



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO

DIPARTIMENTO DI ECONOMIA, SOCIETÀ, POLITICA - DESP

Corso di Dottorato di Ricerca in Economia, Società, Diritto

Curriculum:

*Diritto – Sviluppo, Diritti dell’Uomo, Diritti Sociali Fondamentali  
e Formazioni Sociali*

Ciclo XXX

---

TESI DI DOTTORATO

ATTI PERSONALISSIMI  
E FUNZIONI DEL POTERE RAPPRESENTATIVO

SSD: IUS/01 Diritto Privato

Relatore: Chiar.mo Prof.  
PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA

Dottorando: Dott.ssa  
IRENE SFORZA

Correlatore: Chiar.ma Prof.ssa  
MARILENA GORGONI

---

Anno Accademico 2016-2017

# INDICE

---

INTRODUZIONE .....	2
CAPITOLO I	
CAPACITÀ E ATTI PERSONALISSIMI.....	5
1. Nozioni generali di una voce polisemica e prospettive di cambiamento della capacità della persona .....	5
2. Gli atti cc.dd. personalissimi: introduzione all'analisi di una categoria .....	17
2.1 Segue. Il profilo statico di studio: nozione e morfologia dell'atto personalissimo .....	19
2.2 Segue. Il profilo dinamico di studio: il mutevole atteggiarsi dell'atto personalissimo.....	26
3. L'intervento sostitutivo del rappresentante legale. Fonte e modalità di esercizio .....	28
4. La valorizzazione della volontà residua ovvero la capacità (espansa) di gestire in autodeterminazione i propri interessi.....	32
CAPITOLO II	
CONSENSO ALL'ATTO MEDICO E SCENARI DI FINE VITA: LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA L. 219/2017 .....	35
1. <i>Ante scriptum</i> .....	35
2. Un'introduzione al problema giuridico del consenso all'atto medico. Il caso del paziente capace: l'art. 1 della l. 219/2017 .....	37
3. Il consenso all'atto medico di minori e incapaci: l'art. 3 della l. 219/2017.....	49
4. Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario.....	62
CAPITOLO III	
IL MATRIMONIO E LO SCIoglIMENTO DEL VINCOLO CONIUGALE .....	70
1. Il matrimonio.....	70
2. La crisi del matrimonio. Separazione e divorzio.....	77
CAPITOLO IV	
CONFINI MOBILI PER L'ACCESSO ALLA CITTADINANZA DELLO STRANIERO INCAPACE.....	85
1. Introduzione. Quadro normativo e riflessioni generali sulla "capacità di volere" la cittadinanza .....	85
2. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla legittimazione del rappresentante legale in materia di cittadinanza sino alla sent. cost. 258/2017 .....	89
3. Un commento alla sentenza della Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258 .....	93
CONCLUSIONI .....	97
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	100

## INTRODUZIONE

La presente ricerca si pone l'obiettivo di una organica rivisitazione della tradizionale categoria dei cc.dd. *atti personalissimi* operata attraverso l'esegesi della nozione di capacità di agire, e avuto particolare riguardo alle *situazioni giuridiche esistenziali del maggiorenne incapace*. L'indagine è sollecitata dalla considerazione che un sistema di diritto civile costituzionalmente orientato dovrebbe apprestare i mezzi per promuovere e sviluppare la personalità *anche* dei soggetti più vulnerabili, nell'ottica precipua di una valorizzazione delle differenze e delle diversità, nonché nel rispetto del pieno sviluppo della persona umana (ex artt. 2 e 3 Cost.). Non si è potuto non constatare che una maggiore attenzione verso il soggetto incapace, le sue esigenze ed aspirazioni, ha indubbiamente ispirato la più recente legislazione e le scelte della giurisprudenza più garantista, che, individuando talora più spiccate forme di autodeterminazione, è sembrato in vario modo contribuire, l'uno e l'altro fattore, ad una radicale evoluzione della nozione di incapacità: da momento essenzialmente "statico" a procedimento "dinamico" utile alla acquisizione della capacità piena e quindi del complesso di diritti ed obblighi ad essa necessariamente inerenti. In questa prospettiva si cerca, altresì, di dare un contributo nel chiarire il regime di compatibilità tra le *situazioni giuridiche soggettive di natura strettamente personale*, cui gli atti personalissimi tipicamente afferiscono, e l'istituto della *rappresentanza necessaria o legale*. Occorre, in altre parole, interrogarsi sulla predicabilità di un meccanismo come quello della sostituzione giuridica a fronte dei confini – invero piuttosto labili - lasciati immutati dal sistema di tutele generalmente apprestato dalla legge per la cura degli incapaci.

In effetti, il problema della sostituzione nell'esercizio dei diritti della personalità, con il richiamo al regime giuridico degli atti personalissimi, è emerso con tutta evidenza in svariate decisioni giurisprudenziali. Al riguardo, gli inconvenienti probabilmente legati alla non sufficiente meditazione sulle differenze tra "atti" e "diritti" personalissimi sono particolarmente evidenti in quei provvedimenti che, nel dichiarare inammissibili le richieste poste in essere dai rappresentanti legali di soggetti incapaci, di fatto finiscono col riconoscere forme

di “incapacità speciale”, indipendentemente dall’esistenza di una norma di dettaglio che ratifichi il divieto alla rappresentanza legale. Si impone quindi la necessità per l’interprete di individuare una soluzione a questo problema che si ponga in termini di congruenza logica con il sistema.

La ricerca ha vagliato due distinte aree di indagine, riassumibili schematicamente in una parte generale ed una parte speciale.

Nell’ambito della prima, muovendo dalle maglie della teoria generale del diritto, è sembrato più funzionale e coerente all’impostazione generale del tema scindere l’analisi in due distinti profili, l’uno, pensato come un “profilo statico”, dedicato alla nozione e alla morfologia, più o meno costante, dell’atto personalissimo; l’altro, invece, un “profilo dinamico” che ricostruisce l’atto personalissimo nel suo mutevole atteggiarsi, ossia alla stregua di alcuni ben precisi parametri di riferimento, individuati nel criterio del vantaggio e del pregiudizio, e nel criterio dell’alterità dell’interesse sotteso all’atto. Ci si è pertanto chiesti se della categoria degli atti personalissimi sia possibile individuare degli elementi morfologici costanti, in modo da tracciarne una definizione valida oltre i singoli casi previsti dalla legge, o se, al contrario, la fisionomia dell’atto sia destinata a rimanere frastagliata, secondo le convenienze operazionali proprie a ciascuna disciplina. Opzione, quest’ultima, che pare prevalere.

La parte speciale, destinata ad un approccio più casistico, si propone di applicare – saggiandone la validità – le osservazioni di ordine generale elaborate nella prima parte ad alcuni specifici atti a contenuto personale.

La scelta è ricaduta, anzitutto, sull’ipotesi del consenso all’atto medico dell’adulto incapace.

Il riconoscimento del fatto che le decisioni relative alla salute sono di particolare rilievo rispetto all’esplicazione della personalità del paziente, rimanda, infatti, nel caso dell’adulto incapace, a due esigenze non sempre convergenti: da un lato quella di garantire allo stesso ampi spazi di autonomia su scelte esistenziali, dall’altro quella di proteggere un soggetto con ridotta o assente autonomia decisionale. A queste e ad altre esigenze offre oggi risposta la l. 22 dicembre 2017, n. 22 recante *Norme in materia di consenso informato e*

*disposizioni anticipate di trattamento*. Oggetto di approfondimento sono state in particolare le ipotesi del consenso del paziente capace (art. 1) e del consenso di minori e incapaci (art. 3), nonché del ruolo in questi casi destinato al rappresentante, ovvero al cd. fiduciario per la salute la cui investitura può ora essere disposta mediante una dichiarazione preventiva di cura (art. 4).

A seguire, al centro della ricerca si colloca l'istituto del matrimonio e la crisi del rapporto coniugale, il cui "codice di rito" va interpretato - o reinterpretato - alla luce della condizione di vulnerabilità, fisica o psichica, che può riguardare uno dei coniugi. In proposito si è discusso della idoneità della persona incapace a svolgere la sua personalità in una dimensione affettiva e familiare. Si è posto l'accento sulla differente disciplina prevista dal codice con riferimento alla posizione dell'interdetto rispetto a quella del beneficiario di amministrazione di sostegno; ed ancora si è messo in evidenza il ruolo sostitutivo che il rappresentante legale può rivestire nelle ipotesi di scioglimento del matrimonio.

Da ultimo, si è affrontata la questione dell'accesso alla cittadinanza da parte dello straniero disabile. Al centro della trattazione si è posta la sentenza n. 258/2017 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, della l. 91/1992, nella parte in cui non esclude dalla prestazione del giuramento l'incapace non in grado di renderlo per una grave ed accertata condizione di disabilità, riconoscendo in sostanza che non si può pretendere il giuramento quale condizione per l'acquisto della cittadinanza italiana, qualora la persona interessata sia affetta da incapacità. L'indirizzo impresso dalla sentenza è stato poi adoperato per riflettere su due temi: il requisito di capacità occorrente per esprimere una valida dichiarazione di volontà in tema di cittadinanza, e la possibile legittimazione (sostitutiva) del rappresentante legale nelle procedure di acquisto dello *status civitatis*.

# CAPITOLO I

## CAPACITÀ E ATTI PERSONALISSIMI

SOMMARIO: 1. Nozioni generali di una voce polisemica e prospettive di cambiamento della capacità della persona; 2. Gli atti cc.dd. personalissimi: introduzione all'analisi di una categoria; 2.1 Segue. Il profilo statico di studio: nozione e morfologia dell'atto personalissimo; 2.2 Segue. Il profilo dinamico di studio: il mutevole atteggiarsi dell'atto personalissimo; 3. L'intervento sostitutivo del rappresentante legale. Fonte e modalità di esercizio; 4. La valorizzazione della volontà residua ovvero la capacità (espansa) di gestire in autodeterminazione i propri interessi.

### *1. Nozioni generali di una voce polisemica e prospettive di cambiamento della capacità della persona*

Qualche anno fa in una lucida ricognizione sulla *Capacità in genere*, autorevole dottrina formulava a conclusione del suo denso saggio una severa constatazione e insieme una persuasiva suggestione, lasciando quasi sospeso verso un futuro percepito ancora in forte evoluzione il suo giudizio finale: “La storia più recente della capacità” – scriveva – “è la storia della progressiva frantumazione di un ordinato sistema normativo, chiaro nei fini e coerente nella tutela degli interessi. Quando i fini mutano, anche se solo in parte, e quando gli antichi interessi devono conciliarsi con i nuovi che emergono, l'interprete è posto di fronte ad una difficile alternativa. Continuare a inseguire la certezza e mantenere l'ordine, tentando di non dimenticare (ma spesso sacrificando) i nuovi fini e i nuovi interessi” – ovvero – “Battere vie nuove anche se più rischiose, nella speranza che i valori del sistema e i principi costituzionali consentano al giudice di ben interpretare il difficile ruolo di protagonista del diritto vivente, salvando dall'antico ordine il rigore concettuale ed il metodo necessari al nuovo”<sup>1</sup>.

Ebbene sembra che i tempi siano sufficientemente maturi per accogliere quell'invito e provare a dipanare “ordinatamente” le implicazioni di cui quella suggestione pareva essere già assai gravida. L'esigenza d'ordine – si vuol qui osservare – deve accompagnare il giurista che intenda rispondere alla

---

<sup>1</sup> BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile* (Camerino 28 maggio – 2 giugno 1990), Napoli, 1993, 98.

sollecitazione dell'illustre autore ma, considerando le successive linee di sviluppo, non può che indirizzarsi verso la seconda delle due opzioni preconizzate. La ricognizione a cui si è fatto accenno in apertura riprendeva ampiamente una delle più importanti e raffinate analisi della capacità della persona accolte dalla nostra letteratura giuridica, schematizzata da Angelo Falzea<sup>2</sup>, al quale va tributato il merito, attualissimo, di averci consegnato, in pagine di sorprendente avanguardia, non solo il valore di fondo del sistema dei fenomeni giuridici – costituito dal soggetto stesso, o meglio la persona – ma anche di avere tramandato, sia pure ancora *in nuce*, una visione prospettica del cammino dell'uomo “dall'indifferenziata eguaglianza della mera soggettività” a quel patrimonio di “condizioni personali e scelte che” – come dice Busnelli – “aprono e chiudono la via a singoli settori e strumenti normativi”<sup>3</sup>.

Per Falzea l'uomo entra a far parte della vita del diritto in virtù di un riconoscimento costitutivo da parte dell'ordinamento<sup>4</sup>, e tuttavia non in posizione subalterna né di mera sudditanza, bensì in funzione egemone, organica e globale, e cioè quale “punto di convergenza di tutti i fenomeni giuridici”<sup>5</sup> e centro di confluenza unitario di tutte le norme che compongono un determinato sistema di diritto positivo. In altre parole l'uomo fa il suo ingresso nella vita del diritto in quanto potenziale portatore di tutti i possibili interessi di cui è intessuta e nutrita la vita e l'esperienza umana<sup>6</sup>, “bisogni e necessità, aspirazioni e ideali... che pretendono di non restare fatti privati dell'individuo”<sup>7</sup>. Questa sofisticata

---

<sup>2</sup> A celebrare l'insegnamento del Maestro messinese e la sua “*cultura animi*” – secondo la definizione datane da Giorgio Oppo -, si ricordino: AA.VV., *Giornate in onore di Angelo Falzea (Messina 15-16 febbraio 1991)*, Giuffrè, Milano, 1993; OPPO G., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in SCALISI V. (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di Studio in onore del Prof. Angelo Falzea (Messina 4-7 giugno 2002)*, Giuffrè, Milano, 2004, 319 ss; AA.VV., *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa. Convegno Internazionale di Studi (Messina 28-30 settembre 2005)*, in SCALISI V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007; AA.VV., *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona. Atti del Convegno di Reggio Calabria (7-8 ottobre 2008)*, in TESCIONE F. (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, (v. - nell'ambito della sezione prima - soprattutto i contributi di Gorassini A., Rescigno P., Busnelli F.D e Giardina F.); più recentemente, invece, “*L'opera di Angelo Falzea*”. *Atti del Seminario di Studio svolto nell'Università di Reggio Calabria (11 febbraio 2017)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 967 ss., (ivi ai fini del presente studio cfr., su tutti, i contributi di Navaretta E., Bianca C.M., Scalisi V.).

<sup>3</sup> BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, cit., 95.

<sup>4</sup> FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 68.

<sup>5</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 70.

<sup>6</sup> FALZEA A., *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 487.

<sup>7</sup> FALZEA A., *op. loc. ult. cit.*

ricostruzione trova una mediazione positiva nell'ambito delle prime due disposizioni del Titolo I del Libro I del Codice civile (intitolato "*Delle persone fisiche*"), ove sono fissate in astratto le condizioni di agibilità giuridica della persona fisica<sup>8</sup>, alla quale è conferita, rispettivamente, - al momento della nascita - la capacità giuridica (art. 1 c.c.), e - al raggiungimento della maggiore età - la capacità di agire, ossia la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa (art. 2 c.c.).

---

<sup>8</sup> La letteratura, al riguardo, è amplissima. Un quadro dei contributi più significativi non può tuttavia prescindere dai seguenti riferimenti: v. ALPA G. – ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Giuffrè, Milano, 1996; ALPA G. – RESTA G., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2006; BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1958; BESSONE M. – FERRANDO G., *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983; BIANCA C.M., *Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2002; BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1987; BUSNELLI F.D., *Il diritto delle persone, in I cinquant'anni del codice civile. (Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992)*, I, 1993; CATERINA R., *Le persone fisiche*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2016; DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu – Messineo*, IV, Giuffrè, Milano, 1982; DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, II, 1, Utet, Torino, 1939; DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Utet, Torino, 1982, (2 ed., 1999); ID., *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Giappichelli, Torino, 2014; DOGLIOTTI M. – FIGONE A., *Le persone, I, Persone fisiche*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, Torino, 2000; FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; FERRARA F., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941; GANGI C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; GIARDINA F., *Le persone fisiche*, in *Trattato Lipari – Rescigno*, I, 1, Giuffrè, Milano, 2009; ID., *Delle persone fisiche*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile, Delle persone*, Utet, Torino, 2012; FERRARA F., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941; LIPARI N. (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974; LISELLA G. – PARENTE F., *Persona fisica*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; MAZZONI C., *Persona fisica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995; MAZZONI C. – PICCINNI M.A., *La persona fisica*, in IUDICA G. – ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2016; MESSINEO A., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1950; MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983; ONDEI E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Torino, 1965; OPPO G., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002; PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972; PIZZORUSSO A. – ROMBOLI R. – BRECCIA U. – DE VITA A., *Persone fisiche*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Il foro italiano, Bologna-Roma, 1988; PUGLIATTI S., *Gli istituti di diritto civile*, I, Milano, 1943; RESCIGNO P., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966; ID., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991; RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940; STANZIONE P., *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991; ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di «persona» nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Cedam, Padova, 1975; ZENO ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995; ZOPPINI A., *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

Gli artt. 1 e 2 c.c. esprimono, infatti, aspetti diversi, ma complementari, di un unico disegno: capacità giuridica e capacità di agire sono i due volti di un'unica dimensione normativa nella quale si raccordano “le fondamentali manifestazioni della soggettività giuridica”<sup>9</sup>.

La capacità giuridica è generalmente intesa come attitudine alla titolarità di diritti e obblighi giuridici<sup>10</sup>, quasi unanimemente è avvicinata (se non sovrapposta e identificata) alle nozioni di soggettività e personalità, talora giustificandosi solo intuitivamente tale assunto, secondo la “serie concettuale soggetto di diritto – persona – giuridicamente capace”, talora, per ragioni di chiarezza espositiva, sostenendosi che una distinzione tra i termini avrebbe solo una valenza nominalistica, e da ultimo, – per quanto già ricordato – argomentando che, alla base di tale similitudine, vi sarebbe un'inderogabile esigenza logica, quella cioè di assumere il soggetto giuridico come necessario punto di riferimento di un sistema di norme di condotta<sup>11</sup>.

La capacità di agire è, invece, comunemente intesa come l'attitudine di un soggetto a porre in essere atti idonei ad incidere sulle situazioni giuridiche di cui è titolare<sup>12</sup>, o più tradizionalmente individuata nell'idoneità materiale del soggetto –

---

<sup>9</sup> FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1960, 8 ss., ivi 9; anche in *Voci di teoria generale del diritto*, 3 ed., Giuffrè, Milano, 1985, 144 ss.

<sup>10</sup> FALZEA A., *Il soggetto nel sistema*, cit., 82.

<sup>11</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 13 ss. Cfr. DOGLIOTTI M., *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, cit., 10, al quale si rinvia anche per l'asciutta rassegna dei precedenti storici e dell'elaborazione del concetto di capacità giuridica. Nella manualistica, invece, su tutti v. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 121. Non è possibile in questa sede un approfondimento analitico delle questioni connesse alla contrapposizione tra teorie organiche, dominanti, e teorie atomistiche. Basti qui rammentare che l'equazione capacità giuridica – soggettività è affermata dalla teoria c.d. organica, la quale muove da una concezione del fenomeno giuridico come fatto storico-sociale che penetra nell'ordinamento attraverso la qualificazione giuridica. In questa luce, il soggetto è configurato come una fattispecie composta da un elemento materiale (il substrato materiale) e da un elemento formale (il riconoscimento formale ad opera dell'ordinamento). Tale riconoscimento fa dell'uomo un soggetto di diritto, e la capacità giuridica, in quanto qualità astratta e *a priori* di carattere generale, ne designa la posizione al centro dell'ordinamento giuridico, assumendolo, appunto, a centro-motore di tutte le norme del sistema (Nei termini ora riferiti, FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., 39 ss.). A detta visione si oppone invece l'indirizzo c.d. atomistico che - richiamandosi all'esperienza kelseniana – espelle il soggetto dal mondo del diritto e ne scompone i comportamenti così come previsti e disciplinati dalle singole norme. Per una diversa prospettiva che configura la capacità giuridica come questione strettamente attinente, oltre che alla soggettività, anche al valore della personalità e alla persona umana, in una accezione dinamica e promozionale del suo sviluppo, cfr. STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, 79 ss.; e più recentemente ID., *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato Cicu – Messineo*, II, Giuffrè, Milano, 2017, 78 ss; PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 137 ss.

<sup>12</sup> TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XXXXVI ed., Cedam, Padova, 2013, 265.

presunta però dall'ordinamento giuridico – a svolgere l'attività giuridica relativa alla sfera dei propri interessi, a compiere atti giuridici, ad assumere obblighi, o ad esercitare da sé i propri diritti<sup>13</sup>.

Da queste notazioni iniziali è possibile ricavare un primo significativo corollario. Se la capacità giuridica individua nel soggetto il punto di riferimento essenziale per l'attribuzione e l'imputazione di effetti giuridici, suggellando l'aspetto concettuale e statico della posizione del soggetto, specularmente la capacità di agire, riconoscendo nel soggetto il veicolo, l'operatore degli effetti giuridici, ne rappresenta l'aspetto funzionale e dinamico. La capacità giuridica - l'astratta titolarità - mantenuta sul solo piano concettuale non acquista alcun potere di selezione; il potere di discriminare viene invece lasciato alla capacità di agire, in quanto strumento che opera sul piano funzionale. In sintesi: tutti i soggetti sono destinatari degli effetti giuridici, in virtù del principio generale di eguaglianza (art. 3 Cost.), anche se non a tutti può essere dato di provarli<sup>14</sup>. Così intesa, la disparità di condizione, attraverso il passaggio del potere di selezione dalla capacità giuridica alla capacità di agire, cessa di essere fattore di discriminazione per diventare strumento di diversa valutazione dell'attività del soggetto, e non più della sua stessa essenza. In tal modo l'incapacità legale di agire, operando ad un livello effettuale dei fenomeni giuridici, non implica un'esclusione indiscriminata del soggetto dall'attività giuridica, bensì introduce un regime peculiare di questa attività.

È dunque nell'alveo di questa tradizione che con riferimento alla capacità legale di agire si è diffusamente avvertito il bisogno di adottare un diverso approccio o, come si è detto, un "nuovo paradigma"<sup>15</sup>. È indubbio che l'analisi della capacità di agire è stata pressoché sempre limitata al mero elemento patrimoniale. Di essa infatti si è discusso prevalentemente – se non esclusivamente – a proposito di negozio e di contratto, sì da svilirne la portata concettuale, circoscrivendone l'indagine all'individuazione dei presupposti, del

---

<sup>13</sup> RESCIGNO P., *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Utet, Torino, 1988, 209.

<sup>14</sup> BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, cit., 94.

<sup>15</sup> ZATTI P., *Oltre la capacità di intendere e di volere*, FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 49 ss. Ora anche in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano 2009, 113 ss. ivi 124 (da cui sono tratte anche tutte le successive citazioni).

contenuto, delle modifiche e dei limiti, e procedendo a delinearne i tratti essenziali “per contrappunto”<sup>16</sup>, attraverso il continuo raffronto antitetico con il concetto di capacità giuridica. Ora, com’è noto, l’istituto dell’incapacità legale di agire è stato concepito come mezzo di tutela degli interessi patrimoniali di quei soggetti esclusi dal traffico economico e dall’attività giuridica (ovvero ammessi entro certi limiti) in quanto ritenuti per la loro “infermità di mente” (o per altre cause disciplinate dalla legge) non in grado totalmente o parzialmente di provvedere in via autonoma ai propri interessi. La loro incapacitazione ed i corrispondenti poteri rappresentativi (o di assistenza) conferiti ai soggetti titolati a sostituirli (o ad assisterli) sono considerati inevitabile conseguenza delle esigenze di protezione degli incapaci, con “evidenti sfumature di protezione” del loro patrimonio “nell’interesse dei familiari”<sup>17</sup>, oltre che “strumento di protezione degli altri soggetti dell’ordinamento”, in ossequio ad un criterio di affidamento e ad esigenze di certezza dei traffici giuridici. L’intenzione del legislatore del 1942 era pertanto quella di attribuire alla capacità legale, e alla corrispondente incapacità, “un’ampia e indifferenziata valenza” e il significato di una consapevole astrazione dalla realtà concreta<sup>18</sup>. Ma la categorica e assolutizzante regola dettata dall’art. 2 c.c. si è dimostrata con il tempo “frutto della forza totalizzante del dogma più che della reale diffusione dello strumento di tutela su tutto l’arco degli istituti del codice”<sup>19</sup>.

Ancor di più vien, quindi, da domandarsi se la dimensione generale assunta dall’incapacità legale di agire, che preclude al privato la possibilità di esercitare i suoi diritti, sia ancora oggi adeguata o se non sia invece più opportuno restituire alla regola di incapacità la sua dimensione originaria (od invece: riferire alla regola di incapacità una più acconcia dimensione) di strumento diretto a consentire la miglior cura degli interessi patrimoniali dell’incapace. Si tratta, cioè, di chiedersi se esistano aspetti non più di eccezione alla regola (ammessi dalla regola stessa), bensì di irrilevanza della regola di incapacità.

---

<sup>16</sup> STANZIONE P., *Capacità e minore età*, cit., 143.

<sup>17</sup> GIARDINA F., *I soggetti individuali*, in AA. VV., *Diritto privato*, I, Utet, Torino, 2003, 93.

<sup>18</sup> BUSNELLI F.D., *Per una rilettura del “diritto delle persone” di cinquant’anni fa*, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, 102.

<sup>19</sup> GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984, 49.

Ad avvalorare un'interpretazione formalistica e letterale della disposizione dell'art. 2 c.c. potrebbe trarsi la deduzione che gli atti leciti per il cui compimento non è richiesta la normale capacità legale di agire (cioè la maggiore età, che della capacità legale è presuntivamente il presupposto naturale) sono solo quelli per i quali tale dispensa è espressamente prevista. La dottrina più sensibile ha offerto però una diversa interpretazione della norma costituzionalmente orientata e propensa, in particolare, a valorizzare la portata precettiva (e non solo programmatica) dell'art 2 Cost. di modo che l'espressa previsione di legge per eccepire alla regola generale sulla capacità legale parrebbe necessaria solo nell'ambito degli atti negoziali, specie se a contenuto patrimoniale, restandone invece sottratti gli atti di autodeterminazione della persona afferenti a interessi non patrimoniali (*rectius* esistenziali) rilevanti ai sensi del già citato art. 2 Cost., per i quali, al contrario, parrebbe necessaria e sufficiente la capacità di intendere e di volere ovvero la consapevolezza dell'atto che viene compiuto dal portatore dell'interesse<sup>20</sup>. In proposito si è ulteriormente osservato che tale opzione ermeneutica – sulla quale quasi unanimemente la dottrina si attesta – trae forza dall'idea che l'autodeterminazione non sia solo una modalità di esplicazione ovvero di gestione degli interessi ma costituisca *ex se* un diritto sostanziale nel quale è custodita la dignità della persona<sup>21</sup>. Probabilmente si tratta di una via obbligata se si muove dall'idea che la lettera dell'art. 2 c.c. sia generale solo in apparenza e che le istanze che non riesce ad accogliere la ridimensionino, riportandola al suo preciso significato storico e quindi patrimonialistico. A ben vedere dunque il problema non è tanto quello di escludere l'utilità dell'istituto della capacità di agire quanto quello di uscire dal suo anacronistico monopolio per valorizzare profili di rilevanza della capacità naturale<sup>22</sup>. Su questa scorta di idee

---

<sup>20</sup> In tal senso, *ex multis*, DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit., 43 ss.; BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, cit., 96.

<sup>21</sup> In termini generali è questa, ad esempio, la posizione di RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 140 ss; posizione approfondita anche da MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2014, 1056 ss., ivi 1058.

<sup>22</sup> Com'è noto, la capacità naturale presidia la regola dettata dall'art. 2046 c.c. in materia di atti illeciti, nel senso che essa viene assunta come condizione per l'imputabilità a un individuo di un atto doloso o colposo che abbia cagionato ad altri un danno ingiusto. In materia di atti leciti, il codice civile riconosce alla capacità naturale ambiti circoscritti di rilevanza giuridica (come prevede l'art. 1389 c.c. a proposito della capacità di un soggetto di concludere un contratto in nome e per conto di un altro soggetto a sua volta legalmente capace di agire), e riservando un

non si è celato l'auspicio di potere addivenire a più "silenziose riflessioni" e magari a "qualche intenzione ricostruttiva"<sup>23</sup> che dia adito ad un'interpretazione aggiornata della materia.

In questa prospettiva la capacità/incapacità naturale non ha più rilevanza eccezionale o marginale: in particolare, è stato osservato, essa risulta "l'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>24</sup>. È questo il campo dei consensi che riguardano la sorte fisica della persona e i suoi legami affettivi immediati, e più ampiamente quella vasta identità che si conserva solo attraverso la gestione diretta dei diritti della personalità. "Come vivere, con chi vivere, a chi affidarsi, come farsi curare, come non farsi curare, come morire, cosa chiedere ai propri congiunti per il tempo oltre la propria morte"<sup>25</sup>.

La capacità/incapacità legale di agire continua a svolgere il proprio ruolo di regola generale nella direzione dei rapporti patrimoniali ove mantiene (pur con qualche limite significativo, ad esempio quello degli atti patrimoniali funzionali ai rapporti personali) la sua vocazione originaria, cioè "strumento di composizione delle diverse ragioni dell'autorità familiare e dell'autonomia contrattuale"<sup>26</sup>. D'altra parte, è nel settore degli atti di disposizione patrimoniale che le esigenze di certezza e il criterio dell'affidamento possono rendere necessario conservare il concetto di capacità legale che stabilisce una soglia relativamente standardizzata di lucidità e si traduce in criteri accessibili di riconoscimento della soglia.

Siffatta ricostruzione suggerisce pertanto una diversa allocazione dell'ambito di incidenza della nozione di capacità di agire: "da istituto unitariamente rilevante come presupposto di validità degli atti giuridici (nella sola

---

limitato spazio di operatività all'incapacità di intendere e di volere quale causa di annullabilità dell'atto compiuto dall'incapace naturale soltanto "se ne risulta un grave pregiudizio per l'autore", fermo restando che, quando si verta in tema di contratti, la tutela dell'incapace opera soltanto quando venga provata "la mala fede dell'altro contraente" (art. 428, commi 1 e 2, c.c.).

<sup>23</sup> Così DOGLIOTTI M. – FIGONE A., *Le persone*, I, *Persone fisiche*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, cit., 20.

<sup>24</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, cit., 107 e 109.

<sup>25</sup> Testualmente ZATTI P., *Oltre la capacità*, cit., 127.

