necessario ricostruire la volontà dell'incapace<sup>38</sup>.

Risulta da ciò confermato quanto la dottrina da tempo andava segnalando, ossia che il concetto di rappresentanza esclusiva per il rilascio del consenso informato, posto esattamente agli antipodi della ritenuta impossibilità di affidare a ruoli vicari il compimento di un atto personalissimo, non può assumere una natura squisitamente sostitutiva, come accade per i negozi a contenuto patrimoniale, ma subisce una particolare torsione e conformazione ermeneutica ed applicativa, imposta dalla funzione di cura della persona, che richiede la costante promozione del soggetto cui è riferita e la considerazione della sua dignità<sup>39</sup>.

Salva la possibilità della richiesta tempestiva di nomina di un amministratore di sostegno per la persona con limitata autonomia che di questa figura è priva, riemerge al fine l'interrogativo anche sul possibile ruolo dei c.d. protettori naturali, ossia i familiari, parenti, conviventi, soggetti privi di qualsivoglia potere formale ma prossimi al paziente malato. In tali casi la responsabilità si appunterà interamente sul medico, il quale, una volta valutato, proprio con la mediazione di persone prossime al paziente, quale sia il *modus operandi* più idoneo al perseguimento del suo interesse, è tenuto ad assumere la decisione finale, con tutti i possibili vantaggi per il malato ma anche con tutti i rischi sull'attività del sanitario che ciò comporta<sup>40</sup>.

## 7. Un tentativo di sintesi

Queste sbrigative riflessioni su un tema che avrebbe meritato di essere analizzato più estesamente non esimono da un abbozzo di conclusione.

Ritornando ad un profilo più generale, la questione del rapporto tra la volontà del beneficiario e quella del suo amministratore (ormai divenuto, per il compimento di atti personali, una sorta di rappresentante *sui generis*) dovuta all'esigenza di salvaguardare l'autonomia del primo, crea nuove incertezze nella disciplina della misura di protezione.

Secondo la prevalente opinione, gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione dell'obbligo di tenere conto delle aspirazioni e dei bisogni dell'amministrato e di fornirgli tempestiva informazione *ex art. 410 comma 2° c.c.* sarebbero forieri di una responsabilità del primo nei confronti del secondo, ma la violazione dei diversi intenti o addirittura il dissidio tra amministratore e beneficiario non avrebbero rilevanza esterna tale da inficiare la validità dell'atto compiuto, pena un contraccolpo alla certezza dei traffici che più voci hanno ritenuto "devastante".

Ferma restando dunque la salvaguardia della posizione dei terzi, a meno di non voler aderire a dottrina controcorrente<sup>41</sup>, il ripensamento della categoria degli atti personalissimi non consente di rinvenire una soluzione uniforme, uno statuto per così dire standard, magari di segno contra-

<sup>38</sup> Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corriere giuridico*, 2020, 18, con nota critica di CARUSI 2020.

<sup>39</sup> Secondo FERRANDO 2009, 283, quando si ha riguardo alla cura della persona da parte del tutore, non viene in rilievo «un potere di rappresentanza in senso tecnico, non solo per il fatto che si esplica in ambiti in cui la rappresentanza è esclusa, ma anche (e di conseguenza) per il modo in cui i relativi poteri si esercitano. In relazione alla cura della persona, il tutore non ha un autonomo potere di decisione (sia pure finalizzato al perseguimento dell'interesse del rappresentato e per questo talvolta soggetto a controllo giudiziale: art. 374 ss. c.c.)».

<sup>40</sup> BUGETTI 2019, 128.

<sup>41</sup> GORGONI 2012, specie 32 ss., riconduce la posizione del beneficiario al contesto dell'incapacità legale, sia pure con intenti protettivi, applicando di conseguenza il regime dell'annullabilità degli atti anche per la violazione dei doveri informativi dell'amministratore.

rio a quella in uso in passato, quando l'atto personalissimo non fuoriusciva dal dualismo possibilità/impossibilità di compimento, in base alla presenza o all'assenza della capacità (esclusiva) del suo autore.

Riprendendo ad esempio l'ipotesi dell'incapacità di testare, di fronte all'assenza di indicazioni contenute nel decreto di nomina, i giudici di merito si stanno orientando verso l'esclusione delle limitazioni di capacità previste per gli interdetti dall'art. 591 c.c., autorizzando, con valutazione caso per caso, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno a fare testamento. La regola applicativa che si va affermando non è dunque quella della incapacità di testare, ma neppure quella della piena capacità, le uniche conosciute, per l'appunto, per gli atti personalissimi, ma un meccanismo affine a quello dell'assistenza e dell'autorizzazione giudiziale previste per gli atti di straordinaria amministrazione del patrimonio degli incapaci, che si accosta alla valorizzazione della capacità naturale.