<sup>26</sup> BUSNELLI F.D., *Per una rilettura del "diritto delle persone"*, cit., 118.

veste di incapacità *legale*) a strumento variamente rilevante di tutela della vasta gamma di possibili soggetti incapaci (nella duplice veste di incapacità *legale e naturale*)<sup>27</sup>. E dunque esportare *tout court* l'istituto dell'incapacità legale nella sfera delle relazioni personali e degli interessi più profondamente radicati nella vita e nelle vicende dell'uomo significa certificare la sua manifesta inadeguatezza<sup>28</sup>, in quanto non pare convincente immaginare l'espressione di interessi strettamente legati al nucleo più squisitamente personale dell'esistenza umana nei termini di un "atto", inteso come manifestazione di volontà capace di fissare inesorabilmente un intangibile "autoregolamento impegnativo"<sup>29</sup>. È agevole avvedersi che qualsiasi ipotesi ricostruttiva che non tenga adeguatamente conto dei molteplici condizionamenti che si frappongono tra la persona e le sue decisioni e le rendono precarie si traduce in una "sintesi impropria", secondo una

---

<sup>27</sup> BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, cit., 96.

<sup>28</sup> La questione degli atti di disposizione del corpo, od ancora, il tema del consenso ai trattamenti sanitari saranno più avanti oggetto di una più approfondita riflessione: tuttavia sin da ora possono rivelarsi utili al tema in parola le considerazioni di CARUSI D., *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 11. "L'assimilazione della *disposizione del corpo* alla molto più familiare disposizione patrimoniale, la riconduzione del consenso al trattamento medico entro la categoria generale di negozio giuridico, sono un caso di *concettualismo*, di asservimento di problemi inusuali (...) a categorie consolidate".

<sup>29</sup> Secondo l'efficace definizione di negozio giuridico proposta da GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 84. La disciplina normativa della capacità/incapacità legale accolta nel codice del 1942 riflette appieno il postulato volontaristico della dogmatica classica imperniata sul paradigma dell'individualismo "proprietario" (o "possessivo") e sul concetto di negozio giuridico: ed essendo quest'ultimo espressione di volontà, in tanto ad essa può concedersi rilievo in quanto provenga da un soggetto la cui volontà sia "socialmente" rilevante ai fini della sistemazione degli interessi individuali. Il volontarismo dogmatico-giuridico si abbina al liberismo economico; tant'è che si è efficacemente parlato di una correlazione tra il "modello antropologico" sotteso ai codici liberali e la concezione volontaristica del negozio giuridico: è dunque radicalmente estraneo al consorzio sociale colui la cui volontà non può divenire auto-nomia, secondo una logica – si direbbe oggi – inopinatamente ostracizzante. È anche il caso di avvertire che la torsione antropologica impressa alla lettura dei codici dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 segna l'avvento, nell'ordinamento giuridico dello Stato sociale, di un concetto nuovo di persona, non più semplice "essere ontologico", astratto soggetto di diritto, "*prosopon*" (come l'etimo della parola sembrava suggerire), ma "struttura di valore", "essere assiologico", "*novum categoriale*" (tutte le osservazioni che precedono, e non da ultimo, le riferite definizioni di persona sono di MENGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 119; ma qui tratte da *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 125 ss., soprattutto 144). In altre parole l'emersione della persona umana nell'ordine giuridico si compie attraverso la sua costituzionalizzazione e, dunque, mediante la rilevanza attribuita alla persona nella sua unitaria e inscindibile dimensione psico-fisica (così RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, cit., 26 e ss.), in quanto rispetto alla norma "l'essere della persona e i suoi valori si pongono sempre e necessariamente come un *prius* e non già come un *posterius*" (la precisazione è di SCALISI V., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 148). In prospettiva non dissimile cfr. MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, cit., *passim*.

logica “autodeformante” del diritto, che si abbandona al paradigma in larga parte “pietrificato” dell’individuo che “concepisce, osserva e delibera un atto”<sup>30</sup>.

Venendo ora a concludere le riflessioni svolte è opportuno ritornare al punto iniziale da cui si sono prese le mosse. Si diceva appunto che il passaggio del potere di distinzione tra soggetti dalla capacità giuridica alla capacità di agire ha avuto il senso di accentuare i profili di protezione rispetto a quelli di discriminazione. Sembra quindi che una logica coerente possa condurci ad ulteriori sviluppi, che in parte paiono confermati sia dalla maggiore importanza assunta dalla capacità naturale – con riferimento non solo alla condizione minorile<sup>31</sup> ma anche ad ogni altra forma di incapacità –, sia dalla maggiore duttilità acquisita dall’incapacità legale.

In questa luce non v’è dubbio che il vero punto di snodo sul piano normativo è stato rappresentato dall’entrata in vigore della l. n. 6/2004, che, nell’introdurre il più flessibile istituto dell’amministrazione di sostegno<sup>32</sup>, ha

---

<sup>30</sup> Tutte le espressioni sono tratte da ZATTI P., *Oltre la capacità*, cit., 128.

<sup>31</sup> Una nuova considerazione della persona e della volontà del minore è emersa dal complesso delle norme del codice riformate dalla l. n. 219/2012 e dal successivo d.lgs. n. 154/2013, ove il suggello normativo della capacità di discernimento è stato impresso attraverso la codificazione del fondamentale diritto del minore ad essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano. Il nuovo art. 315-*bis*, comma 3, c.c., dispone testualmente che: “Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”. Per una più approfondita disamina della norma si rinvia a GIARDINA F., “Morte” della potestà e “capacità” del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1609 ss. Vale la pena rammentare che il diritto del minore all’ascolto – già previsto dal vecchio art. 155-*sexies* (abrogato e trasfuso nell’attuale art. 337-*octies* c.c.) con riferimento ai procedimenti di affidamento della prole in seguito alla crisi familiare –, ad opera della novella sulla filiazione, è stato consacrato con una formula generale e assorbente che enuclea il catalogo dei diritti fondamentali del figlio, acquistando così una portata che esula anche dal ristretto ambito dei procedimenti giudiziari cui prima era confinato.

<sup>32</sup> La letteratura in materia è ormai vastissima. Senza pretesa di esaustività cfr. ANELLI F., *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Schlesinger*, V, Milano, 2004; BONILINI G. – CHIZZINI A., *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2007; CENDON P., *Un altro diritto per i soggetti deboli. L’amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005; BUGETTI M.N., *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Milano, 2008; CENDON P. – ROSSI R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2008; DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell’amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004; FERRANDO G., (a cura di), *L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per soggetti deboli*, Milano, 2005 (ivi soprattutto i contributi di LISELLA G., *I poteri dell’amministratore di sostegno* e VENCHIARUTTI A., *Gli atti del beneficiario dell’amministrazione di sostegno. Questioni di validità*); FERRANDO G. – LENTI L., (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006; LISELLA G., *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 284 ss.; RUSCELLO F., “Amministrazione di sostegno” e tutela dei

profondamente innovato il quadro delle tradizionali misure di protezione, relegando l'interdizione e l'inabilitazione ad istituti residuali, destinati ad andare incontro ad un processo di desuetudine. In luogo del meccanismo presuntivo, l'amministrazione di sostegno ha imposto la necessità di una valutazione casistica, per far fronte alle effettive esigenze del singolo individuo, apportando – come espressamente disposto dall'art. 1 della citata legge – alla sua capacità di agire “la minore limitazione possibile”, nondimeno tutelando la sua dignità e l'armonico sviluppo della sua personalità.

Invero, l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, scongiurando il rischio di confinare il soggetto in una condizione di pressoché totale incapacità – destinata a riverberarsi anche sul piano personale – esplicita la volontà del legislatore di restringere il ricorso all'interdizione solamente alle ipotesi estreme e di assicurare la tendenziale conservazione della titolarità della capacità di agire in capo al soggetto, sì da consentirgli di esercitare *ex se* i diritti di natura esistenziale.

Queste tendenze confermano che la protezione non solo ha preso “il sopravvento sul suo stesso strumento di attuazione” (*id est*: in-capacità di agire) ma anche che la più autentica esigenza di protezione dell'incapace impone, talvolta, di accantonare quello strumento<sup>33</sup>. Con la transizione dall'incapacità legale di agire alla capacità di discernimento sembra trovare realizzazione la suggestione che introduceva le presenti riflessioni. In effetti provando a ripercorrere con cura e con rigore la struttura della capacità legale di agire per ricostruirla attraverso il suo fondamento, ci si avvede che forse tale evoluzione si inscriveva già nella cifra dell'istituto. È appena il caso il ricordare che “la dottrina ha messo in relazione la capacità di agire con il comportamento dei soggetti nell'interesse proprio, e di conseguenza con il fenomeno dell'autonomia privata”. È anche vero, però, che è “andata oltre... quando ha attribuito a questa relazione carattere assoluto”<sup>34</sup>.

Si badi. “Nonostante la dizione dell'art. 2 c.c. e la nozione corrente della capacità di agire come una qualità del soggetto relativa ad atti giuridicamente

---

*disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004; PATTI S., (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

<sup>33</sup> BUSNELLI F.D., *Capacità in genere*, cit., 98.

<sup>34</sup> FALZEA A., *Capacità*, cit., 20.

rilevanti di qualsivoglia specie, la prescrizione della capacità di agire, come presupposto di validità, deve ricercarsi nella disciplina legale delle singole categorie di atti giuridici o desumersi dalla natura medesima di tali atti”<sup>35</sup>.

L’interprete infatti non può dimenticare di essere stato autorevolmente avvertito che il termine “capacità” è un termine polisenso che nel linguaggio comune e in quello delle altre scienze esprime “un’idea o almeno una immagine comune: quell’idea di comprensione o di continenza che è suggerita del resto dall’etimologia della parola: capacità viene da *capax* – che contiene – e da *capere* – prendere, comprendere, contenere”<sup>36</sup>. Ed invero – si rammenta – tali suggestioni etimologiche hanno esercitato una particolare presa anche nei confronti dei giuristi dal momento che “l’idea di continenza richiama in modo immediato l’idea di una quantità di continenza e quindi di una possibilità di misura e di graduazione. La capacità, intesa come continenza appare misurabile e graduabile”<sup>37</sup>.

Diversamente, nel suo significato giuridico, la capacità esprime un concetto non misurabile e non graduabile. E ciò, è stato osservato, ha rappresentato “uno dei più gravi errori teorici che hanno oscurato e complicato la teoria della capacità”<sup>38</sup>. Ciò in particolare vale tanto per la capacità giuridica che designa la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici, quanto per la capacità di agire che costituisce una “possibilità giuridica generale del soggetto: che, in forza di tale possibilità, si qualifica come operatore giuridico. In quanto possibilità giuridica, appartiene interamente alla zona normativa dell’effetto... In quanto possibilità generale, è preliminare ai singoli fatti attraverso i quali si svolge la soggettività giuridica ed investe ogni settore dell’attività umana giuridicamente rilevante”<sup>39</sup>.

Ora il termine “capacità” torna ad assumere – nella modulazione che lo lega al discernimento – il significato che gli è proprio nel linguaggio comune: valutazione globale, dunque processo e non già atto, della situazione complessiva dell’incapace in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale che lo

---

<sup>35</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 24.

<sup>36</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 9.

<sup>37</sup> FALZEA A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>38</sup> FALZEA A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 17.

stesso sia di volta in volta chiamato a compiere<sup>40</sup>. In quanto tale, la capacità di discernimento va intesa come capacità di fatto, e non come una capacità in senso giuridico, dal momento che essa attiene a “quegli atti e comportamenti umani che mettono in gioco e realizzano unicamente l’interesse del soggetto agente e che quindi non potrebbe avere senso considerare giuridicamente compromessi per difetto di capacità di agire”: così ancora la dottrina falzeiana<sup>41</sup>.

L’abbandono dell’incapacità legale di agire nelle relazioni di natura non patrimoniale risponde, pertanto, a un’esigenza lungamente sentita e realizza una chiara inversione di rotta delle regole che presiedono ai modi di espressione e affermazione della persona.

## *2. Gli atti cc.dd. personalissimi: introduzione all’analisi di una categoria*

Il tema degli atti di indole personale mette in gioco la sensibilità dell’interprete verso i valori più autentici della persona, in quanto incide su scelte che rispondono a moventi individuali ineffabili e perciò insindacabili. È anche vero che il tema sollecita la finezza di analisi di un dato normativo che, pur accolto nella sua tradizionale ed incontestabile solennità, ha alle volte manifestato un certo tasso se non di ambiguità quanto meno di problematicità. Su questo terreno, il carattere non sacrificabile delle libertà strettamente attinenti alla dimensione esistenziale della persona si è spesso posto a confronto, e non di rado a contrasto, con le esigenze di tutela di valori altrettanto comprimari della persona, a cominciare proprio da quello della sua autodeterminazione rispetto a decisioni in cui l’elevato portato personalistico dell’atto è parso incompatibile con qualunque intervento sostitutivo o integrativo da parte di terzi. È innegabile - anche sulla base delle riflessioni affrontate nelle pagine precedenti - che si registra una attenzione fortissima della dottrina verso la questione dell’incapacità e la protezione dei diritti degli incapaci. Si tratta di un rapporto in evoluzione, non esente da interpretazioni talora incaute o parossistiche, nel quale, tuttavia,

---

<sup>40</sup> Per più ampi rilievi, v. STANZIONE P., *Capacità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss, ivi 23, cui si rinvia anche per l’essenziale bibliografia; ID., *Capacità e minore età*, 374 ss.

<sup>41</sup> FALZEA A., *op. ult. cit.*, 24.

l'incapacità non è più avvertita semplicemente e quindi aporomaticamente come “il limite esterno e lontano della capacità, ma piuttosto (come) una condizione concreta ed attuale”<sup>42</sup> dalle molte tonalità ed esigenze alla quale continuamente rapportarsi.

La maggiore attenzione verso il soggetto incapace, le sue esigenze ed aspirazioni, ha indubbiamente informato la più recente legislazione (la già richiamata l. 9 gennaio 2004, n. 6 istitutiva dell'amministrazione di sostegno) e le scelte della giurisprudenza più garantista, che, individuando talora più spiccate forme di autodeterminazione in capo a soggetti di volta in volta portatori di incapacità, sembrano in vario modo costituire significativi elementi di una radicale evoluzione della nozione stessa di incapacità, da momento essenzialmente “statico” a procedimento, per così dire, “dinamico”, talvolta prodromico alla acquisizione della capacità piena e quindi del complesso di diritti ed obblighi ad essa necessariamente inerenti, procedimento – che come opportunamente ribadito – risulta fornito delle medesime garanzie di inviolabilità e inderogabilità proprie delle posizioni cui si intende pervenire<sup>43</sup>. In questa prospettiva, l'irriducibilità degli interessi della persona allo schema concettuale del diritto soggettivo<sup>44</sup>, da un lato, e l'insufficienza della prospettiva rigidamente “egualitaria” a cogliere per intero la problematica della persona umana<sup>45</sup>, dall'altro, attribuiscono nuove valenze al concetto di incapacità, da assumere in questa sede quale “incapacità (di fatto) a godere dei diritti e delle posizioni proprie di ogni cittadino”<sup>46</sup>. A ben vedere però i profili di maggiore vischiosità si annidano esattamente nel rapporto (complesso) tra i diritti (o, per meglio dire, il godimento dei diritti) e i soggetti che ne sono titolari, “a causa delle difficoltà che ne rendono estremamente arduo l'esercizio”<sup>47</sup>. Prende, per questa via, sempre più corpo l'opportunità di prefigurare una *specificazione* ai livelli più essenziali di tutela della soggettività di determinate categorie di persone<sup>48</sup>, laddove –

---

<sup>42</sup> Così DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Le persone*, cit., 20.

<sup>43</sup> DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Le persone*, cit., 22.

<sup>44</sup> Cfr. sul punto MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, cit., 357.

<sup>45</sup> BESSONE M., FERRANDO G., *Persona fisica (diritto privato)*, cit., 204.

<sup>46</sup> DOGLIOTTI M., FIGONE A., *op. ult. cit.*, 23.

<sup>47</sup> DOGLIOTTI M., FIGONE A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>48</sup> BUSNELLI F.D., *Soggetto e persona di fronte ai dilemmi della soggettività*, in SCALISI V. (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Giuffrè,

beninteso – “dal riconoscimento delle differenze individuali non deriva più un sistema che trasforma le “diversità” in condizioni giuridiche di inferiorità”<sup>49</sup>.

### *2.1 Segue. Il profilo statico di studio: nozione e morfologia dell’atto personalissimo*

Il discorso acquista particolare pregnanza se in gioco vi sono situazioni giuridiche soggettive di natura personale, cui tipicamente afferiscono i cd. atti personalissimi.

L’espressione “atti personalissimi” designa in modo univoco nel lessico della letteratura giuridica una schiera di atti di autodeterminazione di natura esistenziale riguardanti la gestione di rapporti di diritto familiare o strettamente personale. Più descrittivamente può dirsi che essi rappresentano l’esplicazione delle libertà individuali più intime ed insopprimibili della persona, sì da configurare autentiche manifestazioni della sua personalità, da un lato volte ad assicurarne lo sviluppo, dall’altro intese a garantirne la libertà di autodecisione. Attraverso la conclusione di un simile atto, ogni individuo esercita la libertà, costituzionalmente protetta, di autodeterminazione, ponendo in essere scelte decisive che tangono la sfera della riservatezza e degli interessi più personali<sup>50</sup>. Ed

---

Milano, 2007. Per un’analisi critica sull’unitarietà del modello di soggettività giuridica, v. MARELLA M.R., *La soggettività giuridica e le diversità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, 1998, 487 ss.

<sup>49</sup> BESSONE M., FERRANDO G., *op. ult. cit.*, 205. Nel descrivere l’emersione dei cc.dd. “diritti di categoria” si è parlato di un ritorno nel diritto contemporaneo alla sistematica degli *status*. Oggi però il ritorno degli *status* non può essere inteso nel senso di un rigurgito di discriminazioni, privilegi e immunità ma unicamente come tecnica di difesa del soggetto in condizioni di debolezza (soggetti deboli in senso ampio ma si consideri anche la copiosa legislazione civile in materia consumeristica). Su tutti, autorevolmente, RESCIGNO P., *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973; e più recentemente ID., *Status e capacità*, in PARADISO M. (a cura di), *I mobili confini dell’autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Giuffrè, Milano, 2005. Cfr. ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, ma qui tratto da *civilistica.com.*, 2013.

<sup>50</sup> BETTI FERRAMOSCHE E., *La nuova della capacità di agire. Il problema degli “atti personalissimi”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 121 ss.

è proprio nell'intrinseco ed inscindibile legame che si instaura tra il soggetto e l'atto che si rinviene la matrice prima della costruzione di questa categoria<sup>51</sup>.

Secondo una logica che potremmo definire "sincronica", essendo gli atti personalissimi, per definizione, atti "strettamente inerenti alla persona dell'autore", essi implicano, di necessità, "una determinazione e una scelta insurrogabili"<sup>52</sup>: in questi casi è, dunque, precluso il ricorso alla rappresentanza legale o volontaria<sup>53</sup>. In altre parole, tali atti "o sono posti in essere dal titolare della situazione giuridica e perciò da chi sarà soggetto del relativo rapporto, o non possono venire compiuti: nessuno può essere sostituito ad altri nella decisione di passare a nozze e nella scelta del coniuge, nella separazione personale, nell'adozione, nel riconoscimento del figlio naturale e via dicendo"<sup>54</sup>. L'insegnamento tradizionale dimostra che nello studio della categoria degli atti personalissimi sia in larga parte prevalsa la preoccupazione (dogmatica) di garantire l'insostituibilità del titolare – o se si preferisce – l'esclusione della rappresentante, essendosi voluto attribuire troppo spesso "esclusivo rilievo all'aspetto strutturale" – oggettivo anziché porre in risalto l'aspetto personalistico-soggettivo, dato dall'aderenza dell'atto alla personalità del soggetto<sup>55</sup>.

Va da sé che il diritto sia in genere abituato ad operare con situazioni tipiche e modelli consolidati. E nel caso di specie il canone di riferimento non può che essere la capacità di agire del soggetto dell'atto. Per essere più chiari: il soggetto capace di agire compie autonomamente atti personalissimi ed estromette legittimamente chiunque voglia interferire con la sua determinazione. Ma cosa accade al soggetto incapace di agire?

---

<sup>51</sup> Si è, difatti, efficacemente affermato (STANZIONE P., *Capacità*, cit., 21) che "negli atti personalissimi si realizza l'unione - che nessun intervento di terzi è in grado di scalfire – tra soggetto dell'atto e soggetto del rapporto dal primo scaturente".

<sup>52</sup> FALZEA A., *Capacità*, cit., 28.

<sup>53</sup> La giurisprudenza, di merito e di legittimità, è univoca nell'affermare il principio della inammissibilità della rappresentanza in materia di atti personalissimi. In una importante pronuncia, la Suprema Corte ha ribadito che: "La rappresentanza dell'interdetto per infermità di mente da parte del tutore (...) non comprende i cc.dd. atti personalissimi, che coinvolgono interessi strettamente legati alla persona dell'interessato al quale solamente può essere rimessa la scelta in ordine alle determinazioni da adottare". Così Cass. civ., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, 2751 ss., con nota critica di CICCHITELLI G., *La capacità giuridica dell'interdetto di esercitare le azioni relative allo status coniugale*.

<sup>54</sup> FALZEA A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>55</sup> Questa è l'opinione di STANZIONE P., *Capacità e minore età*, cit., 232.

Il soggetto privo di capacità di agire, pur essendo a tutti gli effetti soggetto di diritto e titolare in astratto di tutte le situazioni giuridiche soggettive, non può compiere atti personalissimi (perché incapace) e, contestualmente, non può delegarne ad altri il compimento (perché personalissimi)<sup>56</sup>. Nei termini così descritti deve convenirsi che l'impostazione tradizionale degli atti personalissimi, nella misura in cui può condurre ad una situazione di stallo, appare più fonte di discriminazione che di reale protezione<sup>57</sup>, non potendosi legittimare una interpretazione delle norme che faccia venir meno il centro di imputazione dei diritti strettamente inerenti alla persona<sup>58</sup>, con evidente divergenza rispetto agli atti di natura patrimoniale, o comunque non "personalissimi", di regola, sempre surrogabili.

Allargando anche di poco lo sguardo, ci si avvede che il problema della sostituzione nell'esercizio dei diritti della personalità, con il richiamo al regime giuridico dei cc.dd. atti personalissimi, è emerso in diversi casi nelle decisioni giurisprudenziali. Al riguardo, gli inconvenienti probabilmente legati alla non sufficiente meditazione sulle differenze tra "atti" e "diritti" personalissimi<sup>59</sup> sono particolarmente evidenti in quei provvedimenti che, nel dichiarare inammissibili le richieste poste in essere dai rappresentanti legali di soggetti incapaci<sup>60</sup>, di fatto

---

<sup>56</sup> Secondo alcuni autori le limitazioni poste in questo caso dall'ordinamento giuridico andrebbero collocate non tra le incapacità di agire ma nell'area dell'incapacità giuridica, per effetto del fenomeno della c.d. "conversione", in quanto il divieto colpirebbe più che l'atto, il diritto di cui l'atto costituisce l'esercizio. Tra i sostenitori di detta teoria DE GNI, *Le persone fisiche*, cit., 5; e SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, 25 e 270. Tale assunto è stato vigorosamente contestato (su tutti, FALZEA A., *Capacità*, cit., 28) poiché l'atto eventualmente compiuto dall'incapace è semplicemente annullabile e non nullo come dovrebbe essere ove in questione fosse la capacità giuridica.

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322, in *Foro it.*, con nota di DE MARZO G., *Incapaci e atti personalissimi, tra criteri di valutazione e problemi processuali*; v. anche STANZIONE P., *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. dir.*, 2009.

<sup>58</sup> Così NARDELLI M., *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, in *Giur. mer.*, 2009.

<sup>59</sup> STANZIONE P., *Capacità e minore età*, cit., 251. L'autore propone di rivalutare quella tradizione di pensiero che accanto alle situazioni definite "atti o negozi personalissimi", studia la categoria diversa e più ampia dei "diritti personalissimi". Pertanto sembra utile mantenere la distinzione tra "atti personalissimi" – con cui ci si riferisce tradizionalmente a quegli atti giuridici esclusi espressamente dalla legge dalla rappresentanza non solo legale, ma anche volontaria – e "diritti personalissimi" più in generale, quei diritti inerenti alla gestione di interessi per così dire esistenziali della persona -. Per l'esercizio di quest'ultima categoria di diritti può ricorrersi anche alla rappresentanza (legale e volontaria) ma con particolari cautele dettate dalla natura dell'interesse protetto.

<sup>60</sup> V. ad esempio Cass., 21 luglio 2000, n. 9482, cit.; Trib. Catania, 17 aprile 2004, in *Dir. fam.*, 2004, 455., con riferimento alla richiesta da parte dei genitori esercenti la potestà di ottenere dal

finiscono col riconoscere forme di “incapacità speciale”, indipendentemente dall’esistenza di una norma di dettaglio che ratifichi il divieto alla rappresentanza legale<sup>61</sup>.

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza sospingono l’interprete a valutare più compiutamente i confini e il contenuto di questa controversa categoria. Provando, dunque, a valorizzare l’interrogativo di un attento autore<sup>62</sup>, ci si potrebbe chiedere se di tale categoria sia davvero possibile individuare degli elementi morfologici costanti, in modo da tracciarne una definizione valida oltre i singoli casi previsti dalla legge, oppure se i contorni della categoria siano destinati a rimanere frastagliati, secondo le convenienze operazionali proprie ad ogni singola disciplina. In altri termini, è il caso di domandarsi se sia individuabile uno statuto, per così dire, standard dell’atto personalissimo, ovvero se le definizioni offerteci dalla dottrina, che sovente ne accentua profili diversi con sfumature diverse, inducano l’interprete ad una più organica rimediazione dell’intera categoria.

Si impone, *in limine* ad ogni ulteriore sviluppo argomentativo, un motivo di riflessione sul piano terminologico.

Valga qui soffermarsi sulla scelta tutta grammaticale, rimasta peraltro significativamente isolata, della tradizione civilistica, di qualificare detti atti attraverso l’impiego – chissà quanto consapevole – di un superlativo assoluto<sup>63</sup>.

---

giudice l’autorizzazione alla modifica dei caratteri sessuali ai sensi della l. 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione del sesso*); nel caso Englaro – su cui avanti *amplius* – v. Trib. Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 470, ritiene di desumere la mancanza di legittimazione tanto del tutore quanto del nominato curatore speciale rispetto alla domanda volta ad ottenere l’interruzione dell’alimentazione artificiale del soggetto incapace di intendere e di volere dalla circostanza che l’atto “è personalissimo”, pertanto, “non può essere demandato ad altro soggetto”; Cass., 20 aprile 2005, n. 8291, in *Foro it.*, 2005, I, 2359, con nota di DE MARZO G.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 470 ss., con nota di SANTOSUOSSO A. – TURRI G.C., *La trincea dell’inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, ove si afferma che “le numerose norme rinvenibili nell’ordinamento che conferiscono al tutore poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali... appaiono sintomatici della non configurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un potere generale di rappresentanza in capo al tutore con riferimento ai cc.dd. atti personalissimi”.

<sup>61</sup>In argomento, v. PICCINNI M., *Relazione terapeutica e consenso dell’adulto “incapace”: dalla sostituzione al sostegno*, in RODOTÀ S. – ZATTI P., (diretto da), *Trattato di biodiritto*, III, *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 361 ss.

<sup>62</sup>MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, cit., 1062 ss.

<sup>63</sup>La locuzione “atto personal-issimo” si atteggia nell’ordinamento complessivamente dato come una scelta inedita, un vero e proprio *unicum*, non essendo dati impieghi analoghi del superlativo assoluto con riferimento ad altri istituti di matrice civilistica e non solo.

Dicesi infatti superlativo assoluto quel grado dell'aggettivo che segnala che la proprietà espressa dall'aggettivo è intensificata al massimo grado senza riferimento a un termine di paragone<sup>64</sup>. È interessante osservare come il suffisso –*issimo*, detto tecnicamente *elativo*, “esprime il grado più elevato di intensità su una scala di valori alti ma non polari”<sup>65</sup>, e che le basi aggettivali (nel nostro caso invero più sostantivale, *id est* persona) preferite da –*issimo* in genere coinvolgono una “dimensione affettiva e la fiducia incondizionata nel giudizio espresso”<sup>66</sup>. Quest'ultima scarna notazione permette tuttavia di evidenziare un dato stilistico - di cui sembra potersi un po' dubitare - laddove la prosa giuridica raccomanda solitamente di evitare il coinvolgimento emotivo. Ciò indurrebbe, quindi, a giustificare l'opzione – conservatasi nel tempo come esclusiva nell'ambito di un quadro sistemico – di conferire solamente al lessema *personale*, e all'atto ivi corrispondente, il suffisso –*issimo*. Ma sarebbe comunque troppo ingenuo da parte di chi scrive ridurre l'analisi ad un tecnicismo grammaticale, non potendo, la tradizione, essere rimasta completamente impassibile innanzi alla simbologia evocativa del soggetto dell'atto in questione, la persona appunto. Secondo un gioco di parole potrebbe dirsi che *personalissimo* è tradizionalmente accolto nella sua duplice veste semantica di significato (l'elemento sostanziale) e significante (l'elemento formale). Due dati strutturali della definizione comune sembrano deporre in questo senso: l'immanenza alla persona del contenuto intrinseco in cui l'atto si sostanzia, e l'ontologica conseguenza della sua insurrogabilità a terzi.

Vale la pena indugiare ancora sul significato che gli atti personalissimi rivestono nell'attuale terminologia giuridica adottando, questa volta, una prospettiva d'insieme, segnatamente classificatoria, allo scopo di provare ad offrirne una collocazione più autentica. Le definizioni della dottrina – come si è visto – si sono rivelate spesso generiche, individuando aree nelle quali più

---

<sup>64</sup> La definizione è tratta da GAETA L., voce “*Superlativo*”, in *Enc. it.*, Treccani, 2011. Per ulteriori approfondimenti, cfr. SERIANNI L., *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni, forme, costrutti*, con la collaborazione di CASTELVECCHI A., Torino, Utet, 1989.

<sup>65</sup> MERLINI BARBARESI L., *Aggettivi deaggettivali*, in GROSSMANN M., RAINER F. (a cura di), *La formazione delle parole in italiano*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2004, 444 ss.

<sup>66</sup> RAINER F., *Studying restriction on patterns of word-formation by means of internet*, in *Rivista di linguistica*, 2003, 131 ss.

frequentemente il legislatore prevede fattispecie di atti personalissimi (è il caso, ad esempio, delle situazioni familiari o degli *status personali*)<sup>67</sup>.

Attingendo, a questo riguardo, alle considerazioni svolte da un'autorevole dottrina si osserva, sin da subito, che il termine *personale* può effettivamente designare un "carattere individuatore dei diritti della personalità" e di parte delle posizioni nascenti dai rapporti familiari, ma si avverte - con egual premura - anche la necessità di circoscrivere la portata di tale affermazione, registrando che il "sistema della legge non indica con chiarezza quali siano i diritti personali", pertanto, "di fronte ai singoli richiami legislativi (...) si rende necessario il ricorso ad una *interpretazione complessa* che tenga conto degli interessi tutelati dal rapporto"<sup>68</sup>. Non senza incertezze - si aggiunge poi - che è dubbia la possibilità di enucleare un'ulteriore distinzione tra diritti personali e *strettamente* personali. Ed invero, siffatta distinzione non troverebbe di per sé riscontro nell'elaborazione dottrinale, incline, sul piano terminologico, ad affidarsi più comunemente all'espressione diritti e/o atti personalissimi, con ciò indicando "una categoria di diritti della personalità per loro natura necessariamente inerenti alla persona umana"<sup>69</sup>.

In definitiva, appare possibile accedere ad una nozione di diritto personale - in senso ampio - "volta ad una diretta tutela o soddisfacimento della persona umana, nei suoi aspetti o interessi fisici o morali", ma beninteso che "... al di fuori dei riferimenti legislativi alla natura strettamente personale del diritto, viene meno la possibilità di ricercare un significato unitario che consenta di ravvisare una distinta categoria di posizioni giuridiche"<sup>70</sup>. D'altra parte la disputa non è solo nominalistica perché le conseguenze dell'adesione ad una piuttosto che a un'altra

---

<sup>67</sup> Peraltro giova rammentare che l'affermazione - consueta in dottrina - circa il carattere personalissimo degli atti che incidono sullo stato della persona pare contraddetta da diverse norme, v. artt. 119, 245, 263, 264, 273, 357 c.c., ed ancora art. 13 l. n. 194/1978.

<sup>68</sup> BIANCA C.M., *Diritti personali*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Utet, 729 ss., ivi 730 (corsivo aggiunto). A tal riguardo basti meditare sul problema dei limiti posti all'azione surrogatoria, ex art. 2900 c.c., nella parte in cui precisa che l'esclusione dall'esercizio dell'azione in parola avviene con riguardo a quei diritti che "per la loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal titolare". Per ulteriori approfondimenti anche bibliografici si rinvia alla nota nr. 5, in BIANCA C.M., *op. loc. cit.* Cfr. sul tema anche MOROZZO DELLA ROCCA P., *Solidarietà familiare e obbligazioni alimentari*, in ID. (a cura di), *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Editoriale scientifica, 2013, 51 ss., spec. 68 ss.

<sup>69</sup> BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, 733.

<sup>70</sup> BIANCA C.M., *op. loc. ult. cit.*

impostazione hanno immediata incidenza sul piano della disciplina degli effetti. L'osservazione è quanto mai acuta e, dunque, merita di essere riprodotta nella sua integralità: "il problema di siffatta qualifica non potrebbe quindi essere risolto attraverso un giro vizioso che identifichi la natura strettamente personale del diritto con quegli effetti che, invece, sono disposti dalla legge subordinatamente all'esistenza di tale natura"<sup>71</sup>.

È doveroso, a questo punto, avvertire che il rischio di incorrere in un'aporia nella successione sfalsata tra l'*an* e il *quomodo* della categoria degli atti personalissimi è concreto, per questo la soluzione ineludibile pare essere quella di un accertamento *ex ante* della natura latamente personalissima dell'atto che obbedisca però *ex post*, a seconda degli esiti, a valutazioni di disciplina fondamentalmente diverse. Non sembra incauto poter affermare, in linea teorica, l'opportunità di una catalogazione dei diritti personali in ragione del diverso e sempre più intenso grado di personalità loro connesso: come a dire, non più o, meglio, non solo atti personalissimi da intendersi quali categoria generale, astratta, irrelata, onnicomprensiva *a priori* delle molteplici e sfaccettate esibizioni personali (e dunque esistenziali) del soggetto, ma categoria particolare che coesiste all'interno di un novero più ampio di atti di cui il legislatore può *ex ante* graduare il carattere della personalità, talvolta in forma assoluta talaltra in forma attenuata.

Siffatta interpretazione si regge su un'*ipotesi cd. di tassonomia plurima* avente lo scopo di non appiattare sulla nozione comunemente accolta di atto personalissimo, nonché sul suo più immediato precipitato - quello dell'insostituibilità -, l'unica (granitica) chiave di lettura alla quale affidare l'intera disciplina delle situazioni giuridiche soggettive personali dell'incapace.

Perseverare nel verso opposto significa – a nostro avviso - affermare l'esistenza di una "sineddoche" dall'incerta utilità, perché il vero dato reale è che, accanto ad una categoria, positivamente disciplinata, di atti cc.dd. personalissimi, prende forma un arcipelago di ulteriori situazioni soggettive che hanno dato prova, anche marchiana, di interferire e confliggere con la regola generale

---

<sup>71</sup> BIANCA C.M., *op. loc. ult. cit.*

dell'insurrogabilità, indubbiamente collaudata per i primi, logicamente difettosa, invece, nei confronti delle seconde.

## 2.2 *Segue. Il profilo dinamico di studio: il mutevole atteggiarsi dell'atto personalissimo*

Accanto ad un profilo *statico* di studio relativo alla nozione e alla morfologia dell'atto, è parso utile affiancare un profilo *dinamico* che affronta l'analisi dell'atto nel suo mutevole atteggiarsi. Ed invero, si deve alla dottrina il raffinato sforzo di elaborazione concettuale che ha condotto, pur tra le esigue e frammentarie disposizioni regolatrici della materia, alla definizione di alcune illuminate riflessioni di carattere generale.

È parso ad alcuni<sup>72</sup> che la necessità che un atto giuridico venga considerato personalissimo si pone solo per quegli atti che non producono effetti *oggettivamente* valutabili come *positivi* o *negativi* da un terzo. In tali casi, infatti, la mancanza della capacità di compiere l'atto da parte del soggetto interessato esclude in radice che l'atto stesso possa realizzare la sua funzione e non avrebbe dunque alcun senso consentire ad altri – con o senza autorizzazione giudiziale - di compierlo. In tali casi si potrebbe forse osservare che non vi è alcun effettivo pregiudizio che colpisca l'incapace a causa della mancata realizzazione degli interessi astrattamente serviti dall'atto reso inattuabile e dunque non v'è nemmeno un effetto discriminatorio da rimproverare alla norma di qualificazione dell'atto come personalissimo.

Si porga, a questo punto, attenzione alle riflessioni della miglior dottrina. “Chi non è in grado di manifestare direttamente e far valere i propri interessi si trova di fatto, nella vita giuridica, in uno stato di menomazione, perché la tutela e garanzia delle sue esigenze vengono a dipendere da altri. Ma non per questo cessa di essere un centro di interessi. E ciò basta perché sia riconosciuto come soggetto. La norma si concreta ed applica in favore del soggetto alla sola condizione, che comunque, l'interesse di costui sia emerso *in una forma rilevante* per il diritto...”

---

<sup>72</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, cit., 1062.

Decisiva, perché le conseguenze giuridiche e la correlativa garanzia del diritto si svolgono in funzione di un determinato soggetto, è la posizione di titolare dell'interesse preso in considerazione dalla norma che quelle conseguenze predispone, non già la posizione del soggetto agente”<sup>73</sup>.

Sembra quindi potersi ricavare che quando l'atto, pur coinvolgendo la sfera dei sentimenti della persona che ne è interessata, realizza un piano di interessi oggettivamente percepibile e dunque valutabile da terzi può trovare nuovamente spazio l'istituto della rappresentanza degli interessi<sup>74</sup>. In questa prospettiva, - s'è detto - la personalità dell'atto, con la conseguente regola dell'insostituibilità dell'autore, presuppone la mancanza di interessi oggettivamente (o, se si preferisce, razionalmente) valutabili, presuppone cioè la carenza di un “concludente indice di destinazione *ad alterum*”<sup>75</sup>, inteso come segno esplicitativo della volontà della persona, che il rappresentante legale - per quanto qui interessa dimostrare - è chiamato a raccogliere e, ove possibile, a realizzare. Tale impostazione poggia, a ben vedere, su due diversi criteri: il criterio dell'alterità, per tale intendendosi la percepibilità esteriore dell'interesse sotteso all'atto (in senso lato) personale; e il criterio del vantaggio o del pregiudizio, che misura la convenienza oggettiva dell'interesse così emerso.

Solo circoscrivendo il fenomeno degli atti personalissimi entro questi confini il legislatore potrà dare sostanza al riconoscimento della “soggettività giuridica agli incapaci”, riconoscimento che “non è dato in vista della loro maturità futura o del loro ritorno alla normalità”, ma in ragione di un principio di eguale dignità della loro condizione umana. Ne consegue pertanto che “l'inidoneità del soggetto di determinare e soddisfare le più complesse esigenze, trova un compenso negli istituti che la legge predispone per la cura degli interessi”<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> FALZEA A., *Capacità*, cit., 21.

<sup>74</sup> Così MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, cit., 1063; in posizione analoga LISELLA G., *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in LISELLA G. - PARENTE F., *Persona fisica*, cit., 301, il quale osserva che l'intervento del legale rappresentante è da ammettere “se l'atto pur essendo di natura esistenziale, si presta ad essere valutato in termini oggettivi sotto il profilo della convenienza in relazione agli interessi del beneficiario”; BRUSCUGLIA L., *Interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983, 116 ss.

<sup>75</sup> Così, testualmente, GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 8.

<sup>76</sup> FALZEA A., *Capacità*, cit., 22.

### 3. *L'intervento sostitutivo del rappresentante legale. Fonte e modalità di esercizio*

La prospettiva sopra descritta induce a legittimare il riconoscimento di meccanismi di sostituzione per il compimento di atti sino ad oggi considerati *sic et simpliciter* personalissimi che, in effetti, siano necessari e indispensabili per la realizzazione della persona umana. Correttamente, infatti, si è osservato che, se l'esclusione dell'esercizio dei diritti da parte dei soggetti incapaci di agire equivale alla sostanziale rimozione della titolarità delle riferite situazioni giuridiche soggettive, la prospettata inammissibilità relativa al compimento di concrete manifestazioni di tali diritti ne configura una reale obliterazione<sup>77</sup>. Dunque, non pare incauto auspicare il passaggio dalla negazione alla graduale ammissibilità della sostituzione negli atti personalissimi, in virtù di specifici provvedimenti autorizzatori.

È interessante, ora, volgere l'attenzione al fondamento di tale potere sostitutivo. Perché se è, ormai, assodato che “non si può ammettere l'esclusione dell'incapace dall'esercizio dei diritti personalissimi in ragione dei limiti del potere di rappresentanza, pena la negazione sostanziale dei suoi diritti fondamentali e la violazione del principio di eguaglianza”<sup>78</sup>, è anche vero che concettualmente si tende a distinguere l'istituto della rappresentanza legale, e più in generale la funzione sostitutiva, dalla funzione di cura della persona<sup>79</sup>, valorizzando la distinzione tra lo strumento della rappresentanza ed il ruolo più complessivo rivestito dal rappresentante legale. A questo proposito può essere utile ripercorrere alcune considerazioni delineate dalla dottrina sul rapporto tra l'ufficio e la rappresentanza. Perché – si è osservato – la rappresentanza sarebbe un mero “espediente tecnico” frequentemente utilizzato nell'ambito dell'ufficio che, però, non esaurisce l'attività complessiva dello stesso, ed è anzi ritenuto insufficiente a spiegare i poteri del titolare dell'ufficio proprio sul terreno specifico degli interessi non patrimoniali. Ufficio e rappresentanza avrebbero dunque il loro punto di incontro nell'essere entrambi rivolti alla cura di un

---

<sup>77</sup> Così PERLINGIERI C., *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 342.

<sup>78</sup> SANTOSUOSSO A. – TURRI G., *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, cit., 482.

<sup>79</sup> FERRANDO G., *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in ID. – LENTI L., *Soggetti deboli e misure di protezione*, cit., 143 ss.

interesse altrui: per cui se propria della rappresentanza è la sostituzione, ciò che caratterizza l'ufficio, invece, è la "funzione" che comprende una "sintesi di poteri, doveri, e diritti spettanti al titolare" dell'ufficio, costituendo il "contenuto specifico di un'autonoma e complessa situazione giuridica" caratterizzata dalla funzionalità all'interesse altrui<sup>80</sup>.

A rigore, dunque, i poteri sostitutivi inerenti alla cura della persona non possono essere qualificati come poteri di rappresentanza. La rappresentanza, è noto, trova il proprio terreno di elezione nell'ambito dei rapporti di natura di natura patrimoniale. Il rappresentante, che agisce in nome e per conto del rappresentato, manifesta la *propria* volontà. L'atto, che produce effetti nella sfera giuridica del rappresentato, è il risultato della valutazione di opportunità e di convenienza compiuta in via esclusiva dal rappresentante, sulla cui oggettiva rispondenza all'interesse del rappresentato si esercita, per gli atti di maggior impegno, il controllo del giudice (artt. 374 e ss., c.c.)<sup>81</sup>. Proprio perché la scelta è scelta del rappresentante non si ammette che i poteri di rappresentanza (del genitore, del tutore, dell'amministratore di sostegno) possano giungere ad abbracciare atti di carattere personalissimo. Nello stesso tempo – lo si è già detto – si esclude che l'incapace, proprio perché dichiarato tale, possa personalmente compierli. Inteso in questi termini, il meccanismo finirebbe per determinare una totale emarginazione ed esclusione, che vanifica diritti fondamentali della persona.

Nell'esercizio di poteri sostitutivi inerenti alla cura della persona, invece, il soggetto investito di tali poteri deve fare una scelta, per quanto possibile, coerente con le soggettive inclinazioni, aspirazioni, con i desideri dell'interessato, una

---

<sup>80</sup> V. MACIOCE V., *Ufficio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 656 ss. Sul punto si veda già ROMANO S., *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 141 ss., ora anche in ID., *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, (1 ed. 1950), rist. 1990, 223- 225.

<sup>81</sup> Sul tema della rappresentanza, tra tanti, cfr. D'AMICO P., *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; D'AVANZO W., *Rappresentanza (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 801 ss.; DELLE MONACHE S., *La "contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 2001, 1 ss.; DI GREGORIO V., *Rappresentanza legale*, in *Digesto*, XVI, Utet, Torino, 1997; NATOLI U., *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987; SACCO R., GRAZIADEI M., *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Utet, Torino, 1998, 616 ss.; VISINTINI G., *Della rappresentanza*, in GALGANO F. – VISINTINI G. (a cura di), *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro LV, Obbligazioni, artt. 1372-1405*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1993, 175 ss.

scelta che ne rispetti la personalità e il tessuto valoriale. Non è dunque una volontà manifestata per o al posto dell'incapace, ma una volontà manifestata “con” l'incapace. Quando esercita diritti di natura personale il soggetto investito di poteri sostitutivi deve coniugare la propria valutazione di opportunità e convenienza con il rispetto e la promozione della personalità del diretto interessato. Il rappresentante non dovrebbe dunque compiere una mera valutazione paternalistica dell'interesse dell'incapace, ma valorizzare qualunque elemento che sia indicativo delle sue preferenze; naturalmente, tener conto di sue eventuali precedenti dichiarazioni di volontà se il soggetto è stato capace (il che, ovviamente, non può essere per i minori); ma anche tener conto di manifestazioni che, seppure si pongono al di sotto della soglia di vere e consapevoli dichiarazioni di volontà, sono indicative dei suoi sentimenti, compresi gli “atteggiamenti” di cui parla la l. 194/1978<sup>82</sup>.

Dai termini così descritti, emerge il concetto di “funzionalizzazione del potere rappresentativo”, già ripreso da un frammento della nota sentenza Englaro, e qui inteso come l'esigenza di aumentare in termini oggettivi la sfera giuridica dell'incapace nell'ottica di preservarne, attraverso l'esercizio mediato dei diritti, il concreto godimento e non solo l'astratta titolarità<sup>83</sup>. In ogni caso, vale la pena precisare che il conferimento del potere di agire al rappresentante, a differenza di quanto può accadere per gli atti di natura patrimoniale, non neutralizza mai la possibilità di una valida realizzazione da parte dell'assistito in condizione di operare una scelta libera e consapevole.

---

<sup>82</sup> Testualmente CATERINA R., *Le persone fisiche*, cit., 119.

<sup>83</sup> Merita di essere annoverata la nota teoria dottrina che postula l'irrelevanza della dicotomia tra capacità giuridica e capacità di agire con riferimento alle situazioni personali e personalissime, cc.dd. esistenziali, rispetto alle quali si realizza una totale coincidenza tra i due momenti. “Se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (ex artt. 2 e 3 Cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente”. Allora non ci si può sottrarre dal riconoscere la necessità di ribaltare la prospettiva tradizionale, accordando primaria importanza al momento esistenziale della persona rispetto al quale le situazioni patrimoniali sono destinate ad occupare una posizione strumentale e, comunque, subalterna. Si ritiene così che il problema della capacità debba essere necessariamente iscritto nella più generale tematica della tutela della personalità e del suo sviluppo, attraverso un'interpretazione sistematica che ricolleggi gli artt. 1 e 2 c.c. con gli artt. 2, 3 e 22 Cost. V., in argomento, STANZIONE P., *Capacità, legittimazione, status*, cit., 120 ss.

In definitiva, la legittimazione del rappresentante risulta ispirata ad un criterio di sussidiarietà<sup>84</sup>, nel senso che si può esplicitare soltanto allorché l'amministrato sia del tutto incapace di manifestarsi, ovvero ancora quando vi sia "sufficiente discernimento del soggetto da determinare quanto meno l'impulso all'esercizio di altri in suo nome"<sup>85</sup>. Diversamente, va sempre incoraggiata, per quanto possibile, la sua partecipazione alla decisione fino a configurare una sorta di realizzazione dell'atto di concerto con l'amministratore.

Sulla natura di questo intervento assistenziale (o combinato) del rappresentante, in dottrina non si registra unanimità di vedute. Ed invero, vi è chi ritiene che "l'assistenza dell'amministratore debba tradursi in un *consenso* all'atto del beneficiario, secondo uno schema che è quello stesso che governa l'intervento del curatore nell'attività del minore emancipato o dell'inabilitato e che la dottrina tradizionale riconduce alla figura dell'atto (complesso) diseguale"<sup>86</sup>. Ma tale soluzione non è parsa del tutto convincente se solo si osserva che le norme in materia di amministrazione di sostegno, mentre dichiarano applicabili all'istituto, nei limiti della compatibilità, una serie di disposizioni previste in materia di tutela (v., ad esempio, gli artt. 349-353 e 374-388 c.c.), non rivolgono invece alcun riferimento alle norme previste in tema di curatela. Di contro, si è sostenuto che l'attività di assistenza deputata al rappresentante necessario non potrà che concepirsi nei termini di "un'attività di ausilio e di aiuto in un processo che rimane essenzialmente di autodeterminazione"<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Diffusamente, anche per i profili comparatistici, MAZZONI C., PICCINI M., *La persona fisica*, cit., 478 ss.

<sup>85</sup> AUTORINO STANZIONE G., *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990, 169.

<sup>86</sup> DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., 44.

<sup>87</sup> Così BALESTRA L., *Gli atti personalissimi del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 669. Osserva l'a.: "occorre abbandonare la logica prettamente patrimonialistica, sottesa agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, per abbracciarne una più consona alla molteplicità e all'essenzialità dei valori che l'individuo è in grado di esprimere. Solo in tal modo si prenderà realmente coscienza che ciò di cui la persona destinataria della misura di protezione ha bisogno - quantomeno in misura pari all'esercizio di poteri rappresentativi nel compimento degli atti - è di un soggetto che lo aiuti a districarsi in un percorso esistenziale connotato da difficoltà". Sul punto, Cfr. CORDIANO A., *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1911.

#### 4. La valorizzazione della volontà residua ovvero la capacità (espansa) di gestire in autodeterminazione i propri interessi

Alternativamente all'opzione che invita l'interprete a meditare su un allargamento delle maglie del potere sostitutivo, si colloca l'opzione opposta che riconosce all'incapace la facoltà di autodeterminarsi sul terreno esistenziale – e secondo alcuni anche patrimoniale)<sup>88</sup> - realizzando gli atti di natura personale che non siano incompatibili con il livello di capacità concretamente residuo. In altre parole, “la persona ha diritto di partecipare alla vita di relazione nella misura in cui essa è idonea a farlo”<sup>89</sup>.

L'emersione di ricostruzioni dottrinali volte a sottrarre l'agire “esistenziale” dal dogma dell'incapacità legale, per proiettarlo sul piano della mera capacità naturale di discernimento<sup>90</sup> - se ha prestato il fianco a critiche agevoli, nella misura in cui persegue “*interpretationes abrogantes*”<sup>91</sup> dei divieti positivi – segnala, tuttavia, il largo divario apertosi tra una coscienza giuridica mutata per l'influsso personalistico della Carta costituzionale ed un tessuto codicistico ormai sclerotico<sup>92</sup>.

Cionondimeno, è da rilevare come nel settore della legislazione speciale sia emersa “una tendenza volta ad allentare la morsa della presunzione di incapacità stretta intorno ai malati mentali in relazione a situazioni ed attività a carattere non patrimoniale”<sup>93</sup>. Si è discusso in proposito come di un “rovesciamento della

---

<sup>88</sup> Assai noto è il cd. “effetto ingessamento”, coniato da CENDON P., *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 624, per tale intendendosi “il rischio che l'eccessiva ampiezza con cui è ammessa l'annullabilità degli atti si traduca” – in misura maggiore o minore – in una ulteriore fonte di discriminazione sociale per la persona “protetta”.

<sup>89</sup> BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 30.

<sup>90</sup> Cfr., in particolare, LISELLA G., *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, 56 ss.

<sup>91</sup> Così PESCARA R., *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Trattato Rescigno*, IV, 2 ed., Utet, Torino, 1997, 770. Manifesta in proposito analogo scetticismo FALZEA A., *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988, 23.

<sup>92</sup> In questi termini CARBONE E., *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 555.

<sup>93</sup> PESCARA R., *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, cit., 766.

prospettiva proporzionalista”<sup>94</sup> che si verifica quando la rilevanza della decisione da prendere invece di richiedere una necessaria e piena disponibilità delle risorse di lucidità e determinazione di una persona impone al contrario la valorizzazione della capacità residua del soggetto.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all’art. 2, comma 2, l. 26 giugno 1967, n. 458, che in tema di trapianto di rene tra persone viventi richiede nel donatore la “capacità di intendere e di volere”<sup>95</sup>; all’art. 3, comma 1, l. 4 maggio 1990, n. 107, che, nel disciplinare le attività trasfusionali relative al sangue umano e ai suoi componenti e la produzione di plasmaderivati, ammette la cd. donazione di sangue “previo consenso informato e la verifica della idoneità fisica del donatore”; all’art. 95, comma 2, l. 22 dicembre 1975, n. 685, sostituito dall’art. 29 l. 6 giugno 1990, n. 162, ove è implicitamente sancito che gli accertamenti diagnostici e gli interventi preventivi, curativi e riabilitativi su persone incapaci legali che fanno uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti possono essere richiesti personalmente dagli interessati che presentino attitudine al discernimento; all’art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833, che statuisce la volontarietà del trattamento sanitario non previsto dalla legge come obbligatorio indipendentemente dalla condizione giuridica del malato<sup>96</sup>; all’art. 13, l. 22 maggio 1978, n. 194, ove è contemplata la possibilità che sia la stessa donna interdetta a presentare la richiesta di interruzione della gravidanza<sup>97</sup>.

Tutte queste situazioni esistenziali, legate all’esercizio della libertà di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari, pur rappresentando una modestissima realtà all’interno dell’infinito panorama normativo, rivestono un’importanza notevole in quanto tentativi concreti del legislatore di erodere una

---

<sup>94</sup> ZATTIP., *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 315 ss.

<sup>95</sup> MANTOVANI M., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 254; v. anche D’ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino – Napoli, 1983, 181.

<sup>96</sup> BRUSCUGLIA L., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 184. Resta da evidenziare una (ulteriore) non trascurabile conquista giuridica della l. 180 (art. 11) che ha riconosciuto agli interdetti per infermità di mente e agli inabilitati la capacità elettorale attiva e implicitamente anche quella passiva. Sul punto v. recentemente le belle considerazioni “poetiche” di CATERINA R., *Una città nella città. Il Cottolengo di Italo Calvino*, in *Politica.eu.*, 2015, *passim*.

<sup>97</sup> V., per tutti, GIARDINA F., *Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1671.

connessione logica di sapore dogmatico qual è quella tra infermità mentale e incapacità di agire nell'ambito delle scelte più intime. Incoraggia in questa direzione la doverosità di un'analisi che tenga conto delle innovazioni legislative che, pur realizzatesi al di fuori della disciplina codicistica, devono essere sottoposte alla riconduzione a sistema, non potendosi in automatico anteporre un giudizio di marginale deviazione della *ratio* e dunque di eccezione.

## CAPITOLO II

### CONSENSO ALL'ATTO MEDICO E SCENARI DI FINE VITA: LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA L. 219/2017

SOMMARIO: 1. *Ante scriptum*; 2. Un'introduzione al problema giuridico del consenso all'atto medico. Il caso del paziente capace: l'art. 1 della l. 219/2017; 3. Il consenso all'atto medico di minori e incapaci: l'art. 3 della l. 219/2017; 4. Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario.

#### *1. Ante scriptum*

L'approvazione in via definitiva della l. 22 dicembre 2017, n. 219<sup>98</sup>, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (pubblicata nella G.U. 16 gennaio 2018, n. 12) smorza e forse depotenzia, in parte e in astratto superandole, buona parte delle obiezioni etiche e giuridiche che negli ultimi trent'anni hanno ostacolato l'avanzare di una compiuta normazione del tema.

Poliedrica nell'occuparsi non solo della disponibilità delle procedure di sostegno in condizioni estreme ma anche del rifiuto di qualunque trattamento sanitario a prescindere dalle condizioni cliniche della persona, così che al tema del consenso/dissenso *ora* (semmai vi fosse ancora il bisogno di riceverlo) si accompagna quello – invero centrale – del *per allora*, la l. 219 del 2017 tradisce tuttavia, sul piano del *drafting*, una prosa in alcuni passi eccessivamente zelante, a spiovere tra il timore (legittimo?) del legislatore di dire troppo ovvero la preoccupazione di dire troppo poco<sup>99</sup>. È innegabile infatti che lo spessore

---

<sup>98</sup> Il disegno di legge ha preso le mosse dal testo unificato delle proposte A.C. 1142 Mantero ed abb. (C. 1298 Locatelli, C. 1432 Murer, C. 2229 Roccella, C. 2264 Nicchi, C. 2996 Binetti, C. 3391 Carloni, C. 3561 Miotto, C. 3584 Nizzi, C. 3586 Fucci, C. 3596 Calabrò, C. 3599 Brignone, C. 3630 Iori, C. 3723 Marzano, C. 3730 Marazziti e C. 3970 Silvia Giordano), che, approvato dalla Camera il 20 aprile 2017, è stato licenziato dal Senato senza variazioni il 14 dicembre 2017, poco prima della conclusione della XVII Legislatura.

<sup>99</sup> Mi pare possa così sintetizzarsi il giudizio complessivo sulla nuova legge da parte di CARUSI D., *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 293 ss.; ID., *Ippocrate*

complessivo della legge, comunque pregevole e in definitiva piana ed equilibrata, riflette la natura programmaticamente compromissoria del testo base frutto dell'unificazione di oltre una dozzina di proposte e, dettaglio non meno significativo, arrivata al traguardo dell'approvazione attraverso il sostegno di una maggioranza in composizione inedita.

Ora, il principale merito della legge va certamente individuato nell'aver dotato di certezza normativa il diritto vigente della relazione di cura, elevando al rango di legge effettiva quei fondamentali principi che la giurisprudenza ha saputo affermare e consolidare nel corso degli ultimi anni<sup>100</sup>. Così se da un lato la nuova disciplina consacra il valore fondativo<sup>101</sup> del consenso, quale "condizione continuativa" della relazione di cura<sup>102</sup>, nonché elemento d'incontro tra "l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"<sup>103</sup>, dall'altro sembra rifuggire dall'idea del consenso come *atto*, anziché relazione, che finisce per burocratizzare e spersonalizzare il rapporto medico-paziente.

Ovvio constatarsi che un giudizio più calibrato sulla bontà della legge necessita di attendere l'interpretazione che in sede applicativa ne fornirà la giurisprudenza<sup>104</sup>, in passato non del tutto immune da "valutazioni spurie", da

---

e la polis. Note in margine al disegno di legge 2801 detto "sul testamento biologico", in *Annali Sisdic*, 2017.

<sup>100</sup> FOGLIA M., *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.; ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e Dat*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.

<sup>101</sup> RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma Bari, 2012, 265.

<sup>102</sup> ZATTI P., *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 16.

<sup>103</sup> Così recita testualmente l'art. 1, comma 2, l. 219/2017.

<sup>104</sup> Allo stato si segnalano le seguenti pronunce: Trib. Modena, 18 gennaio 2018, in *personaedanno.it*, quale primissimo provvedimento che riporta un riferimento meramente ricognitivo alla l. 219/2017 dal momento che, all'atto della pronuncia in parola, la legge neppure risultava entrata in vigore; Trib. Modena, 23 marzo 2018, in *dirittoegiustizia.it*; Trib. Pavia, 24 marzo 2018, in *personaedanno.it*, v. a margine il commento in parte adesivo di ROSSI R., *Il potere dell'a.d.s. di rifiutare le cure va alla Consulta*; in *Il familiarista.it*, con nota di MASONI R., *Potere dell'ADS di rifiutare le cure senza l'intervento del GT: il Tribunale di Pavia solleva questione di legittimità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1118 ss., con nota critica di PICCINNI M., *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*. La pronuncia è particolarmente rilevante in quanto da essa muove la prima questione di legittimità costituzionale della l. 219/2017, con riferimento ai commi 4 e 5 dell'art. 3, nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, possa, in mancanza di disposizioni anticipate di trattamento, rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita del beneficiario senza l'autorizzazione preventiva del giudice tutelare, in violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 Cost; Trib. Vercelli, 31 maggio 2018, in *Il caso.it*.

“sottili distinguo”, da “velate forme di elusione”<sup>105</sup> celatesi, per l'appunto, dietro lo schermo dell'assenza nell'ordinamento giuridico di una disciplina legislativa *ad hoc*<sup>106</sup>.

Senza perder di vista l'impostazione generale del tema che ci occupa, è parso utile articolare la trattazione seguente introducendo dapprima la questione del consenso all'atto medico, e poi applicandola partitamente alle diverse ipotesi del “Consenso informato” del paziente capace (art. 1 l. 219/2017); del consenso di “Minori e incapaci” (art. 3); del consenso preventivo all'atto medico ovvero le cc.dd. “Disposizioni anticipate di trattamento”, nelle quali trova spazio la possibilità di nominare un *fiduciario* (art. 4).

## *2. Un'introduzione al problema giuridico del consenso all'atto medico. Il caso del paziente capace: l'art. 1 della l. 219/2017*

Nell'età della tecnica si pone in modo nuovo rispetto al passato il problema dei limiti della medicina e dei limiti del diritto riguardo alla sfera esistenziale e privata<sup>107</sup>. Le nuove tecnologie e più in generale la scienza hanno ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, collegando le conseguenze di quelle decisioni ad una libera scelta, ad un atto umano e consapevole, e in ultima istanza ad una responsabilità individuale<sup>108</sup>. Il diritto nell'età della tecnica<sup>109</sup> ha dovuto così fare i conti non solo con un mutamento

---

<sup>105</sup> PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 366.