Quel che è certo è che non si può pensare di impiegare, per sistemare la categoria, lo strumentario proprio del diritto patrimoniale, come la distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione (o schemi classici quali il mandato e la procura<sup>42</sup>), anche se non può tacersi che la distinzione tra una vulnerabilità che si biforca nettamente tra la sfera patrimoniale e quella più propriamente personale può apparire oggi incrinata dalla crescita di un mercato nel quale il consenso al trattamento dei dati personali (appartenente certamente alla categoria degli atti personalissimi, almeno in senso lato) assume di frequente la natura di un atto di cessione solo apparentemente gratuito in cambio di sconti o di servizi.

Forse neppure appare necessario discutere se l'amministratore di sostegno, quando riporta la volontà del beneficiario, operi quale *nuncius* o quale *procurator*: dovendosi fare interprete degli intendimenti più intimi, delle convinzioni personali e dovendo salvaguardare la dignità del soggetto vulnerabile, la sua attività si colloca su un piano diverso da quello in cui stanno entrambe le predette figure. Com'è stato osservato<sup>43</sup>, posto che un ruolo determinante è sicuramente assunto dal decreto di nomina, più importante diviene individuare che cosa dovrà essere valutato in sede autorizzatoria e come dovrà essere operata questa valutazione, che avrà necessità di parametrarsi alla capacità di espressione di un soggetto che capace non è.

Anche per questi motivi, i contorni della figura e in particolare il ruolo svolto dall'amministratore di sostegno di fronte agli atti personalissimi del beneficiario sembrano destinati a rimanere frastagliati, secondo le convenienze operative proprie di ogni singola disciplina<sup>44</sup>.

La normativa in tema di opzioni terapeutiche, che riconosce espressamente la rappresentanza e l'assistenza nell'ambito delle scelte personali, genera per esempio soluzioni inidonee ad essere esportate nel campo degli atti a rilevanza personale diversi dalla cura della salute. Così, se nell'esprimere il consenso informato il beneficiario può essere assistito o guidato dal suo amministratore di sostegno, maggiore prudenza deve essere adottata di fronte al consenso matrimoniale. Se al beneficiario non è preclusa la capacità di sposarsi, come sostenuto da parte della dottrina e dalla giurisprudenza anche di legittimità, la celebrazione del matrimonio (e oggi, deve aggiungersi, la costituzione di un'unione civile), diversamente da quanto è emerso in singolari decisioni giudiziarie, dovrà escludere la compartecipazione di terzi, salva la possibilità della previa formazione di una volontà del beneficiario – anche tramite l'operato dell'amministratore – che possa dirsi sufficientemente piena e liberamente espressa per giustificare l'assunzione del vincolo<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> ZATTI 2019, 32, critica la sufficienza di tali schemi per comprendere la posizione del fiduciario.

<sup>43</sup> RIZZUTI 2018b, 261.

<sup>44</sup> Ha fatto discutere gli studiosi la tesi secondo la quale, con riguardo all'amministrazione di sostegno, sarebbe possibile un'attività di assistenza con riguardo agli atti personalissimi, da intendersi come attività di ausilio e di aiuto nel processo di autodeterminazione: BALESTRA 2005, 669.

<sup>45</sup> I tormenti della dottrina al riguardo emergono con evidenza in BASINI 2020, 72.

## 8. Fatiche dell'interprete e approcci "eclettici"

Il panorama sinteticamente esposto rivela, di fronte a questo pullulare di questioni, la fatica dello studioso, al quale si presentano interrogativi di non poco momento.

Il primo è il seguente: quale approccio può essere impiegato per affrontare queste tematiche?

Si crede di potere rispondere con queste parole: un approccio consapevolmente e seriamente "eclettico". Di fronte al tratto lapidario della risposta si impone un chiarimento terminologico. La necessità di adottare una visuale eclettica non comporta affatto la rinuncia alla guida di precisi indirizzi interpretativi e men che meno il rigetto della rete di principi e di regole, ma significa imboccare un approccio duttile, adatto alle peculiarità di ogni singolo caso e dunque necessariamente rinunciatario di soluzioni generalizzanti.

La vulnerabilità è reale, è concreta, è concetto sostanziale e per essa le soluzioni sono da ricercare nelle pieghe e a volte nella drammaticità di ciascun singolo caso.