<sup>106</sup> Come nella vicenda giudiziaria di Piergiorgio Welby, v. Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 571, con nota di CASABURI G., e in *Resp. civ. prev.*, 2007, 78, con nota di ALPA G.; e successivamente Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 105 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 65. Analogamente è a dirsi in riferimento al meno celebre – ma nei suoi sviluppi finanche più drammatico – “caso Nuvoli”: su di esso cfr. Procura Sassari, 13 febbraio 2007, in *Guida dir.*, 2007, 16, 92 ss.; nonché Trib. Sassari, 16 luglio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di CASABURI G.; Procura Sassari, 23 gennaio 2008, in *Dir. giust.*, 2008, 10.

<sup>107</sup> Profondo indagatore del tema in tutte le sue connessioni è RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009, ed. ampl., 1ss., *ivi* specialmente 247 ss.

<sup>108</sup> V. tra molti: D'AVACK L., *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2009; ESPOSITO R., *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004; FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999; IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2016.

<sup>109</sup> TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004.

culturale, ma soprattutto con la radicale trasformazione del paradigma della naturalità, che, per il suo carattere imm modificabile e autoregolante, esonerava dall'obbligo di prevedere una disciplina nei settori di sua competenza. Questa svolta - da alcuno assurta al rango di una vera e propria "questione bioantropologica"<sup>110</sup> - si è riverberata inevitabilmente sullo spazio e la forma dei diritti legati al corpo, alla salute e alla vita nella fase iniziale e finale di essa<sup>111</sup>, modificandone le categorie e adeguandole ad un nuovo lessico<sup>112</sup>: la *consensualità della relazione terapeutica* è indubbiamente uno dei prodotti principali di questo cambiamento.

La tutela dell'autodeterminazione si è mostrata però sin da subito un luogo critico del diritto privato<sup>113</sup>, e ciò essenzialmente perché il regime giuridico del consenso – fatto di principi fondativi, presupposti soggettivi e oggettivi, raggio di applicazione, efficacia – risulta ancora oggi conteso dalle finalità più disparate<sup>114</sup>: garantire diritti individuali, certo, ma anche distribuire rischi professionali<sup>115</sup>, preservare la fiducia nel rapporto terapeutico, rinsaldare l'elevata socialità della medicina a fronte di disarticolati tentativi di oscurantismo anti-scientifico, tutelare l'interesse pubblico ad esercitare un controllo su standard di cura e allocazione efficiente delle risorse<sup>116</sup>. Questa trama plurale di ragioni istituzionali e culturali

---

<sup>110</sup> NICOLUSSI A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 5.

<sup>111</sup> GORASSINI A., *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in AA. VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2008, I, 227 ss.

<sup>112</sup> Per un aggiornamento multidisciplinare sullo stato dell'arte dei rapporti tra diritto e scienza v. AA. VV., *Giurisprudenza e scienza. Atti dei Convegni Lincei (Roma 9-10 marzo 2016)*, Bardi Edizioni, 2017, (tra gli altri in particolare i saggi di BENATTI F., - GAMBARO A., CALABRESI G., TARUFFO M., e nuovamente le conclusioni di GAMBARO A.)

<sup>113</sup> BUSNELLI F.D., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001; CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1051 ss.

<sup>114</sup> Se ne avvede molto bene CALDERAI V., *Consenso informato*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 240.

<sup>115</sup> Tema al centro della l. 8 marzo 2017, n. 24 recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*". Cfr. ALPA G., *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 728 ss.; CALVO R., *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 453 ss.; CARBONE V., *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737 ss.; GORGONI M., *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med.*, 2017, 17 ss.; PARDOLESI R., *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 261 ss.; PONZANELLI G., *Medical practice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Contr. impr.*, 2017, 356 ss.

<sup>116</sup> Per un inquadramento anche sociologico del tema v. BAUMANN Z., *Mortalità, immortalità e altre strategie di vita*, Bologna, 2012, 249 ss., il quale evidenzia che "lo sforzo di spingere in

ha fatto sì che il consenso si riflettesse nella giurisprudenza pratica e teorica in modo parziale e distorto, soprattutto, ma non solo, a causa dell'applicazione problematica di una serie di categorie generali. Preso atto del guadagno di senso che un confronto sistematico tra il diritto primo (diritto privato generale) e il diritto secondo (biodiritto civile)<sup>117</sup> potrebbe far conseguire al tema in parola, resta tuttavia un dato col quale occorre misurarsi: quello che individua nella prospettiva dell'*autonomia privata* un vero e proprio "ostacolo epistemologico"<sup>118</sup> alla costruzione giuridica del consenso sul terreno delle scelte personali<sup>119</sup>.

---

avanti i confini della vita naturale è sempre più evidentemente soggetto alla legge dei rendimenti decrescenti". V. sul punto Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 74 ss., che, (in una delle ultime scansioni giudiziarie della vicenda Englaro) appellandosi alla nozione di un "moderno diritto amministrativo prestazionale", descrive la prestazione sanitaria e l'accesso ad essa come una "prestazione positiva complessa che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico-paziente all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, alla formazione del consenso informato, all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancora che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psicofisico, il suo fulcro e il suo fine".

<sup>117</sup> È noto che la formula diritto primo (o diritto privato generale) – diritti secondi è stata coniata da CASTRONOVO C., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20 ss. Per diritti secondi suole intendersi "quelle aggregazioni per materia caratterizzate o dalle creazione di istituti nuovi o dal volgimento di istituti generali a obiettivi specifici di *social engineering* sicché da quest'ultimo punto di vista, che è il punto di vista del diritto privato generale, essi si pongono come diritti secondi, diritti che si elevano sui presupposti forniti dal primo, ai quali quest'ultimo deve assicurare altresì l'esatta calibratura". Da qui deriva la necessità del "controllo del cultore di diritto privato generale sulla utilizzazione degli istituti giuridici e delle categorie dogmatiche elaborati in seno al diritto primo, nell'ambito dei diritti secondi". Tale controllo dovrà condursi in chiave dinamica, cioè biunivoca, per via dell'"influsso che quelli possono esercitare su questo, a livello normativo in termini di sviluppo o se si vuole di nuova conformazione degli istituti generali adoperati, a livello metanormativo in termini di arricchimento della prospettiva degli istituti medesimi".

<sup>118</sup> CALDERAI V., *Consenso informato*, cit., 241. L'a. sostiene che "Il problema del consenso informato all'atto medico si salda, per un verso, alla tassonomia dei diritti inviolabili ... e per altro verso al paradigma dell'autonomia privata" (*op. loc. cit.*). L'esito di questa matrice composita è la rappresentazione del consenso informato come una "chimera che mescola la sostanza dell'individualismo possessivo alla forma dei diritti fondamentali" (230).

<sup>119</sup> "E' la vita la posta in gioco... ossia il controllo che il sistema rivendica sui bisogni concreti e fondamentali dell'uomo, la realizzazione piena delle sue virtualità (il diritto alla vita, al corpo, alla salute, al ristabilimento di giustizie ancestrali, il diritto insomma alla pienezza del possibile)": così MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, cit. Secondo GORGONI M., *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1537, "E' certo che ricorra una base comune, l'autonomia (*autonomy*) che, a sua volta, rimanda al concetto classico di libertà personale e che, se applicata all'ambito sanitario, consente di affermare che non esiste un legame funzionale diretto con la salute; perché l'orizzonte dell'autonomia è più alto, persino più alto di quello della salute. ... E' evidente, tuttavia, che il terreno su cui si esercita l'autonomia non è indifferente, il coinvolgimento del proprio corpo assume un'importanza particolare ... che non può essere posta sullo stesso piano della libertà che si estrinseca in una scelta *market oriented*".

In effetti ciò sembra essere vero per una moltitudine di fattori che vale la pena mettere in evidenza: anzitutto perché l'autodeterminazione in senso pieno (ossia quella costruita in contemplazione di un uomo maturo, relazionale, non emotivo) – sappiamo essere – un'idea regolativa assolutamente distante dall'esperienza della pratica clinica quotidiana<sup>120</sup>; in secondo luogo, perché la capacità di esprimere una decisione autonoma nelle scelte esistenziali non sarebbe propriamente l'effetto di una fattispecie astratta, ma una condizione personale che andrebbe valutata caso per caso e promossa in relazione alla tipologia e alle finalità del trattamento, al quadro clinico, alla personalità e alle specifiche condizioni di vulnerabilità del paziente<sup>121</sup>; e da ultimo, perché la nozione quantitativa di capacità – s'è detto – andrebbe integrata da un più vasto spettro di valutazioni, che dalla situazione idealtipica di coincidenza tra capacità e pienezza delle facoltà trascorre sino alla condizione di chi è totalmente privo di ogni capacità naturale, passando per vari stadi intermedi di dissociazione tra il profilo

---

<sup>120</sup> Cfr. in argomento MOROZZO DELLA ROCCA P., *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 387 ss., spec. 416 ss., secondo il quale occorre collegare l'efficacia giuridica del voluto alle condizioni psicologiche del volente, poiché nell'ambito delle relazioni di cura "la sola centralità del dichiarato e il principio di autoresponsabilità potrebbero" – talora - "costituire la negazione di una più sofferta e polisemica volontà" (418). L'a. concentra, infatti, tutte le sue perplessità sulla specifica capacità della persona di affrontare *razionalmente* una situazione di menomazione grave della salute e dell'integrità del corpo: "una cosa è riconoscere una persona come autonoma in termini generali, altra cosa è una "scelta autonoma", dato che in questo secondo caso ciò che vale è riuscire a superare i limiti imposti dalla malattia, dalla depressione, talvolta dall'ignoranza sul proprio effettivo stato, dalle coercizioni e da altre condizioni che riducono le capacità e le possibilità di scelta: tutte limitazioni che non consentirebbero di invalidare l'assunzione di un impegno contrattuale ma che dovrebbero forse ricevere maggiore attenzione nel caso di una decisione di fine vita o di rifiuto di cure non futili" (420). Di fronte all'opposizione del paziente, comunque espressa, "*il ne s'agit donc pas d'y répondre nécessairement par un act, mais de l'entendre pour ce qu'elle signifie*", così ISRAEL L., *Contro l'eutanasia*, Torino, 2007, 91.

<sup>121</sup> Tale considerazione risulta coerente con la nuova dimensione che ormai da tempo ha assunto la salute, non più intesa in termini negativi come semplice assenza di malattia, ma positivamente come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. La salute diviene dunque apprezzabile sulla base di una valutazione soggettiva riferita all'intera esperienza vissuta dal paziente: si assiste così al passaggio dall'idea di salute come *standard* (l'uomo sano) all'idea di salute come *vissuto*. Il richiamo è all'espressione "salute identitaria" adoperata da ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1 ss., il quale la definisce come il necessario "involupamento di libertà, identità e salute" (4). Ne consegue pertanto che se la salute non può essere determinata solo in termini oggettivi, ma deve tener conto anche dei profili dell'esperienza individuale, allora la scelta terapeutica sarà il risultato di un processo dialettico tra medico e paziente. In argomento PUCCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità della relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, 48 ss.; nuovamente ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 403 ss.

giuridico-formale e il profilo di sostanziale partecipazione e adesione alle decisioni<sup>122</sup>.

Ad uno sguardo più superficiale pare che la l. 219 del 2017 si faccia in parte carico di alcune di queste obiezioni, per un verso inglobandole in una visione istituzionale e, comunque, realistica delle difficoltà connaturate alla relazione di cura, per altro verso assecondando in non pochi frammenti l'opportunità di una forma di "autodeterminazione intesa in senso relativo e non assoluto, relazionale e non solipsistico, come momento di un procedimento anziché come presupposto di un atto", in altre parole, "fin dove esiste capacità intesa come possibilità di relazione"<sup>123</sup>.

Ma veniamo a considerare i principali contenuti dell'art. 1 della l. 219 del 2017.

Il comma 1 dell'art. 1 della l. 219/2017 esordisce "ambiziosamente" delineando nel suo corpo un programma di tutele e un precetto (esecutivo) di garanzia di queste ultime: così si spiegano, infatti, il richiamo preambolare agli artt. 2, 13 e 32 Cost., e agli artt. 1, 2, 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - richiamo declinato testualmente nel senso della tutela del "diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione" -, e il riferimento alla disposizione cardine dell'odierno intervento legislativo, quella secondo cui "*nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge*". La norma nella sua duplice componente programmatica e precettiva poteva, tuttavia, già considerarsi inscritta nel diritto vigente<sup>124</sup>, avendo la giurisprudenza di legittimità<sup>125</sup> e quella costituzionale<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Tra gli studi più accurati in questa direzione si veda CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.; GENNARI G., *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Famiglia*, 2006, 733 ss.; PERLINGIERI C., *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, cit., 330 ss.; ZATTI P., *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 315 ss., spec. 320. V. in particolare MAGLIONA B., *Incapacità naturale e tutela della salute: il ruolo del medico tra autonomia e beneficiabilità*, in BIANCHI A., MACRÌ G.P., (a cura di), *La valutazione della capacità di agire*, Cedam, Padova, 2011, 3 ss., nonché gli altri saggi presenti in questo volume.

<sup>123</sup> CALDERAI V., *Consenso informato*, cit., 255.

<sup>124</sup> In questi termini CARUSI D., *La legge "sul biotestamento"*, cit., 293, il quale evidenzia il collegamento di quest'ultima previsione, in particolare, con il dettato dell'art. 32, comma 2, Cost., di cui costituirebbe una formulazione "più distesa".

reiteratamente individuato nel consenso informato del paziente “la legittimazione e il fondamento del rapporto terapeutico”. Sul punto del resto non paiono trascinarsi molti margini di interpretazione, per cui se il medico non può agire senza il consenso del paziente vale necessariamente la proposizione uguale e contraria: egli deve arrestarsi di fronte al suo dissenso. Trova, dunque, definitivamente riconoscimento in nome della libertà di cura (art. 13 e 32, comma 2, Cost.) il diritto di ogni persona capace di intendere e di volere di sottrarsi a tutti i trattamenti sanitari che giudica indesiderati<sup>127</sup>.

Il disegno della relazione di cura tratteggiato dalla l. 219 è consistente. Il comma 2 dell’art. 1, nel definirne i connotati, così dispone: “E’ promossa e

---

<sup>125</sup> Tra i fondamentali interventi ispiratori di questo indirizzo v.: Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di CASABURI G., *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*; in *Fam. dir.*, 2008, 129, con nota di CAMPIONE R., *Stato vegetativo permanente e diritto all’identità personale in una importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, con nota di SANTOSUOSSO A., *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, ivi, II, 1 ss., e nota di VENCHIARUTTI A., *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, ivi, 100 ss.; in *Famiglia*, 2008, 93, con nota di VENUTI M.C., *Il diritto all’autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E.E.*; in *Corr. giur.*, 2007, 1682; Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 170, con nota di CRICENTI G., *Il cosiddetto dissenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 126, con nota di GORGONI M., *Libertà di coscienza v. salute: personalismo individualista v. paternalismo sanitario*; Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, 881, con nota di CAMPIONE R., *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U., penali nella prospettiva civilistica*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060, con nota di TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza di consenso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 926. Da ultimo v. Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 424 ss.

<sup>126</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328; in *Giur. cost.*, 2008, 4964 ss., con nota di BALDUZZI R. – PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, e di MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*. In senso conforme: Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, 2889. Tra i precedenti: Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2002, I, 394; Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it.*, 2000, I, 2739. V. in particolare Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, con nota di ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo e in quello passivo*.

<sup>127</sup> Nel quadro dei principi sopra richiamati la l. 219/2017 mette definitivamente a tacere le tesi secondo cui la necessità di salvare la vita o la salute del paziente autorizzerebbe il medico ad interventi anche non consentiti. In questa prospettiva, la rappresentazione del trattamento proporzionato e attuato secondo le *leges artis* come un’attività in radice lecita, che può prescindere dal consenso del paziente, - secondo la ormai vetusta formula giurisprudenziale dell’*autolegittimazione medica* -, confonde la legittimazione dei singoli atti praticati dal medico sulla persona con la liceità dell’attività medica in generale, i cui scopi trascendono i trattamenti individuali e sono legittimati dalla legge fintanto che non richiedono il compimento di un’attività sull’altrui persona. Aderisce alla tesi criticata EUSEBI L., *Criteriologie dell’intervento medico e problemi di fine vita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1232.

valorizzata la relazione di cura e di fiducia<sup>128</sup> tra paziente e medico che *si basa* sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”.

Sulle scelte lessicali adottate in questo comma dal legislatore vale la pena soffermarsi, perché contribuiscono ad inquadrare correttamente la natura giuridica del consenso/dissenso all'atto medico<sup>129</sup>. Ed invero il fatto che il rapporto terapeutico “si basi” sul consenso informato pone in evidenza come l'atto di consenso del paziente non possa essere inteso come un mero consenso iniziale che crea un vincolo, quasi si trattasse di un atto negoziale. Si tratta, al contrario, di “un assenso, cioè un atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo”<sup>130</sup>. Il consenso del paziente viene dunque ad assolvere la funzione di “un'autorizzazione di cui il medico e la struttura sanitaria ha bisogno per poter agire”<sup>131</sup> su di esso, ed è in questa accezione che il consenso sostiene il rapporto terapeutico nel corso di tutto il suo svolgimento. L'esatta configurazione giuridica del consenso informato impone allora di interpretarlo come la “condizione di procedibilità” dell'esecuzione di una prestazione (*id est*: di cura) obbligatoria *ex lege*, “mancando la quale il medico avrà il dovere di attuare un'azione alternativa a quella rifiutata, ove in concreto esistente, oppure rimarrà costretto senza sua colpa a non eseguire la prestazione dovuta”<sup>132</sup>. Se ne ricava agevolmente che la dichiarazione di consenso del paziente non costituisce la giustificazione in sé dell'intervento di cura<sup>133</sup>, ma meglio s'intende come l'elemento costitutivo della

---

<sup>128</sup> Sul riferimento (forse ultroneo) alla caratterizzazione “fiduciaria” del rapporto medico-paziente, si segnala la posizione favorevole di ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge*, cit., 248, il quale sottolinea che “La menzione della *fiducia* è importante perché “circonda” per così dire, il nucleo della cura, e contribuisce a *escludere qualsiasi riduzionismo tecnico* del termine “cura”.

<sup>129</sup> In tema v. la lucida ricostruzione di NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania, e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989, 153 ss. Sostiene l'a. che “La natura particolare dell'atto di consenso all'intervento sul proprio corpo richiede di soddisfare esigenze del tutto diverse: da un lato, di assicurare una signoria dell'interessato – e dunque una rilevanza del volere – attraverso criteri di capacitazione non soggetti a limiti standardizzati; dall'altro di risolvere l'*impasse* che risulterebbe dall'incapacità legale a prestare il consenso – combinata con l'impraticabilità della rappresentanza – in vista dell'interesse alla salute”.

<sup>130</sup> CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1053.

<sup>131</sup> CASTRONOVO C., *op. loc. ult. cit.*

<sup>132</sup> Così MOROZZO DELLA ROCCA P., *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, cit., 412.

<sup>133</sup> Nel senso che il consenso informato non va confuso con il consenso dell'avente diritto nella misura non “scrimina” un'attività – quella medica – in sé illecita, v. FRANZONI M., *Testamento*

liceità e legittimità della pratica clinica in tutti quei casi in cui la realizzazione di finalità di interesse generale della medicina passa attraverso un'attività che invade lo spazio "sovrano" in cui ciascuno "è" il suo corpo<sup>134</sup>.

Senonché, ancora nell'ambito del 2 comma, il legislatore definisce la platea dei possibili protagonisti della relazione di cura, alla quale – è disposto – "contribuiscono..., in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria"; trova inoltre codificazione la prassi, invero già invalsa, di ampliare – "se il paziente lo desidera" – la partecipazione alla relazione di cura: di tal ché dal fisiologico rapporto duale medico-paziente si trascorre ad una "relazione plurale", per la quale è ora legislativamente fruibile il coinvolgimento di "familiari", della "parte dell'unione civile", del "convivente", ovvero di una "persona di fiducia del paziente medesimo"<sup>135</sup>.

Presupposto, affinché la persona possa prendere una decisione consapevole, è che la strutturale "asimmetria informativa" propria della relazione tra medico e paziente sia tendenzialmente superata, o quantomeno colmata, attraverso un flusso informativo volto a fornire strumenti conoscitivi comprensibili per il paziente<sup>136</sup>: di tale presupposto si occupa il comma 3 dell'art. 1 che disciplina il diritto del paziente di essere informato in modo esauriente e comprensibile, avendo egli "il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute"<sup>137</sup>. Curiosamente, però, il

---

*biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. impr.*, 2009, 259; CRICENTI G., *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008, 190. Lo intende come "modalità necessaria" dell'atto medico, "la cui mancanza può dar luogo a responsabilità", NICOLUSSI A., *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 133 ss., ivi 142.

<sup>134</sup> ZATTI P., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, ora in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 53 ss., spec. 64.

<sup>135</sup> La previsione contribuisce a chiarire il ruolo dei cosiddetti "protettori naturali" del paziente. I connotati della figura sono stati impostati lucidamente già in DE ACUTIS M., - EBENE M.C. – ZATTI P., *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in BUSNELLI F.D. – BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, 101 ss.

<sup>136</sup> In argomento BORSELLINO P., "Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura, in *Fam. dir.*, 2018, 789 ss., spec. 794-795. V., in tema, GRAZIADEI M. *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., 2011, 191 ss; e MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S. TALLACHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., 2010, 362 ss.

<sup>137</sup> A termini del 3 comma dell'art. 1, l'informazione medica verte sulla diagnosi, sulla prognosi, sui benefici e i rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché sulle possibili alternative e sulle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e sull'accertamento diagnostico o sulla rinuncia ai medesimi.

legislatore ha inteso regolare nella stessa sede anche il diritto del paziente a *non sapere*<sup>138</sup>: la previsione – va subito precisato - ha destato diffuse perplessità tra i primi commentatori della legge, essendosi stabilito, non solo, che il paziente “Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di fiducia incaricati di riceverle”, ma anche che costoro hanno la facoltà – “se il paziente lo vuole” - “di esprimere il consenso in sua vece”.

Dato atto della rilevata discrepanza tra “l’immagine di un interessato che rifiuti *ogni* informazione (“in tutto”) o che deleghi ad altri di riceverla” e “il programma di “valorizzare” la relazione di cura” di cui il rinvio “all’enfatica indicazione del “consenso informato” quale “base” di essa”<sup>139</sup>, è tuttavia la parte conclusiva del 3 comma a porsi in difficile armonia con la natura del consenso informato: trovando qui spazio la disciplina di “una sorta di sostituzione rappresentativa” che consente all’interessato di delegare ad altri la manifestazione del consenso ai trattamenti sanitari e, dunque, a rigore anche il rifiuto o la rinuncia agli stessi<sup>140</sup>.

Ora, anticipando solo in parte i contenuti dell’art. 3 della legge in commento, sembra potersi riferire l’incongruità logica e sistematica che affligge la disposizione criticata, nella misura in cui l’avocazione a terzi, - si badi bene - da parte di un soggetto capace e cosciente, di un apposito potere deliberativo (assentivo o dissentivo) sulle proposte terapeutiche indicate dal sanitario esorbita forse dallo spirito e dallo schema complessivi della nuova disciplina<sup>141</sup>. In effetti, come avremo modo di vedere più avanti, il consenso o il rifiuto all’intervento

---

<sup>138</sup> V. D’AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 183.

<sup>139</sup> Così CARUSI D., *La legge “sul biotestamento”*, cit., 294.

<sup>140</sup> In effetti il problema non risiede tanto nella facoltà di inserire un terzo nell’itinerario informativo, ipotesi già era espressamente garantita dall’art. 33, comma 3, del Codice di Deontologia Medica del 2014, quanto nell’assegnazione a quest’ultimo del potere di assentire o dissentire ai trattamenti sanitari in sostituzione dell’assistito. Critico su questo frammento della legge DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul “testamento biologico” e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss., spec. 1004 ss.

<sup>141</sup> Come “a dire che il legislatore (nel citato comma 3) *plus dixit quam voluit*, a proposito dell’apparente e piena possibilità di delegare a terzi il consenso ai trattamenti sanitari, compresa dunque quell’estrema manifestazione del relativo potere che consiste nel rifiuto di cure salvavita”: così DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul “testamento biologico”*, cit., 1004. Diversamente, sul punto, ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 248, secondo il quale la persona incaricata ex art. 1, comma 3, riceverebbe più propriamente “un mandato con potere di rappresentanza che può non avere limiti, se così vuole il paziente”.

sanitario può – a norma della l. 219/2017 – essere prestato dall’interessato (art. 1, comma 5), ovvero dal rappresentante *legale* dell’incapace (art. 3, comma 5); non essendo invece “ammissibile che a opporre, segnatamente, un rifiuto a trattamenti salvavita sia un rappresentante *volontario* del paziente, incaricato di formare e manifestare una volontà in sua vece”<sup>142</sup>. Maggiore plausibilità sembra conservare la rivale opzione, quella, per l’appunto, che riconosce nell’ufficio di delegato del paziente ad esprimere il consenso i sembianti di un’attività di mera trasmissione materiale delle decisioni già assunte da quest’ultimo: in buona sostanza, un ruolo analogo a quello del *nuncius*<sup>143</sup>.

Il consenso del paziente costituisce anche la misura dei doveri del medico<sup>144</sup>. La l. 219/2017 fa proprio questo principio esplicitandolo con una sintassi chiara ed inequivocabile nell’ambito dei commi 5 e 6 dell’art. 1, i quali tagliano ogni nodo circa il necessario ossequio da tributare alla volontà negativa del paziente capace. Ed è proprio il rifiuto (o la revoca del consenso) a sostanziare la decisione potenzialmente più delicata, esso segnando un tendenziale “non allineamento” tra medico e paziente all’interno della relazione di cura.

La disciplina predisposta sul punto dal legislatore si presenta piuttosto articolata, prendendo essa in esame sia l’ipotesi del rifiuto di cure salvavita, sia la tormentata distinzione fra trattamenti da intraprendere e trattamenti in atto<sup>145</sup>. Per il caso del “rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza” della

---

<sup>142</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul “testamento biologico”*, cit., 1005.

<sup>143</sup> È questa la conclusione, condivisibile, di DELLE MONACHE S., *op. loc. cit.*

<sup>144</sup> “Il consenso informato”, osserva Cass., 16 ottobre 21748, 2007, cit., “ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche i quella terminale”. “Deve escludersi che il diritto all’autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita; la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva”. Da parte de medico c’è “il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico e attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c’è possibilità di disattenderlo in nome di un principio di ordine pubblico”. V. anche Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit., relativa al rifiuto di trasfusioni da parte di testimoni di Geova; e v. già, in tema, Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, 1713, e in *Danno resp.*, 2008, 27, con nota di GUERRA G., *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*. Al riguardo, v. PRINCIGALLI A., *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 85 ss.

<sup>145</sup> V., in tema, CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., *Il governo del corpo*, II, a cura di CANESTRARI S. – FERRANDO G. – MAZZONI C. – RODOTÀ S. – ZATTI P., Giuffrè, Milano, 2011, 1901 ss. Sulla distinzione tra *lasciar morire* e *procurare la morte*, v. D’AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 180 ss.

persona<sup>146</sup>, il 5 comma dell'art. 1 codifica – opportunamente - una prassi già nota all'esperienza clinica: “il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica”<sup>147</sup>. L'obiettivo lodevole della norma è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto di cure si traduca in un potenziale veicolo di condotte di “abbandono terapeutico”<sup>148</sup>. Quanto invece all'ipotesi che i trattamenti siano già in corso, e che per la loro interruzione si richieda una condotta attiva del sanitario, la situazione (di incertezza) anteriore all'entrata in vigore della l. 219 non avrebbe potuto escludere il rischio di sanzioni penali a carico del personale medico: il legislatore del 2017 supera con agilità le diatribe del passato, per un verso adoperando l'accorgimento stilistico di accostare – sistematicamente – al concetto di “rifiuto” quello di “rinuncia” (ne costituiscono, un esempio, la formula dell'art. 1, comma 1, “nessun trattamento... può essere iniziato o proseguito”; e i commi 5 e 6 del medesimo art. 1); e per altro verso, dando spazio alla disposizione di più ampio respiro di cui al comma 6, nella quale è precisato con chiarezza che “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa

---

<sup>146</sup> Sul fronte civilistico, sembra dunque ridimensionarsi l'attualità e la specificità del dibattito sull'efficacia ostensiva dell'art. 5 c.c. (che vieta “gli atti di disposizione del proprio corpo” comportanti “una diminuzione permanente dell'integrità fisica”) alla valida manifestazione di volontà finalizzate al rifiuto di cure. Cfr. CASTRONOVO C., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss., spec. 108, il quale si chiedeva “se la scelta di fine vita mediante il rifiuto delle terapie sia assimilabile o no alla diminuzione permanente dell'integrità fisica... che la norma pone come limite invalicabile dell'autonomia privata”. Il dato normativo “pur letto nella cornice della cornice della Costituzione” non parrebbe “autorizzare il superamento di detto limite” almeno fino a quando non intervenga “una disciplina *ad hoc*”. In tema v. CONTI R.G., *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta On Line*, 2018, 221 ss.

<sup>147</sup> La l. 219/2017 sembra farsi carico della “possibile influenza che sul rifiuto di cure possono giocare due fattori: l'uno dei quali rischia maggiormente di manifestarsi nella malattia, l'altro a distanza da essa. Il primo è la *depressione*, sentimento di sfiducia riguardo alla realizzabilità di propri scopi e interessi, dunque di impotenza, non meno reale per essere talvolta sproporzionato alle circostanze. L'altro è l'*emulazione*, che può essere figlia di modelli di vita omologati, di scarse o inesistenti conoscenze mediche, di un contesto culturale piatto, prono alle mode o alle forme evidenti o mimetiche dell'autoritarismo”. Così CARUSI D., *Tentativi di legiferazione in materia di “testamento biologico”*. *Contributo a un dibattito da rianimare*, Giappichelli, Torino, 2016, 105-106.

<sup>148</sup> In argomento v. CANESTRARI S., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una “buona legge buona”*, in *Corr. giur.*, 2018, 301 ss., spec. 303, il quale avverte dei “pericoli sottesi all'emancipazione della questione della relazione terapeutica da una visione anche solo sottilmente paternalistica”, della quale egli invoca l'utilità contro i “rischi di deresponsabilizzazione da parte dei medici, di medicina difensiva e burocratizzata (da formulario), di sovraccarico decisionale e responsabilizzante del paziente, di decurtazione delle risorse destinate al servizio sanitario, con esiti di abbandono terapeutico”.

dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile e penale”. Il comma 5 dell’art. 1 fornisce, da ultimo, un importante chiarimento sulla qualificazione della nutrizione e l’idratazione artificiali: nei limiti in cui si tratti di “somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici”, anche tali interventi sono da considerarsi “trattamenti sanitari”, non potendosi più per questa ragione dubitare della loro rifiutabilità o rinunciabilità.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, la disciplina del rifiuto e dell’interruzione delle cure si presenta indubbiamente come un elemento focale dell’intervento normativo in commento in quanto dà certezza di legittimità all’astensione del medico, e anche a quegli atti medici necessari per ripristinare l’astensione a trattamenti già in atto. A equivoci può forse prestarsi, se non altro per la sua collocazione, - “maldestra” o “maliziosa?”<sup>149</sup> – la disposizione per cui “Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali”<sup>150</sup> (art. 1, comma 6). Ci si potrebbe chiedere se l’inserimento di tale previsione all’interno della disciplina del rifiuto possa effettivamente avallare un’opposizione da parte del sanitario che intenda sottrarsi agli interventi tecnici positivi necessari a dare attuazione al rifiuto oppostogli dal paziente<sup>151</sup>. A tal proposito, se è vero che la legge 219 non ha istituzionalizzato uno spazio per l’obiezione di coscienza del medico che percepisca l’atto di interruzione delle cure in modo molto diverso dalla mera astensione<sup>152</sup>, è anche vero però che l’unico significato che sembra poter essere riconosciuto all’ultima parte del comma 6, è quello di sterilizzare ogni richiesta del paziente finalizzata ad ottenere l’esecuzione da parte del medico di “trattamenti stravaganti”, per tali intendendosi quei trattamenti che non abbiano

---

<sup>149</sup> ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 250.

<sup>150</sup> Anche la normativa spagnola esclude (art. 11, comma 3 della l. 41/2002) l’applicabilità di “instrucciones previas contrarias a la *lex artis*”: v. in argomento BONINI R., *Istruzione preventiva di cura: note in margine alla legge spagnola*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 138 ss.

<sup>151</sup> ZATTI P., *op. loc. cit.*

<sup>152</sup> Sulla possibilità di trovare interpretativamente uno spazio all’obiezione di coscienza nell’ambito della l. 219/2017, cfr. CALVO R., *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 691 ss.; D’AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 187; ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 251.

superato la soglia giuridica minima di collaudo o di adeguatezza o di attendibilità scientifica<sup>153</sup>.

Di regola, il medico è tenuto a raccogliere il consenso del paziente, prima di intervenire. Vi sono tuttavia, come è noto, “situazioni di emergenza o di urgenza” nelle quali l’intervento, per avere possibilità di successo, non ammette alcuna, neppur minima, dilazione. In questi casi stabilisce il legislatore che il medico o i componenti dell’*equipe* sanitaria “assicurano le cure necessarie”, ma pur sempre “nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo” (art. 1, comma 7). Malgrado la formulazione obliqua optata dal legislatore, non sembrano esservi dubbi sul fatto che le cure necessarie debbono senz’altro essere somministrate al paziente, quando non consti né possa essere raccolto un suo rifiuto a riceverle. Che è cosa – si badi – molto diversa dall’affermare che le cure urgenti vanno somministrate sempre e comunque. Si possono verificare infatti circostanze nelle quali il paziente, nonostante l’assoluta urgenza, sia in grado di esprimere la sua volontà e ci sono casi nei quali il fiduciario o le volontà rilasciate in una disposizione anticipata di trattamento (art. 4) siano in grado di sostituirlo con la medesima tempestività.

### *3. Il consenso all’atto medico di minori e incapaci: l’art. 3 della l. 219/2017*

L’art. 3 disciplina il rapporto terapeutico nel caso di persona minore o incapace: si tratta di uno snodo fondamentale della legge, il punto di saldatura tra le regole generali sul consenso informato inteso come elemento su cui “si basa” la relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente (art. 1) e quelle che riguardano le disposizioni anticipate di trattamento (art. 4), con le quali è possibile esprimere, in considerazione di “un’eventuale futura incapacità” “le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari”.

Un duplice registro argomentativo permea l’articolo in esame<sup>154</sup>. Da un lato, infatti, il legislatore dà conto del riconoscimento agli incapaci legali della idoneità

---

<sup>153</sup> Netto sulla questione CARUSI D., *La legge “sul biotestamento”*, cit., 295.

<sup>154</sup> La disposizione si pone in totale sintonia con l’art. 6 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina, ove è stabilito che l’intervento sulle persone “che non hanno la

di fatto a decidere circa i trattamenti medici, elevando la “naturale capacità di agire” della persona a canone soggettivo necessario e sufficiente ad esprimere il consenso o il rifiuto alle cure<sup>155</sup>. È implicito in questa lettura legislativa un congedo dall’autodeterminazione terapeutica come attributo esclusivo della capacità legale e naturale in favore di una costruzione contestuale delle condizioni soggettive del consenso al trattamento. Dall’altro, però, sulla scorta del principio di ordine generalissimo per cui la tutela dell’autodeterminazione non deve per forza venir meno nei confronti dei soggetti incapaci di agire, l’art. 3 si preoccupa di stabilire quale sia, in questi casi, il soggetto a cui competono le decisioni sui trattamenti sanitari da adottare: in altre parole, il soggetto a cui spetta di rendere (“con” l’incapace) il consenso o il rifiuto rispetto a tali trattamenti.

Si è nel giusto quando si pronostica che la serie di enunciati che compongono l’art. 3 pare destinata ad incidere poco sul precedente assetto del sistema. La disposizione in commento in effetti si colloca pienamente nel solco già scavato dai principi fondamentali di diritto interno, europeo e internazionale. Fa seguito agli orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione alla luce dei quali deve essere interpretata. Si iscrive armonicamente nel sistema delle forme di tutela che l’ordinamento pone a protezione dei minori (artt. 315 e ss., c.c.) e delle persone prive in tutto o in parte di autonomia (artt. 404 e ss., c.c.). Si coordina, da ultimo, con altre norme di settore in ambito sanitario<sup>156</sup> e con il codice di deontologia medica<sup>157</sup>.

Sull’odierna configurazione dell’art. 3 e, in parte, sui suoi contenuti, va però registrata una posizione critica, quella che rimprovera al legislatore una certa miopia nell’aver destinato ai soggetti già tutelati attraverso misure di protezione “organizzata” una “disciplina anche troppo di dettaglio” (v. i commi 2, 3, 4), mentre, per converso, una considerazione “solo incidentale” alle persone prive in

---

capacità di dare il consenso” è condizionato al diretto beneficio del paziente (1 comma). In luogo del consenso dell’interessato, la Convenzione per un verso esige l’autorizzazione di un “rappresentante” (2 comma), per altro verso dispone il coinvolgimento del minore in proporzione “all’età e alla maturità” e “nei limiti del possibile” dell’adulto incapace.

<sup>155</sup> Del resto, sul punto, la dottrina già da tempo si era espressa favorevolmente: v., per tutti, le limpide considerazioni di NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico*, cit., 405 ss. e 475 ss.

<sup>156</sup> V. in particolare l’art. 5 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, in tema di sperimentazione clinica dei farmaci.

<sup>157</sup> Art. 37 del Codice di Deontologia Medica (maggio 2014).

tutto o in parte di autonomia, per le quali non sia già attiva una misura di protezione<sup>158</sup>.

Ed invero, quanto alla situazione della persona in stato di incapacità non munita di rappresentante, la l. 219 del 2017 dice poco. Il comma 1 dell'art. 3 – come ci apprestiamo a vedere – elenca espressamente i diritti della persona non autonoma, richiamandosi a quel “programma di tutele” già contemplato dall'art. 1, comma 1, per il caso del paziente capace, e poi ribadisce la necessità di coinvolgere il paziente nel caso in cui residuino almeno parziali capacità. L'unica disposizione che soccorre per il paziente che non sia in alcun modo in grado di partecipare alle decisioni su di sé è quella di cui all'art. 1, comma 7, che si riferisce alle (sole) “situazioni di emergenza ed urgenza” riconoscendo il poterdovere del personale sanitario di assicurare le cure necessarie (sempre nel rispetto delle sue – eventuali – volontà, purché le condizioni cliniche del paziente consentano di recepirle). Per tutti gli altri numerosi casi si conferma il silenzio del legislatore.

Fatte queste premesse generali, veniamo ora a descrivere più nel dettaglio i contenuti dell'art. 3.

Non è passato sotto traccia tra la dottrina più sensibile il riferimento, anche per minori ed incapaci, a tutti i diritti enunciati in via generale dall'art. 1, comma 1, comprendendo detto riferimento il rinvio non solo ai diritti alla vita e alla salute – secondo una logica meramente “potestativa”<sup>159</sup> – ma anche a quelli alla dignità e all'autodeterminazione, coerentemente al principio per cui la minore età o la disabilità non possono determinare *ipso facto* la perdita dei diritti fondamentali<sup>160</sup>. Tale principio del resto costituisce il *leit motiv* dell'articolo in commento, prova ne è il fatto che esso torni ad essere rievocato in ogni singola disposizione di dettaglio: nel 2 comma per i minori, nel 3 per le persone interdette, nel 4 per le persone inabilite e sottoposte ad amministrazione di sostegno, dove, indistintamente, si ribadisce che scopo delle decisioni sanitarie assunte dai

---

<sup>158</sup> In questi termini PICCINNI M., *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, cit., 1123.

<sup>159</sup> ZATTI P., *Brevi note sul testo approvato*, in *undirittogentile.it.*, 2017.

<sup>160</sup> V. RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. (Note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.

“rappresentanti legali” è “la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità”<sup>161</sup>.

In coerenza con questa premessa, e in attuazione di tali diritti fondamentali, il rapporto terapeutico di cui sia parte una persona minore o incapace si snoda secondo i moduli (generali) delineati dagli artt. 1 e 2 – anche per quanto riguarda le situazioni di emergenza e di urgenza (art. 1, comma 7), e la terapia del dolore e il divieto di ostinazione irragionevole nelle cure (art. 2) – discostandosi dalle regole precedentemente enunciate solo per quegli aspetti in cui assume rilievo la limitata ovvero assente capacità dell’interessato.

Al riguardo va preliminarmente tenuto in considerazione il fatto che la minore età ed l’incapacità non costituiscono condizioni standard, ma sono invece realtà multiformi in cui possono manifestarsi in diversi gradi le attitudini di comprensione e di volizione del soggetto, la sua maturità e capacità di partecipare alla relazione di cura. Di questo la legge tiene conto quando prescrive che le persone minori o incapaci hanno “diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione”, che deve essere promossa la loro partecipazione al rapporto terapeutico mediante “informazioni” appropriate sulle scelte relative alla propria salute, che devono essere messe nelle “condizioni di esprimere la loro volontà” (art. 3, comma 1).

Questa premessa, formulata in apertura delle disposizioni dedicate a minori e incapaci, merita la massima sottolineatura. Il minore e l’incapace sono pur sempre i protagonisti del rapporto terapeutico che deve modellarsi sulla situazione concreta di ciascun paziente in modo non solo da rispettarne, ma da valorizzarne la personalità, e fors’anche – direbbe taluno – il sentimento<sup>162</sup>. Il 1 comma dell’art. 3 pare, dunque, prendere atto del fatto che “la limitata capacità disponibile alla

---

<sup>161</sup> ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 249, secondo il quale il rinvio “allargato”, anche per minori e incapaci, al rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione “diviene criterio di concretizzazione dell’interesse dell’incapace nell’esercizio dei poteri di sostituzione”. È il caso di precisare che la “clausola di scopo”, che ancora l’azione “rappresentativa” alla tutela della salute psicofisica, della vita e della dignità della persona, non risulta testualmente richiamata per il caso del beneficiario di amministrazione di sostegno, di cui al comma 4: tuttavia pare possa essere implicitamente dedotta dall’ampia formula del 1 comma.

<sup>162</sup> ZATTI P., *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, cit., 320, il quale dice che “Di una persona della quale non si può valorizzare e rispettare la “volontà consapevole”, si può e si deve rispettare il “sentimento”: l’inclinazione manifesta, nella sua storia e nei suoi suggerimenti, verso valori e preferenze”.

persona dev'essere valorizzata per consentire alla persona stessa di orientare la decisione in coerenza ed armonia con la sua identità – con ciò che la sua biografia, i suoi valori, le sue preferenze esigono”<sup>163</sup>. In dottrina tuttavia si registrano sensibilità e accenti diversi: lo abbiamo in parte già accennato.

È ben vero che siamo stati già sollecitati da un'attenta dottrina<sup>164</sup> a rivolgere un supplemento di riflessione al grado di autenticità con cui si esprime la volontà del malato: l'esperienza disordinata e destabilizzante della malattia, e le fluttuazioni che insinua nella percezione di sé, dovrebbero infatti indurci – si è detto – a dubitare della certa corrispondenza di questa dichiarazione alla volontà più profonda del soggetto, o della effettiva consapevolezza che la anima, o ancora delle circostanze che l'hanno determinata. Può darsi il caso, ad esempio, che si rinunci alle cure perché si è delusi da quelle che l'ambiente circostante effettivamente offre, mentre ciò che davvero si vorrebbe è maggiore ascolto e vicinanza, e in definitiva “più cure”<sup>165</sup>. È anche vero però che “quando la scelta che si deve fare è tale, che il senso dell'esistenza di una persona ne è coinvolto, e quando, addirittura, si decide “dell'esistenza”, allora il rispetto della personalità... esige che il *minimo contributo* che una persona possa dare a rendere la decisione armonica con la sua storia, la sua identità, il suo mondo di valori, debba essere valorizzato”. Agevolmente si ricava che la questione qui forse fuoriesce dal tema stesso della capacità naturale - in principio *ex art. 3, 1 comma*, dirimente – e lambisce zone in cui la persona può esprimersi non più attraverso proposizioni articolate che manifestano una comprensione degli eventi e una determinazione argomentata, ma attraverso fatti diversi: chi “nel corpo” resiste – serra le labbra, rifiuta di porgere il braccio, volge il capo dall'altra parte – manifesta un dissenso radicalmente personale con un atto “muto”<sup>166</sup> di resistenza che, sebbene non corrisponde a una dichiarazione negoziale, né a un comportamento concludente con valore negoziale, è e resta una espressione autentica di autodeterminazione<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> ZATTI P., *op. ult. cit.*, 319.

<sup>164</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, cit., 417.

<sup>165</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. ult. cit.*, 392.

<sup>166</sup> SACCO R., *Il diritto muto*, in *Scintille iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 679 ss.

<sup>167</sup> In questi termini CALDERAI V., *Consenso informato*, cit., 253; cfr. CATERINA R., *Le persone fisiche*, 119.

Ancorché da posizioni diverse, tali ultime considerazioni corroborano l'opzione giuridica che, nel quadro della teoria falzeiana dei comportamenti<sup>168</sup>, ha visto una parte della dottrina qualificare l'atto del consenso o di opposizione alle cure come un "comportamento dichiarativo attuoso"<sup>169</sup>, cioè un atto giuridico "in senso stretto" col quale il soggetto – attuosamente – realizza già da se l'interesse che ha concepito<sup>170</sup>. Tre distinti dati variamente sparsi nella disciplina in commento paiono confermarlo: anzitutto, la circostanza – avanti ribadita - che il dissenso si pone nel processo di cura come un impedimento all'adempimento del dovere legale di cura che grava sul personale sanitario, e non come un programma normativo di realizzazione di interessi<sup>171</sup> (v. il "si basa" di cui all'art. 1, comma 2 ); in secondo luogo, la libera revocabilità della determinazione assentiva o dissentiva del paziente (v. i commi 5 e 6 dell'art. 1); da ultimo, l'imputabilità per l'autore dell'atto non negoziale della mera capacità naturale<sup>172</sup> (per l'appunto il 1 comma dell'art. 3)<sup>173</sup>.

Chiarite, sul piano privatistico, almeno alcune delle implicazioni connesse al riconoscimento della naturale capacità di agire, è ora tempo di volgere l'attenzione alle previsioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 3, nelle quali il legislatore prende posizione su una delle questioni più delicate dell'odierno

---

<sup>168</sup> FALZEA A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, Riv. dir. civ., 1996, I, 18 ss.

<sup>169</sup> Così MOROZZO DELLA ROCCA P., *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, 426. Cfr. PASQUINO T., *Autodeterminazione e dignità della morte*, Cedam, Padova, 2009, 73 ss.

<sup>170</sup> SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria. Manifestazione. Astrazione. Inefficacia.*, Giuffrè, Milano, 1998, 46, il quale sottolinea che "laddove si è in presenza di interessi a rilevanza attuosa deve escludersi l'esistenza del negozio", per poi precisare che "In relazione a interessi umani rilevanti per il diritto soltanto a processo attuativo interamente concluso, possono venire in considerazione solo ed esclusivamente comportamenti dotati di immediata e attuale forza incisiva e come tali in grado di causare una realizzazione altrettanto immediata ed attuale di siffatti interessi".

<sup>171</sup> Ed invero "l'atto non negoziale" - a differenza del negozio - "(nel suo ruolo di presupposto di effetti, *altrove* già stabiliti) ha la struttura per così dire elementare di un semplice "accadimento". L'atto negoziale non ha il compito di esprimere le sfumature e tutta la complessità di un regolamento d'interessi; ha, se è consentito dirlo, il solo dovere di esistere". Così FERRI G.B., *La forma nell'atto non negoziale*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, 353 ss., 370.

<sup>172</sup> V. in tema FERRI G.B., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, cit., 339 ss.

<sup>173</sup> Tali dati, del resto, sono i medesimi che inducono CALDERAI V., *Consenso informato*, cit., 255, a definire l'atto del consenso come un "atto non negoziale *ad efficacia performativa debole*": adoperando, all'evidenza, un'espressione in parte sinonimica rispetto a quella che invece declina il consenso nei termini dell'attuosità falzeiana, dato che, riferisce l'autrice, "performativi" si definiscono nella filosofia del linguaggio quegli enunciati che non descrivono stati di cose, ma realizzano *direttamente* azioni.

intervento legislativo, ovvero il rapporto tra l'atto personalissimo del consenso all'intervento medico e lo spazio di esplicazione attribuibile nella relazione di cura alla funzione sostitutiva del rappresentante legale.

Procediamo prendendo brevemente in esame l'ipotesi del consenso espresso nell'interesse del minore.

Nel caso di minori, "il consenso" – statuisce il 2 comma dell'art. 3 - "è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità"<sup>174</sup>.

Da questa disposizione sono desumibili tre regole: anzitutto, la manifestazione del consenso o del dissenso compete ai genitori o al tutore; in secondo luogo, nel prendere la decisione che verrà manifestata al medico i rappresentanti legali debbono tener conto della volontà del minore in modo crescente in relazione alla sua età e maturità; infine, la decisione deve avere come scopo la tutela della salute e della vita del minore ed il pieno rispetto della sua dignità.

La regola generale è quella per cui il consenso al trattamento sanitario nei confronti del minore è espressa da chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela. Va peraltro considerato che vi sono specifici trattamenti ai quali il minore, capace di discernimento, può accedere direttamente senza il consenso dei genitori<sup>175</sup>.

La regola generale va letta nel contesto della disciplina della responsabilità dei genitori contenuta nel codice civile, frutto delle riforme della filiazione del 2012/2013. I compiti dei genitori di educazione, istruzione, assistenza morale (art. 315 *bis*, c.c.) abbracciano nel suo complesso la cura della persona del figlio, della sua salute fisica e psichica (v. art. 337 *ter*, comma 3). La regola dell'esercizio comune della responsabilità genitoriale vale anche nel caso in cui i genitori non

---

<sup>174</sup> In particolare, cfr. LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., Giuffè, Milano, 2011, 417 ss.; PICCINNI M., *Il consenso al trattamento medico*, Padova, 2007.

<sup>175</sup> V., ad esempio, l. 405/1975, sui consultori familiari; l. 194/1990, sull'interruzione volontaria della gravidanza; l. 309/1990 in materia di stupefacenti; l. 219/2005 sulla donazione del cordone ombelicale.

convivano o non convivano più in seguito a separazione, divorzio, cessazione della convivenza di fatto, sempre che il giudice, in casi eccezionali, non abbia disposto l'esercizio esclusivo della responsabilità da parte di uno di essi soltanto (art. 337 *quater*, c.c.). Le decisioni di minor rilevanza, quelle che rientrano nella routine della vita quotidiana, possono essere assunte separatamente, quelle di maggior importanza devono essere prese dai genitori di comune accordo, salvo ricorso al giudice in caso di disaccordo (art. 316 c.c.). Quando le decisioni non esauriscano la loro rilevanza nel rapporto interno tra genitori e figli ma debbono essere manifestate a terzi, al medico, al personale sanitario, si pone il problema se occorra la manifestazione congiunta del consenso o sia sufficiente il consenso manifestato da uno dei genitori in accordo con l'altro, come pare preferibile<sup>176</sup>. In ogni caso l'esercizio della responsabilità dei genitori deve avvenire nel rispetto della personalità del figlio ("tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio", art. 316, comma 1, c.c.), in un dialogo che si basa sull'ascolto e sull'accoglienza. Per quanto riguarda le decisioni sanitarie i genitori debbono "tener conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità" (art. 3, comma 2). La decisione dei genitori che non rispetti la personalità del figlio o sia contraria al suo benessere o alla sua salute può giustificare il ricorso al giudice ai sensi dell'art. 333 c.c. Analogo intervento giudiziale può prospettarsi nel caso in cui il figlio, sufficientemente maturo, si opponga all'esecuzione del trattamento al quale invece i genitori sono favorevoli. Il ricorso al giudice è ammesso anche nel caso in cui sussista un contrasto tra genitori e medico. Da un lato può accadere che i genitori chiedano un trattamento che il medico non ritiene appropriato. Al riguardo va ricordato che il paziente non può fare richieste improprie, "non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1, comma 6). Dall'altro lato può accadere che i genitori rifiutino un trattamento che il medico ritiene appropriato e necessario. La casistica si riferisce al rifiuto di vaccinazioni

---

<sup>176</sup> In argomento, v. LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 435 ss.

obbligatorie<sup>177</sup>, di trasfusioni di sangue<sup>178</sup>, di terapie oncologiche<sup>179</sup>. La nuova legge (art. 3, c. 5) prevede che nel caso in cui “il rappresentante della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie”, la decisione è rimessa al giudice tutelare, e non già al Tribunale per i minorenni. Quando il rifiuto provenga non solo dai genitori, ma anche da figlio sufficientemente maturo si è escluso che le terapie possano essere disposte in modo coattivo.

Veniamo ora a trattare l'ipotesi del consenso nell'interesse della persona interdetta, inabilitata, o sottoposta ad amministrazione di sostegno. Al riguardo, tuttavia, si rende indispensabile un cenno al punto di arrivo della giurisprudenza antecedente alla l. 219/2017.

La valorizzazione del significato culturale del consenso informato, la necessità concettuale di ristabilire una simmetria nella relazione terapeutica, un'analitica disamina delle fonti, la garanzia costituzionale dei diritti in gioco, e la forza omologatrice dell'autodeterminazione che non discrimina tra persona capace e incapace, sono tra i principali fattori che hanno consentito alla giurisprudenza di riconnettere la facoltà del rappresentante di esprimere il consenso all'esercizio del potere di cura.

I tratti salienti della discussione sul fondamento e sui limiti dei poteri esercitabili dal rappresentante della persona in stato di incapacità si rinvengono in Cass. 21748/2007 che ha segnato un vero e proprio punto di svolta della vicenda Englaro<sup>180</sup>, e non solo, avendo trovato costante applicazione e sviluppo nella

---

<sup>177</sup> Cfr. Trib. min. Bologna, 19 settembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 371; Trib. min. Venezia, 10 maggio 1994, *Dir. fam. pers.*, 1995, 217; Cass., 28 marzo 1994, n. 3009, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 56; App. min. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 571.

<sup>178</sup> Tar Lazio, 8 luglio 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1986, 998; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1265, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 304; Trib. Trento, 30 dicembre 1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 833.

<sup>179</sup> App. Ancona, 28 marzo 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 218, con nota di GRONDONA M.; App. Brescia, 13 febbraio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 204.

<sup>180</sup> Il caso Englaro si snoda secondo una serie di decisioni le cui principali tappe sono: Trib. Lecco, decreto, 2 marzo 1999, in *Bioetica*, 83; App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022, con nota di PONZANELLI G., *Eutanasia passiva: si se c'è accanimento terapeutico*; Trib. Lecco, 20 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, 85 ss; App. Milano, 17 ottobre 2003, in *Famiglia*, 2004, 1167, con nota di FERRANDO G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*; Cass., ord., 20 aprile 2005, n. 8291, cit., con nota di SANTOSUOSSO A.- TURRI G., *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*; in *Fam. dir.*, 2005, 481 ss., con nota di CASSANO G., *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*; Trib. Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 470 ss., con nota di SANTOSUOSSO A. – TURRI G., cit.; App. Milano, 16 Dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 571 ss.;

giurisprudenza successiva. In proposito, la Cassazione, al fine di individuare il principio di diritto determinante per la soluzione del caso Englaro, ha precisato alcuni fondamentali passaggi applicabili più in generale al caso del consenso al trattamento medico, a partire dalla considerazione che: “superata l’urgenza dell’intervento (...) l’istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”.

La complessità della relazione di cura e del fascio di situazioni giuridiche soggettive gravanti sui vari soggetti che ne sono coinvolti riemerge immediatamente dopo, con il richiamo all’art. 357 e 404 ss. c.c. ed ai poteri-doveri di cura della persona, che conferiscono al tutore ed all’amministratore di sostegno la “legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace”.

Si precisa, quindi, che “il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisca sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona”. Con ragionamento che si è dimostrato nei fatti dotato di forza espansiva anche al di fuori dello specifico ambito considerato dalla sentenza, prosegue la Cassazione, “nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell’incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta ad 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”

---

Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; App. Milano, 9 luglio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 903; Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2009, I, 223 e *ivi*, II, 126, il commento di SANTOSUOSSO A., *Sulla conclusione del caso Englaro*; Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334. Tra le ultime scansioni, v. Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 20 ss., con nota di ZATTI P., *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*; Tar Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1194, con nota di FAVILLI C., *“La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro”*; Cons. Stato, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1532, con commento di AZZALINI M. – MOLASCHI V., *Autodeterminazione terapeutica e responsabilità della p.a. Il suggello del Consiglio di Stato sul caso Englaro*.

dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente (...) ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e delle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche”<sup>181</sup>.

Anche questo passaggio argomentativo è delicato: un conto è, infatti, l'espressione di un “consenso informato” che ricostruisca una volontà pur presunta di un soggetto ed altro è, come la Cassazione evidenzia oltre, prendere una decisione di cura, “rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa della dignità della persona”. Il c.d. rappresentante non ha, dunque, un vero potere di rappresentanza, cioè di esprimere una volontà propria con effetti per il suo assistito, ma il più ampio potere di ricostruire la scelta migliore per la persona di cui è “portavoce”<sup>182</sup>.

Ed invero, sembra essere proprio questa l'opzione interpretativa fatta propria dal legislatore.

Nel caso di trattamento sanitario su persona interdetta, il consenso può essere espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. La legittimazione del tutore ad esprimere il consenso alle decisioni sanitarie, già da tempo ammessa in giurisprudenza<sup>183</sup>, trova dunque esplicita conferma nel 3 comma.

In tema di inabilitazione il 4 comma così dispone: “Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata”. La

---

<sup>181</sup> La sentenza Englaro ha spaccato in due la dottrina: oltre ai riferimenti già riportati alla nota 125, si veda, tra le letture adesive, AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 331 ss., spec. 338; BUSNELLI D., *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 960 ss; PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, cit., 363 ss. spec. 374. E tra le letture critiche, in particolare, GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 109 ss; NIVARRA L., *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 730 ss.; NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 285 ss.

<sup>182</sup> Da questo punto di vista il potere rappresentativo si avvicina a quello del *nuncius*: VENUTI M.C., *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E.E.*, cit. 120. Così già FERRANDO G., *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, 147 ss.

<sup>183</sup> V., per tutte, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. In dottrina, v. il recente studio di LONG J., *L'istituto giuridico della tutela alla prova del tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 594 ss., spec. 609.

formula, indubbiamente inelegante, accoglie l'opinione più diffusa in dottrina<sup>184</sup>. Sopravvive al 5 comma il riferimento doppiamente inconferente al "rappresentante legale" della "persona inabilitata"<sup>185</sup>.

Per quanto riguarda l'amministrazione di sostegno<sup>186</sup>, occorre tener conto della variabilità di questa misura di protezione. Dato che scopo della misura è quello di sostenere la persona con limitate possibilità di provvedere ai propri interessi, comprimendo il meno possibile le sue facoltà di determinarsi

---

<sup>184</sup> Per tutti BRUSCUGLIA L., *Commentario alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 183.

<sup>185</sup> Ed invero il "garbuglio" in cui è caduto il legislatore (così CARUSI D., *La legge "sul biotestamento"*, cit., 296), - che prima riconosce la capacità dell'inabilitato ad autodeterminarsi salvo poi discorrere, del tutto inappropriatamente, di "rappresentante legale della persona inabilitata" -, potrebbe essere, tuttavia, spiegato come una sorta di "sistema misto": per il quale l'inabilitato esprime da solo il suo consenso, mentre il curatore acquista facoltà di intervento solo nella fase di contrasto con il medico, rientrando tra coloro che possono fare ricorso (Così DE FILIPPIS B., *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Milano, 2018, 1 ss., ivi 118). Cfr., sul punto, l'interpretazione di PICCINNI M., *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, cit., 1126.

<sup>186</sup> A partire dalla sua entrata in vigore, l'amministrazione di sostegno si è affermata nell'elaborazione giurisprudenziale come l'istituto applicabile per promuovere la salute del beneficiario. Nello specifico, l'istituto è stato utilizzato dalla giurisprudenza tutelare con riferimento a quattro macro-categorie di destinatari: 1) nomina dell'amministratore a favore del beneficiario in stato di incoscienza che aveva precedentemente dichiarato la propria volontà attraverso disposizioni anticipate di trattamento (cfr. Trib. Vibo Valentia, 30 novembre 2005; Trib. Roma, 21 dicembre 2005, in *Fam. dir.*, 2006, 523, con nota di CAMPIONE R., *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*); 2) nomina dell'amministratore a favore del beneficiario in stato di incoscienza che non ha espresso alcuna volontà, affinché l'amministratore ricostruisca la scelta più corrispondente allo "stile di vita, la personalità, le convinzioni etiche e religiose, culturali e filosofiche" dell'interessato (cfr. Trib. Reggio Emilia, 24 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 209 ss., con nota di PICCINNI M., *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, e in *Giur. it.*, 2013, 345 ss., con nota di CARUSI D., *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico?"*); 3) nomina dell'amministratore di sostegno a favore del beneficiario che si trova nell'imminente o probabile verificarsi dell'incapacità di provvedere ai propri interessi, ad esempio per il decorso di una malattia degenerativa (cfr. Trib. Modena, 13 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 923, con nota di FERRANDO G., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 12196, con nota di PICCINNI M., *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*; Trib. Modena, 23 dicembre 2008, in *Dir. fam.*, 2009, 699); 4) nomina dell'amministratore di sostegno su richiesta dello stesso beneficiario, capace di determinarsi e in piena salute, nell'eventualità della propria futura incapacità di esprimersi in ordine ai trattamenti sanitari (cfr. Trib. Modena, 5 novembre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 280 ss., con nota di FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, 288, con nota critica di GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1825 ss., con nota di GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*; Trib. Parma, 2 aprile 2004, in *Giur. it.*; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 161 ss., con nota di BUGETTI M.N., *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*). Per un'accurata ricognizione dei principali riferimenti giurisprudenziali occorsi in materia, si rinvia a MARCHESI V., BOLCATO M., TOZZO P., RODRIGUEZ D., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1053 ss.

autonomamente, è il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina o successivamente, a stabilire il perimetro degli atti che l'amministratore può compiere nell'interesse del beneficiario: ne consegue, pertanto, che il consenso è espresso "anche ovvero solo" dall'amministratore di sostegno a seconda che gli sia attribuita, rispettivamente, "l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario", così il 4 comma.