L'interprete deve però essere convinto del ruolo significativo del diritto per la considerazione della vulnerabilità e quindi per la tutela dei soggetti vulnerabili. Come si è già scritto in altre pagine<sup>46</sup>, non già perché il debole è il soggetto che si affida al diritto per affermare le ragioni della propria esistenza, ma perché al diritto è delegata la difesa delle conquiste ottenute, l'impedimento dei ritorni all'indietro, la sanzione delle evasioni. Mai supporre che i soggetti più deboli e vulnerabili «possano avanzare nella società odierna per forza propria, farcela da soli [...] senza una rete di precetti che obblighi (chi di dovere) a occuparsi di loro»<sup>47</sup>. Lo *slogan* – per riprendere le sollecitazioni da più parti avanzate – potrebbe dunque essere «più diritto per la vulnerabilità». Da qui, l'opportuno superamento di anomie, come quelle che hanno riguardato i pazienti in stato vegetativo o i soggetti che immaginavano come regolare la loro futura disabilità, a lungo privati di specifiche forme di possibilità di espressione della loro autodeterminazione.

Il secondo interrogativo è il seguente: quale tipo di diritto raccoglie al meglio le istanze di tutela provenienti dai soggetti vulnerabili e può realizzare una loro protezione dotata di effettività?

Le vie potrebbero essere molteplici: se si guarda alla latitudine delle norme, si potrebbe additare la strada del diritto comune, rammodernato dalla considerazione delle esigenze in primo luogo personalistiche o, *a contrario*, quella di un diritto speciale, "altro", in certo senso "diverso"; se si pone mente ai caratteri strutturali delle norme il cammino potrebbe essere verso un diritto rigido, composto da norme di stretta interpretazione o, viceversa, potrebbe andare incontro a un diritto flessibile, ancorato a clausole e a concetti generali, modellati dal giudice. Puntando l'attenzione sulla vocazione delle regole, a un diritto di matrice protettiva/paternalistica, con intenti caritatevoli, potrebbe essere preferito un diritto che rifiuta le durezza custodialistiche del passato.

Di fronte alla concreta esperienza, il frastagliato scenario applicativo ha già rivelato la fallacia di alcune strade intraprese. Non pare funzionare la tecnica dell'"iperprotezionismo legislativo", che rischia di sortire effetti non voluti, condannando i soggetti da tutelare ad un'emarginazione strutturale e così originando nuove discriminazioni al contrario. Neppure appare congeniale la tecnica dello "statuto differenziato", che considera il diritto dei soggetti vulnerabili come diritto dei diversi: la loro sottrazione al diritto comune, sebbene in funzione protettiva, rischia di farli scivolare pericolosamente verso la "diversità escludente", con la quale alla concessione – non di rado apparente – di più adeguate soglie di protezione fa da contraltare la sottrazione di diritti riconosciuti alla generalità o alla categoria più generale di riferimento, che viene suddivisa al suo interno per disabilità più specifiche. Ma anche la tecnica della moltiplicazione delle categorie, sia pure nella rinnovata veste, non sempre è consona alle finalità ultime di tutela dei soggetti fragili e vulnerabili: più si gremisce la cerchia di questi, più si affacceranno nuove figure che reclame-

<sup>46</sup> POLETTI 2014, 978.

<sup>47</sup> CENDON 1994, 487.

ranno riconoscimento normativo e le residue situazioni di quasi-disabilità, di disagio (a partire, per esempio, dai disturbi di apprendimento) cercheranno inutilmente o con difficoltà protezione negli spazi interstiziali del sistema.

La complessità delle situazioni di vulnerabilità richiede una protezione complessa, attenta alle specificità di volta in volta da considerare, calibrata sulle diverse condizioni dell'esistenza e sulla individuazione dei bisogni. Non esistono regole di stampo omogeneo per la tutela della diversità e nemmeno sussiste, per queste regole, una unicità di fonte, certamente non identificabile in un positivismo di stampo legalista. In alcuni casi sono richieste regole rigide, che si affidano alla proibizione; a volte si sono rese necessarie regole più plasmabili, come ha dimostrato la disciplina dell'amministrazione di sostegno.

Se la denunciata complessità spinge verso l'adozione di regole differenti per tutele più efficaci e mirate, la dimensione relazionale e composita della stessa sorregge al contempo altre consapevolezze. La prima è che al giurista sia richiesto, per così dire, un *surplus* di attenzione nell'osservazione costante di soluzioni rinvenute e ritenute a suo tempo adatte allo scopo. Un'ulteriore consapevolezza è che ciascuna delle tecniche adottate per la tutela della debolezza può rischiare, da sola, di non raggiungere in maniera adeguata l'obiettivo prefissato.