Sulle statuizioni dell'art. 3 merita di prevalere la dichiarazione di disposizioni anticipate eventualmente fatta dall'interessato in condizioni di capacità: se ne trova dato atto con un breve inciso nel farraginoso comma 5 dello stesso articolo. In mancanza di Dat, pertanto, i rappresentanti legali possono esprimere non solo il consenso, ma anche il rifiuto di trattamenti sanitari. Nel caso in cui anche il medico sia d'accordo sulla opportunità di non iniziare o di sospendere determinati trattamenti non è necessaria alcuna preventiva autorizzazione giudiziale. La norma così congegnata, a ben vedere, prende atto del fatto che, di regola, il problema dell'appropriatezza/utilità delle cure e della proporzionalità/accettabilità per il paziente si risolve fisiologicamente nell'ambito della relazione di cura, in base ai criteri di buona pratica clinica. È invece fatta salva la determinazione del giudice tutelare in caso di conflitto tra "il rappresentante legale... che *rifiuti* le cure proposte e il medico" che invece le ritenga "appropriate e necessarie".

Questo passaggio del discorso è di non poco rilievo, se solo si osserva che la sua corretta interpretazione potrebbe – si è detto – contribuire a definire la reale latitudine del potere del rappresentante legale di esprimere il rifiuto alle cure. In effetti si è osservato che, all'interno di tale specifica disciplina non è contemplato alcun riferimento alla possibilità che il rappresentante legale dell'incapace possa rifiutare "interventi necessari alla sopravvivenza della persona", analogamente a quanto prescritto con riguardo al paziente capace dall'art. 1, comma 5<sup>187</sup>. Va pertanto registrata una diversità di contenuti che, secondo la dottrina in parola, è suscettibile di essere sciolta, in astratto, attraverso due opzioni interpretative. Per un verso, infatti, si potrebbe pensare che l'art. 3, comma 5, costituisca una semplice specificazione dei contenuti normativi espressi nell'art. 1, comma 5, con

---

<sup>187</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1007.

la conseguenza che per le parti non espressamente derogate debba trovare applicazione la disciplina generale, il che significherebbe riconoscere titolo anche al rappresentante legale di rifiutare trattamenti di sostegno vitale. Per altro verso, invece, l'art. 3, comma 5, potrebbe essere inteso come una "norma conchiusa", perché volta, in linea di massima, a regolare una situazione radicalmente diversa da quella di cui all'art. 1, comma 5: laddove in quest'ultimo caso oggetto di tutela sarebbe il *noli me tangere*, e quindi la libertà personale di respingere "qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario" che venga prospettato dal medico all'interessato.

Ci si è dunque chiesti se la più laconica formula utilizzata dal legislatore all'art. 3, comma 5, debba essere interpretata (o meno) nel senso della piena interscambiabilità tra ciò che è consentito direttamente all'interessato e ciò che invece è consentito al suo rappresentante<sup>188</sup>. Taluno ritiene che la lettera della legge sul punto non faccia chiarezza, anzi ingeneri un dubbio che deporrebbe già da sé per un'interpretazione restrittiva<sup>189</sup>. In contrario si è sostenuto che il riconoscimento al rappresentante di poteri di più ampio spettro serva proprio a permettere all'incapace di realizzare la sua libertà in misura non minore rispetto a quel che è possibile in via autonoma al soggetto capace<sup>190</sup>.

#### 4. Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario

L'art. 4 della l. 219/2017 disciplina, per la prima volta in Italia, in via legislativa, l'istituto delle Disposizioni anticipate di trattamento (di qui in avanti Dat), dando così specifica attuazione al diritto alla "pianificazione anticipata delle cure", sino ad ora riconosciuto e garantito dalla giurisprudenza solamente sulla base della diretta applicazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., oppure attraverso l'estensione, anche nell'ambito sanitario, delle misure sulla *cura personae*

---

<sup>188</sup> Nel senso che un vero potere di rifiuto del rappresentante dell'incapace sussista solo rispetto ai trattamenti che, rispetto al caso concreto, appaiano di dubbio beneficio, CARUSI D., *La legge "sul biotestamento"*, cit., p. 295.

<sup>189</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1008.

<sup>190</sup> AZZALINI M., *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ.*, 2018, p. 8 ss., ivi, 22 ss.

previste per l'amministrazione di sostegno dagli artt. 404 e seguenti, c.c. Con la nuova disciplina, che recepisce, invero, senza particolari innovazioni, gli approdi da lungo tempo raggiunti in giurisprudenza, "ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti" (art. 4, comma 1)<sup>191</sup>. La l. 219, a ben vedere, pone un accento deciso sulla garanzia del rispetto delle Dat attraverso la previsione di una figura chiave: il c.d. fiduciario per la salute.

Ed invero, l'art. 4, comma 1, dopo aver riconosciuto il potere dell'interessato di esprimere attraverso le Dat le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, stabilisce che egli "indica altresì una persona di sua fiducia... che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie". Ragioni di "sicura opportunità e forse di insuperabile necessità"<sup>192</sup> avrebbero consigliato di presidiare – con accenti di doverosità – la

---

<sup>191</sup> La produzione letteraria sul tema del "testamento biologico", anteriore all'entrata in vigore della l. 219/2017, può ben definirsi alluvionale. Limitandomi ad alcuni fondamentali contributi civilistici, oltre quelli già riportati in corso di stesura, segnalo: AA.VV., *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*. (Atti del Convegno di Genova, 23 maggio 2011), in CARUSI D. – CASTIGNONE S. – FERRANDO G. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012; AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, (Fondazione Umberto Veronesi), Milano, 2006; AZZALINI M., *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in CANESTRARI S. - FERRANDO G. - MAZZONI C.M. - RODOTÀ S. - ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. - ZATTI P., Milano, 2011, 1935 ss.; BIANCA M., (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011; BUSNELLI D., *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 153 ss.; FERRANDO G., *Testamento biologico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, 987 ss.; FOGLIA M., ROSSI S., *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv., Aggiornamento*, IX, Utet, Torino, 2014, 639 ss.; OPPO G., *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 371 ss.; PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; RESCIGNO P., CARUSI D., *Testamento biologico*, in *Enc. it., App.* IX, Roma, 2015, 668 ss.; ZATTI P., *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 313 ss.

<sup>192</sup> Ragioni già autorevolmente evocate da RESCIGNO P., *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 17, il quale afferma che "Il potere di determinarsi riconosciuto al soggetto di diritto consiste in generale sia nel compiere gli atti e nello svolgere attività che lo riguardano, sia nella possibilità di delegarne lo svolgimento, con effetti vincolanti, ad altri, per singoli rapporti o per aree di decisioni ed interessi; all'autonomia di ciascuno appartiene persino di attribuire il potere di sostituzione per la totalità dei rapporti, con esclusione dei diritti e dei rapporti di natura strettamente personale che non appartengono alla materia di cui ci occupiamo. Non solo dunque la figura del fiduciario non è incoerente col sistema, ma corrisponde più di ogni altra al principio di libera autodeterminazione che si risolve nella possibilità di decidere di

nomina del fiduciario, che, invece, la l. 219 sceglie di codificare come una facoltà del disponente, non costituendo la sua previsione un elemento imprescindibile del contenuto delle Dat: ne offre conferma testuale l'art. 4, comma 4.

Nel comma successivo<sup>193</sup> il legislatore precisa, poi, che il fiduciario dev'essere "una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere": così presa, la disposizione sembra lasciar intendere che, ai fini della valida assegnazione dell'incarico, il fiduciario debba sì aver compiuto la maggior età, ma non necessariamente – a quanto pare – aver conseguito o conservato la capacità legale di agire<sup>194</sup>.

Ora, sul punto, è parsa cogliersi una qualche similarità della disposizione in esame con la disciplina generale della rappresentanza, ed in particolare con il dettato dell'art. 1389 c.c., nel quale il legislatore si accontenta della capacità di intendere e di volere del rappresentante, avuto riguardo alla natura e al contenuto del (singolo) contratto<sup>195</sup>. Perché – s'è detto – qualora la rappresentanza sia funzionale, non tanto al compimento di singoli atti, bensì ad un "ruolo gestorio da svolgersi nel *continuum*", allora le esigenze (o, per meglio dire, i requisiti di capacità) cambiano, "mal giustificandosi che il rappresentante divenuto incapace legale, ma che in ipotesi sia comunque dotato di capacità di intendere e di volere, possa vincolare il rappresentato attraverso i propri atti"<sup>196</sup>. D'altronde non si danno ragionevoli obiezioni ad estendere – "nonostante la lettera dell'art. 4, comma 2" - le conclusioni di cui sopra al rapporto (fiduciario) costituito con funzione sostitutiva tra disponente e delegato: ne consegue, pertanto, che il venir meno della capacità legale del fiduciario determinerà la decadenza di quest'ultimo dall'ufficio cui era incaricato<sup>197</sup>.

---

delegare la decisione in un momento in cui il soggetto non sarà in grado di decidere personalmente" (22).

<sup>193</sup> Il 2 comma dell'art. 4, oltre a stabilire i requisiti soggettivi del fiduciario, prevede anche che l'incarico sia da questi accettato "attraverso la sottoscrizione delle Dat o con atto successivo" e dispone che l'atto successivo venga allegato alle Dat. Com'è naturale in una relazione di fiducia, il fiduciario può rinunciare alla nomina con "atto scritto comunicato al disponente", oppure essere revocato dall'incarico "in qualsiasi momento, con le stesse modalità della nomina e senza obbligo di motivazione" (3 comma).

<sup>194</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1014.

<sup>195</sup> DELLE MONACHE S., *op. loc. cit.*

<sup>196</sup> DELLE MONACHE S., *op. loc. cit.*

<sup>197</sup> DELLE MONACHE S., *op. loc. cit.*

Come accennato in apertura, a mente dell'art. 4, comma 4<sup>198</sup>, l'indicazione del fiduciario non è un requisito necessario delle Dat<sup>199</sup>, tant'è che, in caso di omessa nomina o rinuncia o sopravvenuta morte o incapacità dell'indicato, le Dat mantengono piena efficacia e cogenza in merito alle volontà del disponente. Ove, poi, una di queste evenienze integri un "caso di necessità", "il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno"<sup>200</sup>.

Premesso ciò, bisogna ora intendersi sul ruolo e le prerogative connesse all'istituto<sup>201</sup>, avendo, una parte della dottrina, criticato la configurazione in termini di rappresentanza<sup>202</sup> dei compiti svolti dal fiduciario<sup>203</sup>.

---

<sup>198</sup> Osserva, sul 4 comma, GIARDINA F., *Il fiduciario. Forum: la legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 61, che "si tratta di una norma opportuna per rimediare all'eventualità che la figura del fiduciario venga meno, meno opportuna, forse, se tende ad avallare la possibilità che le DAT non ne prevedano la nomina. L'assenza del fiduciario, infatti, apre la via, ove necessario, alla nomina di un amministratore di sostegno, figura sensibilmente diversa da quella del fiduciario".

<sup>199</sup> La soluzione delineata dall'art. 4, comma 4, circa l'autosufficienza delle Dat incontra il favore della dottrina. V. in argomento CARUSI D., *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico"*, cit., 93, il quale sottolinea che "l'investitura del fiduciario si presenta, piuttosto che come un dispositivo *ab extrinseco* servente alla loro attuazione, come una *species* o variante interna al *genus* delle dichiarazioni preventive di cura. In quanto funzionale a una "riduzione dello scarto" tra carattere prospettico delle disposizioni e concretezza delle circostanze al momento di darvi esecuzione, qualcuno potrebbe addirittura pensarvi come al modello in assoluto preferibile, cui la legge debba richiedere si conformi qualunque direttiva anticipata: più coerente a ideali di promozione della libertà nella responsabilità mi sembra ammettere che il disponente possa alternativamente sia appagarsi della propria previsione – formulando direttive "complete", autosufficienti -, sia delegare ad altri un'opera di "concretizzazione".

<sup>200</sup> Nell'economia dell'art. 4 il ricorso all'amministrazione di sostegno potrebbe non essere necessario in tutti quei casi in cui ci si trovi in presenza di disposizioni anticipate di trattamento o di una pianificazione condivisa delle cure (ex. art. 5 l. 219/2017) tali da non lasciare dubbi su quale sia il percorso terapeutico più appropriato. Si potrebbe però, più in generale, pensare anche alle situazioni in cui siano presenti uno o più "protettori naturali", soprattutto ove costoro si trovino in sintonia con il percorso terapeutico-assistenziale prospettato al personale curante.

<sup>201</sup> Il legislatore ha omesso di fornire una qualificazione giuridica della figura del fiduciario, con ciò rimettendone implicitamente la valutazione agli interpreti. Il dibattito anteriore all'entrata in vigore della l. 219/2017 ha assimilato la figura del fiduciario a quella dell'esecutore testamentario: ovvero, la persona che, per volontà del testatore, "deve curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto" (art. 703, comma 1, c.c.): dato che, anche in tema di Dat, il soggetto affida a terzi il compito di attuare le volontà per il tempo in cui egli sarà impossibilitato a farlo personalmente. (Per la disamina dell'istituto v., per tutti, BONILINI G., *L'esecutore testamentario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI G., II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1855 ss.). Parte della dottrina ha escluso che il fiduciario possa venire ricondotto alla figura del mandatario con rappresentanza ai sensi dell'art. 1704 c.c., ovvero a colui che, nell'interesse altrui, compie atti giuridici, nella specie di natura non patrimoniale, i cui effetti si riverberano sulla sfera giuridica del rappresentato. Tale inquadramento interpretativo è stato escluso sul presupposto che la sopravvenuta incapacità del mandante determinerebbe l'estinzione del mandato, a norma dell'art.1722, n. 4, c.c. In argomento cfr. ARFANI A., *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Fam. dir.*, 2018, 819 ss.; ROMANO C., *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 15 ss., spec. 22;

Il primo aspetto da evidenziare, in proposito, consiste nel fatto che al fiduciario spetta di fare in modo che la volontà dell'interessato manifestata attraverso le Dat trovi puntuale attuazione: ed è in questa prospettiva, e con questo spirito, che egli si pone come anello di congiunzione tra il medico e il disponente<sup>204</sup>.

Al riguardo, secondo una prima opzione interpretativa, - s'è detto - il fiduciario, nel suo ruolo di interlocutore del medico e della struttura sanitaria, non eserciterebbe una funzione propriamente sostitutiva, ma (solamente) un'attività di sorveglianza e impulso, affinché la volontà, già manifestata e in sé vincolante dell'interessato, venga scrupolosamente osservata<sup>205</sup>. Del resto, sul punto, non paiono esserci dubbi: il fiduciario non ha il compito rappresentativo di esprimere una volontà *propria* con effetti per il paziente ha semmai la funzione di attualizzare, concretizzare, *testimoniare* le sue volontà. In questa luce sembra, pertanto, maggiormente persuasiva la lettura che riconosce al fiduciario il deferimento, in termini di attualizzazione, di decisioni già prefigurate dal disponente<sup>206</sup>: auspicabile e anche prevedibile – s'è detto – sembra dunque

---

<sup>202</sup> Tale configurazione risente con tutta evidenza dell'eco prodotta dai commi 40 e 41 della l. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), a tenore dei quali, "Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute;" (comma 40); "La designazione di cui al comma 40 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità a redigerla, alla presenza di un testimone" (comma 41). Cfr. CALÒ E., *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016, 596 ss.; CORDIANO A., *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella l. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. dir.*, 2018, 2013 ss. In proposito, inoltre, ZATTI P. – PICCINI M., *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1283 ss., secondo cui la designazione prevista dalle disposizioni citate nel testo «appare come uno strumento di possibile gestione rappresentativa del percorso di malattia, anche oltre la perdita della capacità di autodeterminarsi, con un orizzonte amplissimo quanto alle decisioni». Severissimo il giudizio di CARUSI D., *Tentativi di legiferazione in materia di "consenso informato"*, cit., 80 ss., il quale definisce la disposizione come una "scheggia di risulta", un "esercizio automatico di scrittura", un "candido incidente", un "ritrovato ornamentale immeritevole di prese di posizione in un senso o nell'altro".

<sup>203</sup> In tema CARUSI D., *La legge "sul biotestamento"*, cit., 298; DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1015.

<sup>204</sup> V. ARFANI A., *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, cit., 819: "il fiduciario si pone come *trait d'union* tra paziente e medico curante: la corretta applicazione degli intendimenti del disponente impone che essi siano declinati alla luce delle sfaccettature della sua personalità, operazione – verosimilmente – non fattibile per il medico, che necessita, per questo, della collaborazione di chi sia il più vicino possibile all'interessato".

<sup>205</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1016.

<sup>206</sup> La disciplina delineata dalla l. 219 sembra indulgere verso la figura del *fiduciario-delegato*, diversa dal *fiduciario-esecutore*: sulla distinzione v. CARUSI D., *Tentativi di legiferazione in*

“un’interpretazione correttiva della lettera della legge, costituzionalmente orientata, che al fiduciario riconosca titolo a rifiutare, in considerazione della situazione clinica in essere, trattamenti *pre-individuati* dall’interessato ora incapace”, ma anche titolo a fugare i dubbi dei sanitari circa i possibili significati delle espressioni contenute nelle Dat<sup>207</sup>.

Sembra invece che si vada troppo oltre quando si giunge ad ammettere che il contenuto delle Dat possa ridursi alla sola nomina del fiduciario, il quale, appositamente investito di una delega “in bianco”, si vedrebbe incaricato dell’esercizio di “ogni potere”<sup>208</sup>. Tale soluzione, in effetti, non pare approvabile anzitutto per ragioni di ordine testuale: abbiamo più volte ribadito come il comma 4, dell’art. 4, blindi la validità delle Dat a prescindere dall’assenza, congenita o sopravvenuta, del fiduciario<sup>209</sup>; così trovando (indirettamente) conferma che la regola è quella della subalternità del fiduciario alle Dat e non viceversa – come a dire: il fiduciario vi è in quanto vi sono le Dat, ma le Dat vi sono anche e a prescindere dal fiduciario. Vi è, poi, una considerazione di fattura più generale, quella che scorge nell’odierno intervento legislativo l’intento di mantenere la materia del consenso o del rifiuto ai trattamenti sanitari ben ancorata all’area di ciò che pertiene alle scelte più intime della persona.

Compiti di maggiore impegno e responsabilità attendono il fiduciario nell’ipotesi in cui si tratti di “disattendere” le Dat<sup>210</sup>: ipotesi alla quale il medico potrà addivenire solamente nell’ “accordo con il fiduciario” (art. 4, comma 5). Va da sé, quindi, che in questi casi egli acquisti un ruolo di maggior rilevanza, non essendo più chiamato a vigilare sulla puntuale attuazione di una volontà già

---

*materia di “testamento biologico”, cit., 90 ss. Cfr. NICOLUSSI A., Testamento biologico e problemi di fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà, in Eur. dir. priv., 2013, 489.*

<sup>207</sup> CARUSI D., *La legge “sul biotestamento”, cit., 298.*

<sup>208</sup> Così, invece, ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 248, secondo il quale, nelle Dat, “il disponente potrebbe limitarsi a dare *ogni potere* al fiduciario, senza dilungarsi in disposizioni su specifiche situazioni o scelte o disegnando scelte molto generali, criteri di decisione più che “disposizioni” circostanziate”.

<sup>209</sup> In questa dimensione anche DE FILIPPIS B., *Biotestamento e fine vita*, cit., 126.

<sup>210</sup> L’uso del termine “disattese” è stato criticato da ZATTI P., *Brevi note sul testo approvato*, cit., in quanto, secondo l’autore, “si tratta piuttosto di adattare, concretizzare in situazione non prevedibile dal disponente: individuare il senso di quanto manifestato dalla persona e scegliere la soluzione che, nelle condizioni date, meglio “lo rispetti”.

manifestata, bensì ad elaborare, con giudizio prognostico, le medesime scelte che, se il disponente avesse potuto, avrebbe fatto proprie.

A ben vedere, il problema coinvolge in particolare le dichiarazioni che, sotto il profilo del contenuto, si presentano lacunose ovvero quelle espresse in modalità ottativa o esitante. A questo proposito, ci si è dunque chiesti se, a cospetto di simili dichiarazioni, il fiduciario possa ancora reputarsi competente a “fare le veci” dell’interessato nella relazione di cura, o, al contrario, se si renda opportuno un provvedimento incapacitante nei confronti del disponente che assegni le mansioni inerenti alla *cura personae* al rappresentante legale all’uopo nominato. In altre parole ci si è domandati se il fiduciario, nominabile solo in presenza di Dat e anzi unicamente attraverso l’atto che le contiene, possa esercitare, in materia di trattamenti sanitari, un ruolo equiparabile a quello del tutore o dell’amministratore di sostegno, atteso il vacuo contenuto della dichiarazione preventiva di cura. Taluno è sembrato schierarsi apertamente a favore della seconda opzione interpretativa, sull’assunto, in parte condivisibile, che la *cura personae* e la prestazione del consenso o del rifiuto alle cure può svolgersi solo nelle forme e con i limiti stabiliti da un giudice<sup>211</sup>.

Un’altra questione sembra tuttavia agitarsi, ed è quella che curiosamente mette a confronto il passato recente (la designazione preventiva dell’amministratore di sostegno *ex art. 408 c.c.*) e il presente (la nomina del fiduciario *ex art. 4, comma 1, l. 219/2017*) circa gli uffici destinati alla cura della persona<sup>212</sup>. A questo punto, infatti, diventa interessante domandarsi se il giudice tutelare, nella scelta dell’amministratore di sostegno ai sensi dell’art. 408 c.c., possa o debba tener conto della volontà espressa dall’interessato all’atto della nomina del proprio fiduciario (effettuata mediante una Dat). Premessa l’alterità dei ruoli e dei compiti che rispettivamente sottintendono al fiduciario, nominato per il caso di eventuale incapacità futura ad autodeterminarsi, e all’amministratore di sostegno, preventivamente designato ai sensi dell’art. 408 c.c., - al quale compete, a differenza del primo, un più ampio spettro di poteri -, in dottrina, al

---

<sup>211</sup> Così DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul “testamento biologico”*, cit., 1018-1019.

<sup>212</sup> Sottolinea che la contiguità dei ruoli tra l’amministratore di sostegno e il fiduciario non costituisce esattamente una novità della presente legge, FRANZONI M., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *giustiziacivile.com.*, 2018, 9.

riguardo, si è teorizzata una soluzione non del tutto convincente. Da un lato si afferma, a ragione, che il giudice tutelare potrà disattendere l'indicazione fornita dall'interessato attraverso la nomina del fiduciario solo in presenza di giustificate ragioni; dall'altro, invece, si delinea una singolare duplicazione dei ruoli, nella misura in cui il fiduciario – s'è detto - dovrà essere scelto, in linea di principio, quale amministratore di sostegno per la materia dei trattamenti sanitari, in affiancamento ad altro amministratore nominato dal giudice, se necessario, per la gestione dei rapporti patrimoniali dell'interessato, salvo che la persona eletta come fiduciario abbia attitudini e competenze tali da poter cumulare su di se anche la *cura patrimonii*<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul "testamento biologico"*, cit., 1018-1019.

### CAPITOLO III

#### IL MATRIMONIO E LO SCIoglIMENTO DEL VINCOLO CONIUGALE

SOMMARIO: 1. Il matrimonio; 2. La crisi del matrimonio. Separazione e divorzio.

##### *1. Il matrimonio*

Quando viene nominato un amministratore di sostegno o un tutore ad una persona legata da vincoli di coniugio si pone il problema di verificare gli effetti della nomina sull'esercizio dei diritti inerenti ai rapporti familiari, sull'adempimento dei doveri e delle responsabilità ad essi relativi. La questione è particolarmente rilevante in quanto riguarda diritti personalissimi e fondamentali della persona da garantire ad ognuno in posizione di eguaglianza secondo quanto disposto dall'art. 3 Cost.<sup>214</sup>. In questa prospettiva, occorre interrogarsi sull'applicazione e l'interpretazione delle regole in materia di matrimonio laddove protagonista del rapporto coniugale sia una persona vulnerabile, un soggetto bisognoso di protezione. La risposta, sul piano sistematico, non è però agevole considerato che, da un lato, la l. 9 gennaio 2004, n. 6 nulla dice circa i rapporti tra amministrazione di sostegno e matrimonio<sup>215</sup>, mentre, dall'altro, esiste da sempre un divieto espresso per l'interdetto<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> RESCIGNO P., *Introduzione*, in FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 17 ss.

<sup>215</sup> Silenzio "opportuno" secondo parte della dottrina: v. BONILINI G., *Amministrazione di sostegno e capacità matrimoniale*, nota a Trib. Modena, 18 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 586. Sul silenzio serbato dalla l. n. 6/2004 v. anche IENTILE P., *L'impedimento matrimoniale dell'interdizione per l'infermità di mente dopo la l. 9.1.2004, n. 6 sull'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 461 ss. Di "occasione perduta" parla invece – rispetto alla scelta del 2004 di non procedere ad una radicale riforma dell'incapacità – PALMERI G., *sub art. 85*, in FERRANDO G. (a cura di), *Matrimonio*, in ALPA G. (a cura di), *Comm. c.c. Scialoia, Branca, Galgano*, Bologna, 2017, 350. Individua nella scelta astensionista del legislatore uno dei principali motivi di critica al suo operato, RUSCELLO F., *"Amministrazione di sostegno" e tutela dei disabili*, cit., 155. Nonostante il silenzio sulla questione dell'impedimento nuziale, è indubbio che la l. n. 6/2004, ha scosso alle fondamenta l'antico impianto di "protezione perentorio ed eccessivo" basato sull'idea unificante del malato di mente; e perciò ha promosso una globale rimeditazione della legittimazione *ad nuptias* del sofferente psichico in quella che è stata efficacemente descritta come "l'era della personalizzazione dei regimi protettivi": così CARBONE E., *Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, in *Familia*, 2004, 1042 ss.

<sup>216</sup> Non risale certo ad oggi l'invito della dottrina a una complessiva revisione del sistema di incapacità speciali che colpiscono l'interdetto. V. in modo particolare: BIANCA C.M., *La*

Appare dunque opportuno, secondo l'approccio prevalentemente seguito dai commentatori, analizzare dapprima la posizione dell'interdetto, per poi provare a fornire una risposta ai nuovi interrogativi posti in merito dall'amministrazione di sostegno.

Il dato positivo, com'è noto, nega all'interdetto la capacità di contrarre matrimonio (art. 85 c.c.), privandolo *a priori* della possibilità di svolgere la sua personalità in una dimensione affettiva e familiare<sup>217</sup>. In dottrina la norma è stata stigmatizzata per l'eccessiva asprezza del divieto: quasi tutti gli interpreti hanno messo in evidenza il carattere indiscutibilmente "odioso"<sup>218</sup> di questo "impedimento burocratico alle nozze"<sup>219</sup>, e ciò spiega le molte voci che a più riprese si sono levate per chiederne l'abrogazione o almeno una diversa modulazione. Non ha tuttavia avuto seguito la proposta – formulata sull'esempio di altri ordinamenti giuridici – di ammettere l'interdetto alle nozze, una volta che

---

*protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., 25 ss.; CENDON P., *Il prezzo della follia*, Il Mulino, Bologna, 1984, 230 ss; GALOPPINI A.M., *Infermità di mente e crisi del rapporto coniugale*, in *Dir. fam. pers.*, 1986, 190; NAPOLI E.V., *Handicappato mentale, protezione giuridica e prospettive di riforma*, *ivi*, 1986, 1235; DOGLIOTTI M., *Infermità mentale e diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1323 ss.

<sup>217</sup> Nell'opinione tradizionale, e negli stessi lavori preparatori al codice civile, la norma si autolegittima per ragioni di protezione dell'incapace contro il rischio di matrimoni avventati. La lettura più moderna, al contrario, ha messo in luce come tale impedimento abbia finito "per tradursi in un grave danno per la persona che si vuole tutelare, ed in definitiva in una forma di emarginazione dell'infermo di mente, il cui diritto ad una vita sessuale ed affettiva nel matrimonio viene completamente disatteso": così FERRANDO G., *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, Giuffrè, Milano, 2002, 305. Sul punto si vedano, in particolare: FURGIUELE G., *Il matrimonio dell'infermo di mente*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988, 583 ss; SPALLAROSSA M.R., *Le condizioni per contrarre matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da ZATTI P., I. *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO G. – FORTINO M. – RUSCELLO F., Giuffrè, Milano, 2002, 511 ss.; GIACOBBE E., "Questo matrimonio non s'ha da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio), nota a Trib. Roma, 26 marzo 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1212 ss.

<sup>218</sup> Una tra le "più odiose discriminazioni" ai danni delle persone interdette: così AUTORINO STANZIONE G., *La persona disabile nella prospettiva comparatistica*, in FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 136. Parlava, già nel '72, di una norma di dubbia costituzionalità (l'art. 85, 1 comma, c.c.) in quanto diretta ad impedire "il diritto d'esser uomo", PERLINGIERI P., *La personalità nell'ordinamento giuridico*, cit., 412. Tesi sviluppata con coerenza da LISELLA G., *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 773 e 786 ss., sulla quale, tuttavia, non si è registrato il favore della dottrina dominante. V. la posizione critica di FALZEA A., *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 25; e di BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, cit., 31, il quale sostiene che "sarebbe certamente eccessivo esporre senz'altro l'interdetto al pericolo di diventare vittima di una speculazione senza trovare nel rapporto matrimoniale la dovuta assistenza morale. Non crediamo quindi che ci si possa limitare a rimuovere come incostituzionale l'impedimento dell'interdizione".