Affiora da tutto questo un diritto laborioso, nel quale il disancoramento dalla sicurezza formalistica ma confortante delle vecchie categorie accresce l'importanza del ruolo dell'interprete, come già si è più volte accennato, ma cambia anche il ruolo dei professionisti che operano nel contesto in analisi. Così, i magistrati non intervengono quali risolutori di conflitti, ma quali amministratori di interessi privati meritevoli, in maniera ben più incisiva e soprattutto partecipe alla vita del soggetto da proteggere di quanto facessero in precedenza per le tutele e le curatele, dovendosi sempre più spesso confrontare con il protettore e il protetto. Gli avvocati stanno assumendo nella pratica con sempre maggiore frequenza incarichi di amministratori di sostegno, perdendo il loro ruolo "esterno" di difensori per assumere una funzione che, per la sua natura collaborativa, è decisamente lontana dal vecchio «ufficio di diritto privato». I notai, per loro parte, sono richiesti di verificare la volontà del beneficiario che si presenti loro (ad esempio, nella veste di testatore) e sono chiamati a denegare all'occorrenza il proprio ufficio, acquisendo compiti quasi pubblicistici. I medici devono garantire il corretto ed effettivo svolgimento del processo decisionale e devono assicurarsi se il soggetto privo in tutto o in parte di autonomia abbia avuto la possibilità di incidere in questo processo, con la difficoltà di comprendere quando la volontà manifestata dalla persona vulnerabile sia espressione del suo specifico orientamento esistenziale o sia determinata da possibili fattori esterni.

L'"altro" diritto che si prospetta per i soggetti con ridotta autonomia presuppone quindi un modo diverso di guardare alle regole giuridiche, adattandole alle specificità di ciascuna tipologia di deboli o vulnerabili, differenziandole per consentire ripristini di opportunità o cancellazione di esclusioni di partenza, piegandole finanche alle esigenze del singolo. Questa operazione postula soprattutto un nuovo modo di raccordare le regole ai principi, nella piena consapevolezza che non esista un solo modello atto a raffigurare tale rapporto.

Per raggiungere tali risultati sono sicuramente necessarie letture costituzionalmente orientate delle norme, che vedono nel rispetto della dignità umana (rimettendo al centro di tutto ancora la persona) il punto cardinale. Nel confronto con i principi posti dalla Carta fondamentale, che penetrano nel diritto (e in quello privato, primo terreno pronto a cogliere le innovazioni della realtà sociale) attraverso le interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme e le clausole generali "concretizzate", l'attenzione riposta nei confronti della fragilità, della vulnerabilità, della debolezza ha delineato chiaramente la specificità/novità nell'atteggiamento del giurista verso le "inferiorità". Emerge da ciò la figura del "diverso" come soggetto non solo da assistere ma, in primo luogo, da rispettare nella sua sfera di limitata capacità, in un percorso che si muove dalla protezione alla promozione. In questa direzione, la considerazione della vulnerabilità non può più essere agganciata alla diversità da isolare, quasi da ghettizzare in un'esclusione pur giustifi-

cata dallo scopo protettivo, ma si ammanta di una funzione di carattere più propriamente promozionale, diretta ad incentivare l'integrazione.

La grande lezione della Costituzione e delle Carte sovranazionali compie il suo trasferimento nel diritto dei privati, preparato dagli sforzi profusi in questa direzione dalla dottrina più sensibile. E se l'istanza solidaristica è centrale nella tutela dei soggetti disabili e, più in generale, vulnerabili<sup>48</sup>, essa, per operare efficacemente, ha bisogno di saldarsi strettamente alla dignità. Proprio questa emerge come il baluardo ultimo e irrinunciabile, il solo opponibile alla crisi generale dei valori, alla recrudescenza di violenze, alla forza dei poteri economici e alla globalizzazione dei mercati che spingono verso un ritorno all'indietro, creando instabilità, insicurezze e "prosciugamento" di diritti. La dignità, "super-principio costituzionale"<sup>49</sup>, rappresenta il "valore-sommo" da difendere: essa conduce in definitiva oltre lo schema dell'eguaglianza, perché «dà evidenza ad un sistema di relazioni, al contesto in cui si trovano i soggetti dell'eguaglianza»<sup>50</sup>. Nel concetto di dignità è distillata la proiezione sul piano giuridico della condizione materiale, della verità delle situazioni e dei rapporti, che costituisce il tratto comune – se al fine questo si voglia trovare – del diritto della vulnerabilità.

<sup>48</sup> Esempari al riguardo le seguenti parole di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748: «il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza».

<sup>49</sup> BUSNELLI 2004, 548.

<sup>50</sup> RODOTÀ 2010, 555.