<sup>219</sup> Come lo definisce CENDON P., *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 32.

il giudice abbia verificato la sua idoneità allo svolgimento della vita coniugale. Un'opzione questa resa oggi maggiormente praticabile dalla norma che consente al giudice di isolare, nella sentenza di interdizione o successivamente, quegli atti che l'interdetto può compiere autonomamente (art. 427 c.c.), e tra i quali, a rigore, ben potrebbe rientrare il matrimonio<sup>220</sup>.

Il divieto previsto per l'interdetto non vale invece per la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno: ne consegue dunque che il beneficiario conserva, piena ed intatta, la capacità matrimoniale. Si tratta di una scelta legislativa indubbiamente apprezzabile dato che il beneficiario non è un soggetto incapace, bensì “debole”, e che la misura di sostegno può quindi riguardare persone in grado di orientarsi nelle decisioni (perché, ad esempio, menomate solo nel fisico) o con sofferenze o deficit psichici non così rilevanti da impedire loro di comprendere il significato delle responsabilità familiari. Al riguardo si è precisato che la circostanza che una persona sia sottoposta ad amministrazione di sostegno non comporta di per sé alcuna limitazione legale della capacità matrimoniale, ma deve essere fatta salva l'eventualità di un'impugnazione per incapacità naturale, ai sensi dell'art. 120 c.c., e – si è osservato – la sottoposizione ad amministrazione di sostegno può costituire una fonte presuntiva di prova di un qualche rilievo, ai fini dell'eventuale, successiva, impugnazione del matrimonio contratto da colui che, all'atto della celebrazione, non era in grado di intendere e di volere<sup>221</sup>. Legittimato attivo, secondo quanto disposto dall'art. 120, è lo stesso incapace. L'azione tuttavia non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che il coniuge ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali (art. 120, 2 comma, c.c.).

Per comprendere appieno l'estensione e la robustezza della libertà matrimoniale “conservata” dal beneficiario, un'importanza fondamentale riveste l'art. 411, 4 comma, c.c., ove si riconosce al giudice tutelare il potere di estendere

---

<sup>220</sup> Sull'autorizzazione *ad hoc* rilasciata dal giudice, v. BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia e le successioni*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2001, 50; LISELLA G., *Interdizione giudiziale e tutela della persona*, cit., 56. In verità la possibilità di ammettere l'interdetto al matrimonio, almeno in taluni casi, ha costituito l'oggetto di un dibattito che ha preceduto la stessa legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno. Per una ricognizione sulle principali argomentazioni in campo v. il dialogo a distanza intrattenuto da DE CUPIS A., *Il matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 116 ss; ID., *Ancora sul matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, *ivi*, 1987, II, 531; e BIANCA C.M., *Questo matrimonio non s'ha da fare*, *ivi*, 1987, II, 533.

<sup>221</sup> In questi termini ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, cit., 4239.

determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse di quest'ultimo e a quello tutelato dalle predette disposizioni<sup>222</sup>.

E' discusso dunque se il giudice, avvalendosi dei poteri riconosciutigli dall'art. 411 c.c., possa estendere il divieto di cui all'art. 85 c.c. alla persona soggetta ad amministrazione di sostegno. La dottrina, pur riconoscendo la persuasività della tesi proposta, manifesta una giustificata prudenza. La libertà matrimoniale costituisce infatti un diritto fondamentale garantito a tutti in posizione di eguaglianza. La previsione di limiti al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, anche se sulla base di un provvedimento giudiziale, e nei casi di maggiore gravità<sup>223</sup>, non soddisfa le dottrine più sensibili a istanze garantiste. Si osserva, a supporto di tale posizione, che lo stesso inabilitato può contrarre matrimonio, il che lascia intendere che il legislatore ha inteso privare della capacità matrimoniale solo le persone che si trovino "nello stato patologico grave ed abituale descritto dall'art. 414 c.c."<sup>224</sup>.

Difficile pertanto ipotizzare che una "così vistosa incisione della capacità della persona" possa dipendere da un "provvedimento giudiziale di natura discrezionale", quale quello interessato dall'art. 411, 4 comma, c.c.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Sull'art. 411, ultimo comma e sui dubbi che accompagnano l'estensione al beneficiario dei divieti posti per l'interdetto quando entrino in gioco "gravi limitazioni alle capacità fondamentali della persona": BONILINI G., *Amministrazione di sostegno e capacità matrimoniale*, cit., 581 ss. Sull'estensione al beneficiario del regime giuridico dell'interdetto (e dell'inabilitato) e sul problema delle disposizioni normative in cui compare un generico riferimento all'incapacità: DELLE MONACHE S., *Prime note alla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 29 ss. A favore dell'estensione – per la via dell'art. 411 c.c. – del divieto di matrimonio qualora il beneficiario risulti totalmente incapace di scelte critiche e di determinarsi liberamente: RUSSO R., *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, nota a Trib. Varese, 6 ottobre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 294. Sull'art. 411, ultimo comma e sulle perplessità che accompagnano una previsione che potrebbe "vanificare, quantomeno parzialmente, quel processo di affrancazione del nuovo istituto dal tradizionale modo di affrontare i problemi dell'infermo, da sempre ispirato alla logica della rigida alternativa capacità/ incapacità", v. BALESTRA L., *Gli atti personalissimi del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., 663. Sulla confluenza di interessi altri, generali, come la tutela dell'affidamento di terzi, accanto all'interesse del beneficiario, nella definizione del criterio per stabilire l'estensione ex art. 411, ultimo comma, v. in termini critici DOSSETTI M., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 97.

<sup>223</sup> CALÒ E., *Amministrazione di sostegno*, l. 9 gennaio 2004, n. 6, Giuffrè, Milano, 2004, 135; DELLE MONACHE S., *Prime note*, cit., 42.

<sup>224</sup> ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 4238.

<sup>225</sup> Così anche BONILINI G., *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G. – CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2 ed., 2007, 302.

A tale soluzione giungono diversi interpreti, i quali sottolineano che la circostanza che la l. 6 del 2004 non sia intervenuta sugli artt. 85 e 119 c.c., unita al *favor* verso la conservazione della capacità del soggetto che permea la riforma e alla “imperatività delle regole in materia di libertà matrimoniale, che può essere limitata solo nei casi tassativamente previsti *ex lege*”, induce a ritenere che la privazione della capacità di contrarre matrimonio possa avvenire solo ed esclusivamente per effetto di una sentenza di interdizione, appunto l’unica ipotesi contemplata dagli artt. 85 e 119 c.c.

Le apprezzabili istanze garantistiche conducono tuttavia a risultati non pienamente soddisfacenti. Occorre in effetti riconoscere che avallare una lettura così *tranchant* significa consegnare all’interdizione il monopolio sull’impedimento nuziale e, con esso, il risultato di essere preferita all’amministrazione di sostegno tutte le volte in cui un giudice, sia pur a malincuore, ritenesse necessario vietare il matrimonio<sup>226</sup>. Situazione comunque stridente col principio del *favor* per l’amministrazione di sostegno cui specularmente si collega la residualità dell’interdizione; e che in prospettiva porrebbe anche le basi per l’impossibilità dell’abrogazione dell’interdizione stessa, come giustamente rilevato in dottrina<sup>227</sup>. Ragionare nei termini così descritti, individuando nell’interdizione l’unico impedimento al matrimonio dell’infermo, – lo si è detto bene – elude le finalità della l. 6 del 2004 e ripropone all’interprete la rigida alternativa capacità/incapacità, così incisiva a cospetto di una libertà fondamentale<sup>228</sup>.

L’amministrazione di sostegno, è opportuno rammentarlo, può essere disposta anche in situazioni così gravi e compromesse che in astratto giustificerebbero il ricorso all’interdizione se risulti in concreto, valutati gli interessi reali del beneficiario, adeguata alle esigenze di protezione esibite

---

<sup>226</sup> Così OLIVERO L., *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*, nota a Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, in *Giur. it.*, 2018, 310 ss.

<sup>227</sup> Opportunamente afferma CATERINA R., *Le persone fisiche*, cit., 87, che “se si condivide l’auspicio, espresso da molta dottrina, che l’interdizione sia relegata ad un ruolo marginale, allora escludere che il giudice tutelare possa limitare la capacità di contrarre matrimonio del beneficiario sembra poco opportuno; perché si possono ben immaginare dei casi in cui la prospettiva di un matrimonio appare pericolosa, ed allora l’interdizione sarebbe l’unica soluzione possibile. E se poi si dovesse percorrere la strada dell’abrogazione dell’interdizione, allora ammettere che il giudice possa limitare la capacità di contrarre matrimonio sarebbe addirittura necessario”.

<sup>228</sup> In questi termini BALESTRA L., *Gli atti personalissimi del beneficiario dell’amministrazione di sostegno*, cit., 668.

dall'assistito<sup>229</sup>. Per questa ragione non si può escludere che il decreto di nomina dell'amministratore, o una successiva modifica, dichiarati applicabili il divieto di cui all'art. 85 c.c. Tale estensione è però condivisibile solo in situazioni così gravi da giustificare la pronuncia di interdizione alla quale tuttavia non si ritiene opportuno ricorrere in quanto non risulta nel caso di specie "necessaria per assicurare... adeguata protezione" all'infermo (art. 414 c.c.)<sup>230</sup>.

La casistica, non troppo vasta, porta a riflettere sull'esercizio dell'importante potere attribuito al giudice tutelare, che non dovrebbe essere impiegato, in una logica paternalistica, per frapporre ostacoli al matrimonio di persone che andrebbero sostenute nelle loro scelte e non impedito di compierle<sup>231</sup>. La prassi dimostra anche che l'applicazione del divieto viene richiesta il più delle volte in relazione ad uno specifico progetto matrimoniale. In questi casi il giudice viene chiamato a pronunciarsi non tanto sull'ammissione al matrimonio in generale, ma su una decisione concreta riguardo alla quale rileva il valore, il

---

<sup>229</sup> La giurisprudenza è sul punto coerente, limpida e inattaccabile: "L'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di possibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma 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". L'istituto della amministrazione di sostegno perciò "si distingue dalla interdizione non sotto il profilo *quantitativo*, ma sotto quello *funzionale*, cioè induce a ritenere che, in linea generale, in presenza di patologie particolarmente gravi, possa farsi ricorso sia all'uno che all'altro strumento di tutela, e che soltanto la specificità delle singole fattispecie, e delle esigenze da soddisfare di volta in volta possano determinare la scelta tra i vari istituti, con l'avvertenza che quello della interdizione ha comunque carattere residuale, intendendo il legislatore riservarlo, in considerazione della gravità degli effetti che da esso derivano, a quelle ipotesi in cui nessuna efficacia protettiva sortirebbe una diversa misura" (corsivo aggiunto). Principio affermato, *ex multis*, da Cass., 12 giugno 2006, n. 13584; Cass., 26 ottobre 2011, n. 22332; Cass., 26 luglio 2013, n. 18171.

<sup>230</sup> La dottrina maggioritaria si dice favorevole ad ammettere che il giudice tutelare possa negare espressamente il potere del beneficiario di contrarre matrimonio; potere che – questo è pacifico – in difetto di espliciti limiti gli compete naturalmente. In questo senso, FERRANDO G., *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore e autonomia dell'interessato*, in FERRANDO G. – LENTI L. (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione*, Giappichelli, Torino, 2006, 160. Cfr. altresì COCCIA A. – MARELLA M.R., *Gli atti patrimoniali nell'interesse del beneficiario*, *ibid.*, 183.

<sup>231</sup> V. due provvedimenti di segno opposto: Trib. Modena, 18 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 579, con nota di BONILINI G., *Amministrazione di sostegno e capacità matrimoniale*, *cit.*, ove si afferma che nel silenzio il beneficiario conserva la capacità matrimoniale, ma si ammette pure che questa è limitabile in presenza di situazioni eccezionali. Nel caso di specie però veniva escluso il ricorso di estremi di eccezionale gravità ad impedire, in base al combinato disposto degli artt. 85 e 119 c.c., il matrimonio di una beneficiaria di amministrazione affetta da un lieve ritardo mentale. In senso contrario, invece, Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2738, con nota critica di CENDON P., "22 anni, un forte ritardo mentale: è meglio che la ragazza non si sposi subito", che procedeva alla nomina di un amministratore di sostegno al solo scopo di rendere estensibile l'impedimento di cui all'art. 85 c.c.

significato, la portata della relazione stabilita, sul rilievo che la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno non vada privata di tutte quelle esperienze che possono arricchire e dare un senso alla sua vita. In un'ottica di sostegno, non si esclude che possa essere attivata una "rete di protezione" attorno al beneficiario intesa a favorirlo nell'assunzione di una decisione consapevole, e che all'amministratore di sostegno possa essere affidata la regia di questa iniziativa<sup>232</sup>, tenuto ben presente che potrà al più trattarsi di una assistenza "atecnica" – non essendo il matrimonio un atto che tolleri la partecipazione di un terzo alla decisione<sup>233</sup>.

Detto dunque del divieto che colpisce *ex art.* 85 c.c. l'interdetto e della possibile, certamente eccezionale, ma comunque legittima facoltà del giudice tutelare di estenderlo *ex art.* 411, 4 comma, c.c. al beneficiario di amministrazione di sostegno, va riservata qualche riflessione al tema strettamente connesso della impugnazione del matrimonio.

A mente dell'art. 119 c.c. il matrimonio di chi è stato interdetto può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo<sup>234</sup> se, al tempo del matrimonio, vi era già sentenza di interdizione passata in giudicato, ovvero se l'interdizione è stata pronunciata

---

<sup>232</sup> In questa direzione mi pare si collochi la scrupolosa analisi di BALESTRA L., *Gli atti personalissimi del beneficiario*, cit., 667, il quale con specifico riferimento al matrimonio sottolinea come "sarebbe stato forse più opportuno prevedere forme di assistenza o, nelle situazioni più gravi, di controllo allo scopo di consentire l'esercizio di una libertà fondamentale e, al contempo, di creare una rete di protezione atta ad impedire il perpetrarsi di situazione di approfittamento". In giurisprudenza, v. al riguardo Cass., 30 giugno 2014, n. 14794, in *Foro it.*, 2014, I, 2428 con nota di CASABURI G. La sentenza, riguardante una richiesta di annullamento del matrimonio avanzata da alcuni parenti nei riguardi di un loro congiunto, si segnala per aver teorizzato "un ridimensionamento della portata assoluta del divieto di intervento nel compimento di atti personalissimi da parte di terzi"; ridimensionamento di fatto consistito nel conferimento all'amministratore di sostegno del compito di "coadiuvare o affiancare la persona bisognosa nella espressione della propria volontà, preservandola da eventuali pressioni o ricatti esterni", sebbene relativamente al compimento di un atto personalissimo come il matrimonio.

<sup>233</sup> Così ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 4237; BONILINI G., *Norme applicabili*, cit., 303.

<sup>234</sup> Per un commento alla norma, con particolare riferimento all'ampliamento dei soggetti legittimati a chiedere l'annullamento v., in termini critici FERRANDO G., *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Ciccù – Messineo*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2015, 611, ove si legge che "la legittimazione riconosciuta, oltre che al tutore, anche al pubblico ministero e a qualunque interessato sembra dare spazio, accanto all'interesse dell'incapace, anche ad un interesse pubblico alla rimozione del vincolo assunto dall'interdetto, quasi che l'interdizione, più che istituto a protezione dell'incapace, fosse istituto a protezione di interessi di altra natura, ed in particolare di quello alla salvaguardia del patrimonio ed alla sua conservazione in ambito familiare". Sui rapporti tra l'art. 85 c.c. e l'art. 119 c.c. v. TOMMASINI R., *sub art.* 119, in BALESTRA L. (a cura di), *Della famiglia*, nel *Comm. c.c.*, diretto da GABRIELLI E., Torino, 2010, 272 ss.

posteriormente ma l'infermità esisteva già al tempo della celebrazione. Mentre il tutore può chiedere l'annullamento del matrimonio contratto dall'interdetto, non è invece previsto un potere analogo per l'amministratore di sostegno rispetto al matrimonio concluso dall'incapace naturale.

In dottrina ci si è domandati se la legittimazione attiva del tutore nell'azione di annullamento del matrimonio di cui all'art. 119 c.c. sia in qualche misura omologabile alla posizione dell'amministratore di sostegno, all'evidenza carente di ogni strumento tecnico diretto a tutelare l'amministrato rispetto ad un vincolo assunto senza la sufficiente consapevolezza. Le soluzioni individuate dalla dottrina sono essenzialmente due: o il giudice autorizza l'amministratore di sostegno ad esercitare in via diretta l'azione di cui all'art. 119 c.c., ovvero occorre promuovere prima un giudizio di interdizione e, solo a quel punto, agire *ex art. 119 c.c.*, dato che il tutore può chiedere l'annullamento del matrimonio contratto dall'infermo precedentemente alla sentenza di interdizione quando l'infermità era già esistente al momento del matrimonio. La prima soluzione – si è osservato – sarebbe quella più coerente con la prospettiva di sostegno propria dell'istituto, che peraltro impedirebbe all'amministratore di potervi fare ricorso dinanzi alla volontà contraria manifestata dal beneficiario<sup>235</sup>.

## 2. La crisi del matrimonio. Separazione e divorzio.

L'adempimento degli obblighi di natura personale (coabitazione, fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia – ognuno connesso all'atto fondativo del matrimonio) può essere impedito in tutto o

---

<sup>235</sup> Per una puntuale ricognizione v. FERRANDO G., *op. ult. cit.*, 624 ss. In giurisprudenza, si segnala la recentissima Cass., 11 maggio 2017, n. 11536, cit., in *Giur. it.*, 2018, 310 ss., con nota di OLIVERO L.; e in *Fam. dir.*, 2017, 953 ss., con nota di DANOVI F., *Matrimonio e amministrazione di sostegno: (generale) validità ed (eccezionali) impugnative*, che non esclude che in via del tutto eccezionale il decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno possa imporre il sacrificio della libertà matrimoniale, se ciò corrisponde all'interesse del beneficiario. Tuttavia si nega che, in difetto di un'espressa previsione, possa aversi una generalizzata estensione analogica dei limiti previsti per l'interdetto. Finanche in presenza di un provvedimento del giudice tutelare che abbia imposto al beneficiario il divieto di sposarsi, il matrimonio contratto da quest'ultimo può essere impugnato da lui stesso, dall'amministratore *ex art. 412, 2 comma, c.c.*, ma non anche da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo, secondo la vecchia disciplina dell'interdizione.

in parte dalla condizione di vulnerabilità, fisica o psichica, in cui versa il coniuge. Per contro, all'altro coniuge viene richiesto un *surplus* di impegno, di assistenza, di solidarietà che per alcuni o in alcuni casi può risultare eccessivamente gravoso.

Quando si giunge alla crisi del rapporto coniugale, essendo la convivenza divenuta "intollerabile", l'addebito costituisce la sanzione prevista dal legislatore per comportamenti rimproverabili al coniuge i quali non solo siano contrari ai doveri coniugali ma abbiano altresì condotto alla intollerabilità della convivenza.

Vi sono poi dei casi in cui le modalità con cui l'obbligo di assistenza è trasgredito giustificano non solo l'addebito, ma anche il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di diritti fondamentali del partner, come la salute o la dignità<sup>236</sup>. In altre parole la scelta di libertà non è una colpa, ma lo sono l'abbandono, le trascuratezze, e gli abusi.

Parte della dottrina ha lamentato l'assenza, o anche solo un più efficace coordinamento, nella l. 6 del 2004 di una precisa volontà legislativa in ordine alla richiesta di separazione personale dei coniugi e di scioglimento del matrimonio. In termini generali si può osservare quanto sia personale la scelta di liberarsi da un matrimonio fallito. Alle volte però la persona potrebbe essere impedita, a causa della sua debolezza negoziale, all'esercizio di questo diritto. Per cui in questi casi è compito dell'ordinamento rimuovere quegli ostacoli, tenendo a mente che tanto la separazione quanto il divorzio implicano profili di natura personale, attinenti alla conservazione dello *status* di coniuge, ai quali si intrecciano fondamentali profili di ordine patrimoniale e successorio.

Disposizione cardine sulla quale confluiscono buona parte delle riflessioni che seguono – o attraverso un riferimento diretto o attraverso un rinvio analogico – è l'art. 4, 5 comma, della l. n. 898 del 1970 che prevede l'obbligo, a carico del Presidente del tribunale, di nominare un curatore speciale al convenuto, quando questi sia interdetto o comunque malato di mente. La norma, che può applicarsi anche alla separazione personale, sembra concepita e strutturata

---

<sup>236</sup> Secondo l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza di legittimità, il risarcimento dei danni per violazione dei doveri familiari postula non solo l'inadempimento del dovere, ma il verificarsi di un "danno ingiusto", da intendersi come lesioni di diritti fondamentali: cfr. Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Fam. dir.*, 2001, 159 ss. con nota di DOGLIOTTI M.; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, *ivi*, 2005, 365, con note di SESTA M. e FACCI G. Per un caso relativo all'abbandono di paziente psichiatrico, v. Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2001, 161 ss., con nota di DOGLIOTTI M.

secondo un preciso schema, quello per cui l'iniziativa diretta allo scioglimento del matrimonio sia presa dal coniuge "sano" e quello "malato di mente o legalmente incapace" sia convenuto. La disposizione dunque non riconosce al tutore la legittimazione passiva, spodestandolo dalla sua necessaria funzione sostitutiva, ma impone la nomina di un curatore speciale; e tanto basta, almeno con riferimento alla posizione di convenuto, per dissipare completamente, o quasi, ogni dubbio.

Alla scelta di campo del legislatore del divorzio di non contemplare una simmetrica legittimazione attiva da parte dell'interdetto<sup>237</sup>, ha tuttavia posto rimedio la Corte di Cassazione con una decisione che è ben presto divenuta un termine di riferimento in materia<sup>238</sup>.

La Corte ha infatti affermato l'applicabilità analogica dell'art. 4, 5 comma, l. div., alle ipotesi in cui sia l'interdetto a prendere l'iniziativa, ammettendo che l'azione di divorzio possa essere proposta nel suo interesse da parte di un curatore speciale appositamente nominato dal giudice<sup>239</sup>. La decisione risolve positivamente il tema della legittimazione attiva dell'interdetto, accogliendo le

---

<sup>237</sup> Soluzione alla quale in dottrina si perviene da diversi punti di vista. Vi è chi, ad esempio, ha negato la titolarità dell'azione divorzile all'interdetto, sulla scorta della previsione di cui all'art. 85 c.c., e rilevando che, attesa la necessaria corrispondenza tra i requisiti per la costituzione e l'estinzione di un contratto, risulterebbe preclusa all'interdetto la capacità di sciogliere il matrimonio, parallelamente all'impossibilità di contrarlo (BARBIERA L., *Il divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia*, in *Comm. c.c. Scialoja, Branca*, 1979, 224 ss., *ivi*, 259 ss.). Vi è chi ritiene, conformemente, che la norma di cui all'art. 4, 5 comma, l. 898 del 1970 risulti posta esclusivamente a tutela del coniuge capace, e non anche a favore dell'interdetto (FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998, 191.). E poi si sottolinea ancora che, anche a voler tacere del silenzio del legislatore, al quale dovrebbe comunque riconoscersi una qualche consapevolezza nella scelta di regolare il solo caso in cui l'interdetto sia convenuto, tralasciando la simmetrica situazione dell'interdetto attore nel giudizio di divorzio, sembra di poter dubitare dell'effettiva sussistenza di un'identità di *ratio*. La conferma implicita di questa deduzione andrebbe cercata nella scelta del legislatore di introdurre un regime speciale a favore del diritto del coniuge capace di conseguire lo scioglimento del matrimonio. La nomina del curatore speciale avrebbe quindi l'obiettivo di superare il potenziale conflitto di interessi che si realizzerebbe ove tutore dell'interdetto fosse proprio il coniuge intenzionato a concludere il matrimonio. Sul punto si rinvia a GRAZIOSO G., *Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell'interdetto per infermità di mente in relazione all'azione di divorzio*, in *Dir. famiglia*, 2001, 1404 ss., spec. 1414-1415.

<sup>238</sup> Cass., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3145, con nota di CICCHITELLI G., *La capacità dell'interdetto di esercitare le azioni relative allo status coniugale*, *ivi*, 2001, I, 2751, e in *Dir. famiglia*, 2001, 1404, con nota di GRAZIOSO G., *op. cit.* 1404 ss.

<sup>239</sup> La decisione supera così l'indirizzo giurisprudenziale precedente che precludeva al rappresentante legale la possibilità di promuovere egli stesso l'azione nell'interesse dell'incapace: v. Trib. Torino, 7 giugno 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 356.

istanze di quella parte della dottrina<sup>240</sup> che opportunamente aveva evidenziato la difficoltà - forse logica prim'ancora che giuridica - di giustificare la non risolubilità di un matrimonio divenuto insostenibile, riservando l'indissolubilità del vincolo, in modo del tutto inconferente, a carico soltanto della parte debole della coppia. Ciononostante, la scelta di anteporre la figura del curatore a quella del tutore nella legittimazione alle azioni di separazione e divorzio ha destato non poche perplessità, in ragione del fatto che diverse sono le disposizioni che attribuiscono al tutore la legittimazione all'esercizio delle azioni di stato (v. art. 119 c.c.)<sup>241</sup>.

Alla più angusta posizione dell'interdetto fa da contraltare la situazione della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno la quale, come già visto a proposito del matrimonio, conserva in linea di massima la propria capacità legale e la conseguente legittimazione attiva e passiva nelle cause di separazione e divorzio. Si tratta infatti di rapporti che rientrano nella più gelosa sfera di autodeterminazione della persona, di modo che si deve riconoscere al beneficiario la libertà di assumere le iniziative che ritiene più opportune, sempre che possa essere accertata, in capo allo stesso, un'adeguata capacità di discernimento<sup>242</sup>. In caso contrario, ove il giudice tutelare accerti che le condizioni della persona sono tali da impedire la conservazione di un'autonoma capacità di gestione riguardo a tali rapporti, parte della dottrina ritiene che il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno dovrebbe inibire espressamente al beneficiario la proposizione di domande giudiziali di separazione e divorzio, o la prestazione del

---

<sup>240</sup> DOGLIOTTI M., *Separazione e divorzio*, 2 ed., Utet, Torino, 1995, 24.

<sup>241</sup> V. Cass., 6 giugno 2018, n. 14669, in *ilfamiliarista.it*, secondo la quale "ritenere che l'interdetto per infermità di mente non possa farsi sostituire da chi è tenuto a rappresentarlo nel porre in essere un atto personalissimo equivarrebbe a sostenere che egli ha perso, in concreto, il relativo diritto, non avendone più l'esercizio. Deve allora concludersi, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 357 e 414 c.c., che all'interdetto è consentito, per il tramite del rappresentante legale, il compimento di atti personalissimi (a meno che, come nel caso dell'art. 85 c.c., non gli siano espressamente vietati), ben potendo l'esercizio del corrispondente diritto rendersi necessario per assicurare la sua adeguata protezione". La Suprema Corte – in questa importantissima sentenza – precisa anche che la nomina *ad hoc* di un curatore speciale che insieme al giudice tutelare valuti l'opportunità di promuovere la relativa azione e ne determini il contenuto, per poi essere autorizzato ad esperirla, si prospetta necessaria solo in caso di conflitto di interessi tra tutore e il proprio rappresentato, risolvendosi altrimenti in un inutile formalismo.

<sup>242</sup> Così ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione*, cit., 4239; BONILINI G., *Norme applicabili*, cit., 303.

consenso alla separazione personale<sup>243</sup>. Si esclude inoltre che il giudice possa in simili circostanze autorizzare l'amministratore di sostegno ad agire nell'interesse del disabile, in quanto il carattere strettamente personale dell'azione impedirebbe l'attribuzione a terzi di poteri sostitutivi<sup>244</sup>.

A conclusioni diverse perviene invece la giurisprudenza<sup>245</sup> e altra parte dei commentatori. Forzando forse un po' il dato normativo, si fa notare che l'art. 4, 5 comma, l. div., fa riferimento non solo a situazioni di conclamata incapacità legale, ma anche a più generiche condizioni di "malattia mentale". Nell'ottica dell'autonomia assistita propria della l. 6 del 2004, il giudice dunque potrebbe riconoscere all'amministratore di sostegno il potere di esercitare, nell'interesse del beneficiario, l'azione di separazione o di divorzio quando l'amministrato non abbia sufficienti capacità di discernimento<sup>246</sup>. La tesi, ben espressa in alcune motivazioni, è quella del sostegno, della rimozione degli ostacoli che si frappongono all'esercizio dei diritti di natura personale, della valorizzazione dei compiti di cura della persona attribuiti all'amministratore. Le conclusioni ora accennate sembrano condivisibili, ma necessitano di alcune precisazioni con riferimento ai criteri che ispirano l'intervento dell'amministratore. Anzitutto è doveroso rimarcare che i poteri sostitutivi in relazione ad atti di natura esistenziale vanno ricondotti non al potere di rappresentanza, ma a quello di cura della

---

<sup>243</sup> ANELLI F., *op. loc. cit.*; BONILINI G., *op. loc. cit.*

<sup>244</sup> Secondo BONILINI G., *op. cit.*, 304, l'intervento dell'amministratore di sostegno in una decisione così attinente alla sfera personale è scarsamente concepibile, salva la possibilità che, nel limitato caso in cui l'azione sia stata proposta dal coniuge del beneficiario dell'amministrazione di sostegno – nel qual caso il vincolo matrimoniale verrebbe reso quiescente, o rimosso, per volontà del solo coniuge del beneficiario –, il giudice tutelare possa disporre, in favore dell'amministratore di sostegno, poteri di assistenza a tutela degli interessi patrimoniali del beneficiario resistente.

<sup>245</sup> Cfr. Trib. Bologna, sez. Imola, 2 gennaio 2006, in *personaedanno.it*; Trib. Pinerolo, 9 novembre 2005 e 13 dicembre 2005, entrambi in *personaedanno.it*. e in *Fam. pers. succ.*, 2007, 557-559; v. anche in *Giur. merito*, 2005, 874, con nota critica di BULGARELLI A., *Eutanasia della capacità di agire del beneficiario di amministrazione di sostegno*; Trib. Roma, 22 settembre 2006, *ivi*, secondo il quale l'amministratore di sostegno può essere autorizzato a riferire la volontà dell'amministrato in ordine alla decisioni di separarsi. Nel senso che l'amministratore può essere autorizzato ad esperire le azioni di separazione e divorzio, v. le due sentenze gemelle emesse da Trib. Modena, 25 ottobre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 275, e Trib. Modena, 26 ottobre 2007, *ibidem*, 275, con nota critica di ANELLI F., *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*, 286 ss., relative ad un caso di divorzio congiunto; Trib. Modena, 8 novembre 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 705.