## Riferimenti bibliografici

- ANELLI F. 2004. *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 175 ss.
- ANELLI F. 2008. *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*, in «Famiglia e diritto», 3, 2008, 280 ss.
- BALESTRA L. 2005. *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in «Famiglia», 4-5, 2005, 659 ss.
- BALESTRA L. 2006. *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno ed interdizione*, in «Famiglia», 2, 2006, 366 ss.
- BASINI G.F. 2020. *Sulla separazione e sul divorzio della persona priva della capacità di agire*, in «Famiglia e diritto», 1, 2020, 71 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI U. 1987. *Diritto civile. I. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, Utet.
- BONILINI G. 2014. *La consistenza del patrimonio quale possibile criterio per la scelta fra amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in «Famiglia e diritto», 12, 2014, 1119 ss.
- BONILINI, G. 2019. *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, in «Famiglia e diritto», 8-9, 2019, 745 ss.
- BONILINI L., CHIZZINI G. (eds.) 2007. *L'amministrazione di sostegno*, Padova, CEDAM.
- BUGETTI M.N. 2019. *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in «Rivista di diritto civile», 65, 1, 2019, 106 ss.
- BUSATTA L. 2016. *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in CORTESE F., TOMASI M. (eds.), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Trento, Università degli Studi di Trento, 335 ss.
- BUSNELLI F.D. 2004. *L'inizio della vita umana*, in «Rivista di diritto civile», 50, 4, 2004, 534 ss.
- BUSNELLI F.D. 2017. *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in ID., *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, Pacini Giuridica, 239 ss.
- CACACE S. 2019. *Il trattamento sanitario su minore o incapace: il miglior interesse del paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza*, in FOGLIA M. (ed.), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, Pacini Giuridica, 71 ss.
- CARUSI D. 2020. *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, in «Corriere giuridico», 1, 2020, 17 ss.
- CENDON P. 1994. *Verso un nuovo diritto dei soggetti deboli*, in «Politica del diritto», 1994, 484 ss.
- DI ROSA G. 2019. *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in «Responsabilità medica», 1, 2019, 49 ss.
- DICIOTTI E. 2018. *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Ars Interpretandi», 2, 2018, 13 ss.
- DONADIO G. 2011. *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 27, 2, 2011, 79 ss.
- FERRANDO G. (ed.) 2005. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, Giuffrè.
- FERRANDO G. 2009. *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in «Famiglia e diritto», 3, 2009, 277 ss.
- GIOLO O., PASTORE B. (eds.) 2018. *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carrocci.
- GIORGIANI L. 2016. *Morte dell'incapace e impugnazione del matrimonio da parte degli eredi*, in «Famiglia e diritto», 4, 2016, 352 ss.
- GORGONI A. 2012. *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, CEDAM.

- LANDINI S. 2012. *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 28, 9, 2012, 782 ss.
- PALMERINI E. 2017. *Atto della vita quotidiana*, in *Enciclopedia giuridica. Annali*, X, Milano, Giuffrè, 83 ss.
- PATTI S. 2006. *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*, in «Famiglia, persone e successioni», 2, 2, 2006, 139 ss.
- PICCINNI M. 2018. *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 34, 7-8, 2018, 1118 ss.
- POLETTI D. 2014. *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia giuridica. Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 962 ss.
- PRISCO I. 2018. *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, ESI.
- REICH W.T. 2002. *Dai principi alle persone: evoluzione (necessaria) della bioetica*, in «Janus», 2002, 9 ss.
- RIZZUTI M. 2018a. *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in «Diritto e salute», 4, 2018, 166 ss.
- RIZZUTI M. 2018b. *Capacità testamentaria e amministrazione di sostegno*, in «Diritto delle successioni e della famiglia», 4, 1, 2018, 254 ss.
- RODOTÀ S. 2010. *Antropologia dell'“homo dignus”*, in «Rivista critica del diritto privato», 28, 4, 2010, 547 ss.
- RUSSO R. 2010. *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in «Famiglia e diritto», 3, 2010, 289 ss.
- SESTA M. 2007. *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in «Famiglia e diritto», 1, 2007, 31 ss.
- VENCHIARUTTI A. 2008. *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 24, 1, 2018, 100 ss.
- VESTO A. 2017. *La ludopatìa: il pendolo del rimedio tra incapacità ed equilibrio*, in «Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario», 4, 2017, 1419 ss.
- ZATTI P. 1982. *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in RESCIGNO P. (ed.), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, UTET, 101 ss.
- ZATTI P. 2019. *Cultura della relazione e linguaggi normativi*, in «Responsabilità medica», 1, 2019, 29 ss.