<sup>246</sup> BALESTRA L., *op. cit.*, 665; LISELLA G., *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005, 116 ss.

persona<sup>247</sup>, il che implica, il dovere dell'amministratore di orientare le decisioni al rispetto della personalità dell'interessato. Ciò significa in primo luogo che l'azione del rappresentante è impedita dall'espreso dissenso del beneficiario, ferma restando l'illiceità di qualunque iniziativa di segno contrario<sup>248</sup>; in secondo luogo che, anche nel caso di beneficiario che non sia assolutamente in grado di esprimersi, l'amministratore deve fin dove possibile rispettarne la filosofia di vita, rimettendo la sua determinazione alla prova presuntiva della volontà del beneficiario di concludere definitivamente la sua vicenda matrimoniale<sup>249</sup>. È anche vero che la tutela dell'interesse del beneficiario può talvolta addirittura rendere opportuna la separazione o il divorzio, sia per ragioni di ordine personale – sottrarre l'infermo ad una convivenza problematica o alle angherie dell'altro coniuge – ma anche per ragioni di ordine patrimoniale o di natura successoria<sup>250</sup>.

Ad offrire ulteriori spunti problematici è, poi, la posizione del disabile riguardo alla separazione consensuale.

La separazione consensuale è comunemente intesa come la forma di separazione più conveniente per i coniugi in quanto, attraverso una soluzione

---

<sup>247</sup> In questi termini v. ZATTIP., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO P., 3, II, Utet, Torino, 1982, 209. L'a. ammonisce sulla necessità di svolgere un "esame approfondito riguardo a tutta la posizione dell'incapace legale rispetto agli interessi di natura personale, nel senso che, o si nega significato all'analogia tra tutela dell'interdetto e le potestà familiari per l'aspetto di "cura della persona", e si affronta il problema degli strumenti con cui assicurare la realizzazione almeno parziale degli interessi personali dell'incapace legale; oppure si riconosce che quel potere finisce per attribuire al tutore [ma il discorso vale anche l'amministrazione di sostegno], rispetto ad un interdetto coniugato, un *ruolo di vigilanza e intervento che potrebbe estendersi a decisioni tali da incidere sulla stessa sorte del consorzio coniugale*" (corsivo aggiunto). Pertanto per i problemi che involgono l'autonomia del soggetto, ma che riguardano la persona, - conclude l'a. - occorrerebbe fare riferimento al compito di "cura della persona", e di qui inferire nei rapporti esterni il profilo della sostituzione.

<sup>248</sup> Trib. Roma, 14 aprile 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 557, ha stabilito che "l'espreso dissenso della beneficiaria affetta da infermità fisica che le impedisce l'uso degli arti ma capace di autodeterminarsi comporta il rigetto dell'istanza con cui l'amministratore di sostegno chiede di essere autorizzato a sottoscrivere per la beneficiaria un ricorso per separazione consensuale dei coniugi".

<sup>249</sup> Come stabilito nel caso all'esame di Trib. Roma, 9 marzo 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 368. In dottrina, v. CORDIANO A., *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1937 ss. Cfr. Trib. Cagliari, 15 giugno 2010, per il quale "l'iniziativa dell'amministratore di sostegno del coniuge ricorrente o convenuto nel giudizio di separazione o divorzio, in quanto volta all'esercizio di diritti personalissimi" occorre che rimanga "ancorata all'espressione della volontà del titolare del diritto", e che dunque passi "attraverso una valutazione giudiziale che accerti positivamente la corrispondenza dell'iniziativa assunta dall'amministratore alla volontà manifestata dal soggetto in condizioni di piena capacità".

<sup>250</sup> In questa direzione, tra tanti, v. MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, cit., 1065.

concordata, riesce ad attenuare le punte più aspre del conflitto. L'accordo di separazione si configura come un atto di autonomia avente ad oggetto la decisione dei coniugi di separarsi, decisione che ha carattere squisitamente personale e che produce "effetti dispositivi" relativamente alle condizioni dell'accordo, tanto con riguardo ai rapporti tra i coniugi quanto con riguardo ai rapporti tra questi ultimi e i figli. Emerge quindi la tendenza, in applicazione dei principi generali in tema di negozio giuridico, ad escludere che l'interdetto possa esprimere un valido consenso ed a ritenere che l'incapacità naturale sia causa di annullabilità dell'atto<sup>251</sup>.

È dubbio se l'accordo di separazione consensuale possa essere stipulato dal tutore in rappresentanza del coniuge interdetto. La dottrina dominante fornisce risposta negativa ascrivendo l'accordo di separazione nel novero degli atti personalissimi<sup>252</sup>. Può orientare invece in senso affermativo la considerazione dei vantaggi che la separazione consensuale offre rispetto a quella giudiziale in termini di tempi, costi personali oltre che economici. In tal caso si prospetta tuttavia l'opportunità della nomina di un curatore speciale e di un controllo giudiziale sul merito delle pattuizioni<sup>253</sup>.

La persona sottoposta ad amministrazione di sostegno in linea di principio può concludere accordi di separazione consensuale. Può tuttavia apparire opportuno – si è detto – che il giudice tutelare disponga la necessaria assistenza dell'amministratore, garantendo all'interessato da un lato il diritto di sciogliersi da un vincolo divenuto privo di significato, e dall'altro il controllo sull'equità e la

---

<sup>251</sup> Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 769 ss., con nota di OBERTO G.

<sup>252</sup> In dottrina infatti è stata espressa contrarietà riguardo alla possibilità per il rappresentante legale di negoziare l'accordo di separazione, il quale se concordato dall'interdetto sarebbe annullabile, mentre se concordato dal tutore sarebbe radicalmente inefficace perché esulante dal suo potere rappresentativo. Così BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, 217 ss. Critico sulla questione anche ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, cit., 210, il quale sostiene che una simile soluzione "equivarrebbe ad attribuire al rappresentante legale un potere di sostituzione nell'atto tramite il quale è dato ai coniugi di "disporre" dell'unità familiare e che perciò costituisce, sul piano sostanziale, l'espressione diretta ed efficace dell'autonomia privata con riguardo ad interessi di natura strettamente personale". V. anche MOROZZO DELLA ROCCA F., *Separazione personale dei coniugi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, il quale sostiene che la natura negoziale dell'atto e del suo carattere personalissimo inducono ad escludere che l'incapace possa validamente esprimere il suo consenso in ordine alla separazione e che il rappresentante legale possa supplire il difetto di capacità, esprimendolo in sua vece. Potrà semmai ammettersi che il rappresentante legale dell'incapace, già consensualmente separato, possa agire unicamente per ottenere un diverso assetto delle condizioni della separazione.

<sup>253</sup> Ipotesi questa sostenibile configurando l'omologazione come strumento di controllo giudiziale sulle ragioni stesse della separazione.

convenienza delle condizioni di separazione. In giurisprudenza si è parlato di “procura vigilata”<sup>254</sup>, a sottolineare la necessità di fornire una funzione di sostegno ad una volontà esistente ma debole, che dunque è preferibile venga manifestata da altri in ambito processuale.

L’obiezione che in tal modo si determina l’intromissione di estranei in una sfera gelosamente riservata alle valutazioni personali può essere agevolmente superata. Secondo una dottrina infatti nell’ambito dei rapporti di famiglia, e più in generale delle situazioni di natura personale, se si vuole rendere davvero possibile il dispiegarsi nella sua massima estensione dell’autonomia residua della persona, occorre accostarsi alla logica dell’autonomia assistita che ipotizza il ricorso di atti che l’interessato può compiere insieme a qualcun altro che ne valuta con lui l’opportunità e la convenienza, prevedendo, per alcuni di essi, anche il controllo del giudice<sup>255</sup>. Questo risultato – si è detto – potrebbe essere ottenuto valorizzando la disposizione contenuta nell’art. 405, 5 comma, n. 4, secondo cui il decreto può indicare gli “atti che il beneficiario può compiere solo con l’assistenza dell’amministratore di sostegno”<sup>256</sup>. Probabilmente il legislatore aveva in mente lo schema dell’inabilitazione, tuttavia l’ampia dizione dell’art. 405 c.c. non impedisce di applicare tale schema anche ad atti di indole non patrimoniale od a quelli relativi ai rapporti di famiglia. È plausibile dunque che il giudice preveda che il beneficiario possa separarsi consensualmente, purché con l’assistenza dell’amministratore.

---

<sup>254</sup> Trib. Modena, 25 ottobre 2007, cit.

<sup>255</sup> Così FERRANDO G., *I diritti di natura personale. Compiti dell’amministratore e autonomia dell’interessato*, cit. 163.

<sup>256</sup> FERRANDO G., *op. loc. cit.*

## CAPITOLO IV

### CONFINI MOBILI PER L'ACCESSO ALLA CITTADINANZA DELLO STRANIERO

#### INCAPACE

SOMMARIO: 1. Introduzione. Quadro normativo e riflessioni generali sulla “capacità di volere” la cittadinanza; 2. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla legittimazione del rappresentante legale in materia di cittadinanza sino alla sent. cost. 258/2017; 3. Un commento alla sentenza della Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258.

#### *1. Introduzione. Quadro normativo e riflessioni generali sulla “capacità di volere” la cittadinanza*

Non è del tutto nuova la presa d'atto<sup>257</sup> che la disciplina legislativa della cittadinanza abbia - sia storicamente che per diritto vigente - riversato eccessiva enfasi sulla responsabilità del singolo individuo nel completamento di alcune fattispecie acquisitive della cittadinanza<sup>258</sup>, le quali, in realtà, troverebbero già la loro ragion d'essere in elementi oggettivi molto più probanti della sola volontà individuale. Tale sopravvalutazione invita a riflettere sulla opportunità di rivedere e ridimensionare il ruolo che la volontà individuale svolge all'interno del procedimento acquisitivo della cittadinanza nell'ottica di assegnarle una diversa collocazione funzionale<sup>259</sup> resasi, ancora più necessaria, rispetto a quei casi, normativamente ignorati, di fragilità psichica o mentale del soggetto chiamato a volere<sup>260</sup>. A farsi carico di queste aspettative di riforma non è tuttavia stato il legislatore, come più convenientemente ci si sarebbe attesi, ma direttamente la

---

<sup>257</sup> E' questa la critica già espressa alla previgente disciplina da QUADRI R., *Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Utet, Torino, 1959, 330.

<sup>258</sup> Per una dettagliata analisi della l. 5 febbraio 1992, n. 91 (*Nuove norme sulla cittadinanza*), v. BAREL B., *Cittadinanza*, in MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, 3 ed., Maggioli, 2018, 353 ss.

<sup>259</sup> Potrebbe essere questo il caso dell'acquisto della cittadinanza italiana da parte dei cittadini stranieri nati in Italia e residenti sul territorio nazionale sino al compimento del diciottesimo anno di età, i quali oggi divengono cittadini solo su loro richiesta, ai sensi dell'art. 4, comma 2 della l. 91/1992. Ci si potrebbe dunque interrogare, in un caso come questo, sulla possibilità e forse la convenienza di ricollocare la volontà individuale da presupposto necessario a fatto impeditivo dell'acquisto della cittadinanza di residenza.

<sup>260</sup> Un suggerimento raccolto, approfondito e coerentemente elaborato da MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, cit., 1056 ss.

Corte Costituzionale che, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della l. 5 febbraio 1992, n. 91, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui non esonera dalla prestazione del giuramento il disabile straniero incapace di soddisfare tale adempimento a causa di una grave e accertata condizione di disabilità<sup>261</sup>.

Per saggiare i termini del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha promosso e condotto a questo importantissimo pronunciamento, occorre preliminarmente dar conto del quadro normativo di riferimento. In base all'art. 10 della l. 91 del 1992 “il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato”; l'art. 15 della medesima legge dispone invece che “L'acquisto o il riacquisto della cittadinanza ha effetto, salvo quanto stabilito dall'articolo 13, comma 3, dal giorno successivo a quello in cui sono adempiute le condizioni e le formalità richieste”. Ancora, l'art. 23, comma 1, l. 91 del 1992 dispone che “le dichiarazioni per l'acquisto... della cittadinanza e la prestazione del giuramento previste dalla presente legge sono rese all'ufficiale dello stato civile del comune dove il dichiarante risiede o intende stabilire la propria residenza, ovvero, in caso di residenza all'estero, davanti all'autorità diplomatica o consolare del luogo di residenza”. Inoltre, la procedura del giuramento è ulteriormente disciplinata dall'art. 7 del d.P.R. n. 572 del 1993<sup>262</sup> che impone la prestazione del giuramento entro sei mesi dalla notifica, in Italia dinanzi all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza, all'estero di fronte all'autorità diplomatica o consolare italiana, precisando che, decorso tale termine l'interessato non è più ammesso a giurare. Infine, l'art. 25, comma 1, d.P.R. n. 396 del 2000<sup>263</sup>, dispone che “l'ufficiale dello stato civile non può trascrivere il decreto di concessione della cittadinanza se prima non è stato prestato il giuramento prescritto dall'art. 10, l. 5 febbraio 1992, n. 91”, precisando poi all'art

---

<sup>261</sup> Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258 (Rel. Barbera), in *Fam. dir.*, 2018, 229 ss., con nota di CALVIGIONI R., *L'illegittimità costituzionale del giuramento per la cittadinanza dello straniero incapace*, *ivi*, 233 ss.

<sup>262</sup> Regolamento di esecuzione della l. 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza.

<sup>263</sup> Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, l. 15 maggio 1997, n. 127.

27 che “l’acquisto della cittadinanza italiana ha effetto dal giorno successivo a quello in cui è stato prestato il giuramento, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 10 e 15, l. 5 febbraio 1992, n. 91, anche quando la trascrizione del decreto di concessione avviene in data posteriore”.

Come si vede, per univoche fonti normative, la prestazione dell’atto formale del giuramento viene ritenuto un adempimento determinante per l’acquisizione della cittadinanza italiana, e ciò anche laddove l’aspirante cittadino sia afflitto da una condizione di grave disabilità che lo inibisce al compimento materiale dell’atto e ne frustra l’aspettativa legittima – perché in presenza dei requisiti oggettivi fissati dalla legge – al riconoscimento dello *status civitatis*.

Ora, prima di inoltrarci all’analisi del modesto, e tuttavia coerente, panorama giurisprudenziale che ha preceduto la sent. cost., 258 del 2017, vale la pena lasciare spazio ad alcune riflessioni di carattere generale che più avanti ritorneranno ad essere utili. A questo riguardo, infatti, diviene essenziale stabilire quale sia il requisito di capacità occorrente per la manifestazione di una valida dichiarazione di volontà in tema di cittadinanza, come pure, su altro versante, pare utile ragionare sulla possibile legittimazione del rappresentante legale nelle procedure di acquisto della cittadinanza, considerato il silenzio della l. 91 del 1992 con riferimento sia all’uno che all’altro profilo.

L’opinione tradizionale – dà conto un’attenta dottrina – ritiene che per le dichiarazioni di volontà relative all’acquisto o alla rinuncia della cittadinanza occorra la piena capacità legale di agire oltre, ovviamente, alla capacità naturale nel momento della dichiarazione stessa<sup>264</sup>. Alla base di quest’impostazione così formale vi è la considerazione che la particolare gravità dell’atto da compiere – dal quale si badi deriva l’acquisizione o la rinuncia dello *status civitatis* – importi un più esigente grado di capacità di volere e dunque, in definitiva, l’indefettibilità della piena capacità legale di agire<sup>265</sup>.

Diversamente, un più accorto indirizzo di politica legislativa ha visto una parte degli interpreti schierarsi a favore della sufficienza del solo requisito di

---

<sup>264</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere*, cit., 1057; e già PAGANO E., *Legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza italiana*, in PERLINGIERI P. (a cura di), *La legislazione civile annotata con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985, 14.

<sup>265</sup> Osserva ancora MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. loc. cit.*

capacità naturale, fondando questo convincimento sul presupposto che le dichiarazioni di volontà in materia di cittadinanza sono atti personalissimi, e che, in quanto tali, esse non sono delegabili ai terzi che dell'interessato curano ordinariamente gli interessi. Il rischio insito all'accoglimento della prima, più severa opzione – che promuove il ricorso contestuale di capacità legale e naturale di agire – sarebbe dunque quello di escludere deliberatamente dall'accesso alle procedure di cittadinanza persone interdette, persone beneficiarie di amministrazione di sostegno (ancorché, nel caso di specie, con le dovute approssimazioni)<sup>266</sup>, e persone sottoposte a tutela, e ciò a prescindere dall'accertamento del possesso da parte di queste ultime di una sufficiente capacità di discernimento a comprendere l'utilità dell'atto di acquisto della cittadinanza<sup>267</sup>.

A tali conclusioni, peraltro, si perviene anche sulla scorta delle considerazioni che, nella parte generale di questo scritto, sono state rivolte a sostegno della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 c.c., che, non fa male ribadirlo, ritiene di poter eccepire alla regola generale sulla capacità legale di agire nell'ambito degli atti di autodeterminazione della persona di natura esistenziale, rilevanti ai sensi dell'art. 2 Cost., per i quali sarebbe quindi necessaria e sufficiente la mera consapevolezza dell'atto che viene compiuto dal portatore dell'interesse. Ne deriva, pertanto, l'inutilità del requisito della capacità di agire per tutti quegli atti che – secondo la prosa di un'autorevole dottrina – “mettono in gioco e realizzano unicamente l'interesse del soggetto agente”, tali, ad esempio, i diritti della personalità, numerose dichiarazioni non negoziali di volontà, molti atti reali, nonché “quelle dichiarazioni di giudizio e di desiderio che la legge frequentemente richiede”<sup>268</sup>.

Sembra dunque che l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero possa difficilmente sottrarsi alle considerazioni che precedono, dal momento che

---

<sup>266</sup> Sul problema dell'applicazione degli istituti dell'interdizione e dell'amministrazione di sostegno allo straniero, cfr. LENTI L., *Gli istituti di protezione e rappresentanza e il compito di assistenza sociale dell'ente locale*, in MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, cit., 142; BELOTTI A., *Sulla possibilità di nominare un amministratore di sostegno in capo allo straniero infermo di mente*, in *Gli stranieri*, 2011, 177 ss.

<sup>267</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. cit.*, 1058 ss., il quale sostiene che l'orientamento tradizionale è senza dubbio preferibile riguardo alle dichiarazioni dismissive o di rifiuto della cittadinanza.

<sup>268</sup> FALZEA A., *Capacità*, cit., 24.

la funzionalità della aspettativa *pro civitate* si configura giuridicamente nell'ottenimento di un'indubbia posizione di vantaggio, a soddisfazione della quale lo straniero può considerarsi abilitato se ed in quanto capace di intendere e di volere<sup>269</sup>. A questa stregua pare inoltre di poter considerare sia il minore, sia il soggetto adulto incapacitato giudizialmente, capaci di prestare il giuramento prescritto dall'art. 10, della l. 91 del 1992, purché entrambi in grado di comprendere il significato dell'atto e di autodeterminarsi, per conseguenza, alla sua prestazione. Anche perché il giuramento, come sottolineato in dottrina, nulla sarebbe più che la forma rafforzata di una promessa, una solennità supplementare destinata indubbiamente a far riflettere il giurante sulla gravità dell'atto che sta compiendo, ma che giuridicamente nulla modifica, nulla aggiunge, e nulla sanziona in caso di inadempimento di quanto da questi giurato<sup>270</sup>.

## *2. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla legittimazione del rappresentante legale in materia di cittadinanza sino alla sent. cost. 258/2017*

Gli orientamenti emersi dalla sparuta giurisprudenza di questi anni non smentiscono, anzi avvalorano, alcuni dati di fondo che la maggior parte degli interpreti sembra accogliere piuttosto positivamente<sup>271</sup>.

È senza dubbio opportuno infatti che nel caso in cui un soggetto non abbia capacità di agire rispetto ad un atto a lui favorevole, o non abbia capacità di intendere e di volere, la dichiarazione di volontà, di necessità divenuta inammissibile, possa essere surrogata – in presenza dei requisiti oggettivi previsti dalla legge – dall'accertamento affidabile del suo personale interesse a divenire cittadino italiano, investendo di questo compito la responsabilità di cura del

---

<sup>269</sup> Sono le conclusioni, condivisibili, di MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. cit.*, 1059.

<sup>270</sup> La portata dell'atto si esplica su un piano prevalentemente morale, in quanto sospinge, attraverso un vincolo interno, all'osservanza di obblighi e doveri preesistenti. Appurata dunque la sua *ratio* prevalentemente "simbolico-pedagogica", il giuramento non potrebbe rivestire efficacia costitutiva ma semmai solo accessoria, ancillare e secondaria rispetto al conseguimento della cittadinanza.

<sup>271</sup> Lo abbiamo già altrove constatato, v. SFORZA I., *Cittadinanza e disabilità: giurisprudenza e dottrina a confronto*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2014,

rappresentante necessario<sup>272</sup>. Come pure sembra opportuno, una volta collocato il giuramento di fedeltà alla Repubblica tra gli atti personalissimi, esonerarne dal compimento i soggetti incapaci, prendendo atto che, in questi casi, del giuramento può anche farsi a meno.

L'una e l'altra soluzione trovano conferma pressoché costante in giurisprudenza: ad esempio, il giudice tutelare di Mantova<sup>273</sup>, esaminata l'istanza del tutore dell'interdetto che chiedeva di esonerarlo dall'onere di prestare il giuramento necessario ai fini dell'efficacia del decreto di concessione della cittadinanza e della sua trascrizione nei registri dello stato civile, accoglie la richiesta ed evita all'interdetto la prestazione del giuramento.

A sostegno di tale decisione, viene richiamato un risalente ma mai contraddetto parere del Consiglio di Stato del 1987<sup>274</sup>, nel quale, dopo essersi riconosciuta la legittimazione del tutore a proporre istanza di naturalizzazione nell'interesse del tutelato, viene dato esito favorevole alla concessione della cittadinanza italiana all'interdetto, esonerandolo dall'obbligo di prestare giuramento. Nel motivare tali affermazioni il Consiglio di Stato adopera

---

<sup>272</sup> Favorevolmente MOROZZO DELLA ROCCA P., *op. cit.*, 1060. In giurisprudenza, nel senso della più ampia legittimazione del rappresentante legale a proporre istanze in materia di cittadinanza quando non vi sia contrasto con l'interesse in senso oggettivo del rappresentato, v. T.A.R. Lazio, sez. II *quater*, 4 giugno 2013, n. 5568. In senso diametralmente opposto, poco dopo, lo stesso T.A.R. Lazio, sez. II *quater*, 2 luglio 2014, n. 6990, il quale non si mostra affatto convinto che il tutore possa presentare dichiarazione di elezione della cittadinanza italiana "... soffermandosi solo sul principio di diritto, non potrà non convenirsi che i doveri e gli obblighi di *facere* richiesti al neo cittadino, rendano la dichiarazione di elezione della cittadinanza, per l'appunto, un diritto personalissimo (al pari di quello di sottoporsi a date cure mediche ovvero di rinunciare alle stesse, ecc...).". Si precisa dunque che "O la dichiarazione di elezione della cittadinanza italiana è un atto personalissimo, oppure non lo è. Ma se ci si trova di fronte ad un atto personalissimo allora la legittimazione del tutore ... non può rinvenirsi nell'assenza di una norma specifica che, nell'ambito della disciplina relativa alla naturalizzazione italiana, privi il tutore del potere di chiedere la naturalizzazione dell'interessato. Semmai, dovrebbe operare il principio opposto: *id est* la naturalizzazione a favore dell'interdetto può essere richiesta in quanto apposita, e preesistente norma, lo consenta".

<sup>273</sup> Trib. Modena, 2 dicembre 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si precisa che "in quanto interdetto ed in quanto privo della capacità di favella, non è oggettivamente in grado di prestare consapevolmente detto giuramento e neppure di leggere in modo autonomo la formula di giuramento", dopo aver "ritenuto che, in considerazione della natura delle conseguenze, dei doveri, degli obblighi e di tutti gli ulteriori effetti giuridici connessi all'acquisizione di una nuova cittadinanza, la prestazione del giuramento in questione debba ritenersi atto personalissimo che, in quanto tale, non può essere compiuto dal tutore in sostituzione dell'interdetto"; dispone quindi che l'interessato "... deve ritenersi esonerato dall'onere di prestare il giuramento di fedeltà alla Repubblica Italiana e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato previsto dalla legge 91/92, sicché ... il relativo decreto avrà efficacia immediata e potrà immediatamente essere trascritto nei registri dello stato civile".

<sup>274</sup> Si tratta di Cons. Stato, Parere della sez. I, 13 marzo 1987, n. 261/85.

essenzialmente due argomenti: l'uno, il più robusto e convincente, risiede nella constatazione che laddove vi sia un soggetto bisognoso di rappresentanza necessaria negare la legittimazione al rappresentante significa affermare la sussistenza di un'incapacità giuridica speciale in capo al rappresentato che come tale – afferma il Supremo Collegio – necessiterebbe di un chiaro ed inequivocabile fondamento normativo che invece nel caso di specie manca. L'altro, invece, conferma che, attesa la natura personalissima del giuramento, l'interdizione costituirebbe un legittimo impedimento alla sua prestazione, anche perché – si osserva – non avrebbe alcun senso delegarne il compimento al rappresentante.

A conclusioni non dissimili perviene anche il Tribunale di Bologna nel 2009, che dapprima ribadisce la legittimazione del rappresentante legale a proporre istanza per l'incapace includendovi la figura dell'amministratore di sostegno, e poi esonera dal giuramento il beneficiario, applicando all'amministrazione di sostegno, *ex art. 411, 4 comma, c.c.*, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva con riferimento all'interdizione<sup>275</sup>. A ben vedere il Tribunale di Bologna matura il suo convincimento non già sulla base di un'espressa disposizione di legge riguardante l'interdizione, bensì attraverso una norma non scritta di cui viene ricostruita la portata attraverso il ricorso ai principi generali (v. art. 12, 2 comma, delle Preleggi al c.c.), alla *ratio* dell'art. 10, l. 91 del 1992 sul giuramento e alla necessità di dare adeguata protezione alla persona incapace di provvedere ai propri interessi.

---

<sup>275</sup> Trib. Bologna, 9 gennaio 2009, in *Fam. pers. succ., L'osservatorio del merito*, con scheda di commento di COSTANZO A., 2009, 664, secondo il quale: “Lo straniero beneficiario di amministrazione di sostegno può acquistare la cittadinanza italiana anche se infermo di mente e non in grado di prestare il giuramento di fedeltà alla Repubblica”. “Ritenuto quindi che l'effetto dell'interdizione relativo alla possibilità di ottenere la trascrivibilità della concessione della cittadinanza con esonero dal giuramento possa essere esteso al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, quando – come in questo caso – egli si trovi in condizioni di incapacità a comprendere l'atto del tutto analoghe ad un interdetto e l'ottenimento della cittadinanza sarebbe indubbiamente nel suo interesse al fine di ottenere le provvidenze assistenziali e sociali previste per i cittadini italiani; visto l'art. 411, ult. comma, c.c. estende... l'esonero dal giuramento di fedeltà alla Repubblica previsto per gli interdetti in caso di ottenimento della cittadinanza italiana”. V. sempre con riferimento ad un caso di amministrazione di sostegno il più recente Trib. Venezia, 16 maggio 2016, n. 1754.

Al contrario, il giudice tutelare del Tribunale di Modena<sup>276</sup> reputa tali soluzioni poco convincenti: osterebbe infatti a detta esegesi l'impossibilità di applicare per analogia l'art. 411, 4 comma, c.c., il quale estende all'amministrazione di sostegno effetti, limitazioni o decadenze previste dalle norme che disciplinano l'interdizione e l'inabilitazione. La norma in altre parole rende applicabile all'amministrazione di sostegno gli istituti disciplinati dalla legge, e non da "atti amministrativi quali sono i pareri espressi dal Consiglio di Stato".

Dato conto della non operatività dell'art. 411, 4 comma, c.c., al tema in parola, il Tribunale di Modena prospetta quindi due possibili soluzioni, una alternativa all'altra.

Secondo una prima prospettazione, il giuramento implicherebbe un impegno morale ed una partecipazione consapevole alla comunità statale da parte del dichiarante: l'assunzione dello *status* di cittadino comporterebbe un'adesione consapevole e cosciente all'esercizio dei diritti e all'adempimento dei doveri. In tale prospettiva, posta la natura personalissima dell'atto, la cittadinanza non potrebbe essere acquisita da chi difetti della naturale capacità di comprendere le conseguenze giuridiche e morali del giuramento, e il significato che tale atto assume di fronte alla collettività.

In base ad una diversa prospettazione può invece ipotizzarsi, come appunto avverrà, l'illegittimità costituzionale della normativa interessata, nella parte in cui non prevede deroghe all'obbligo della prestazione del giuramento, quale condizione necessaria ed indispensabile per l'acquisto della cittadinanza italiana, laddove l'aspirante cittadino versi in condizioni personali di infermità mentale tali da non consentirgli di compiere l'atto che gli è richiesto dalla legge.

---

<sup>276</sup> Trib. Modena, 7 febbraio 2017, in *Ilfamiliarista.it*.

### 3. Un commento alla sentenza della Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258

La Corte costituzionale decide sulla questione con sent. 7 dicembre 2017, n. 258, approfondendo le motivazioni addotte dal giudice tutelare del Tribunale di Modena il quale, premessa la natura personalissima del giuramento, considerato che lo *status* di cittadino conseguente all'atto implicherebbe la partecipazione consapevole e cosciente alla vita sociale ed ai diritti e doveri derivanti dall'essere cittadino, e che l'incapacità a comprendere le conseguenze morali e giuridiche del giuramento impedirebbe l'acquisto della cittadinanza italiana, solleva il dubbio dell'illegittimità costituzionale della normativa censurata, che impone l'obbligo del giuramento senza alcuna deroga od opzione nel caso in cui l'interessato non sia in grado di prestarlo per propria incapacità derivante da una condizione di infermità mentale.

Il Tribunale di Modena rileva il contrasto con l'art. 2 Cost., perché – si è osservato – “non permettere” al disabile psichico l'acquisizione di un diritto fondamentale, quale sarebbe lo *status* di cittadino, significherebbe “non garantire” tale diritto, escludendo l'infermo di mente dalla collettività in cui è nato e si è formato, solamente a causa delle sue condizioni di salute. Viene poi sollevato il contrasto con l'art. 3, 2 comma, Cost., poiché l'impossibilità di prestare giuramento costituirebbe un “significativo ostacolo” al dispiegarsi della piena libertà ed eguaglianza del disabile affetto da infermità psichica. Sussisterebbe pertanto una disparità di trattamento tra individui sani, in grado di prestare giuramento, e quanti sani non sono. Da ultimo, la normativa censurata contrasterebbe anche con l'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti delle persone disabili<sup>277</sup>, il quale dispone che “il diritto alla cittadinanza non può essere negato e dunque i disabili hanno il diritto di acquisire e cambiare la cittadinanza e non possono essere privati della stessa arbitrariamente o a causa della loro disabilità”.

La Corte costituzionale riconosce come fondate le motivazioni del giudice tutelare del Tribunale di Modena e le argomentazioni ed i richiami ai principi costituzionali ed alle fonti sovranazionali, che mettono in luce una

---

<sup>277</sup> Ratificata e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18.

situazione di contrasto della normativa specifica in materia di acquisto di cittadinanza e di mancata tutela del soggetto affetto da disabilità psichica, al quale viene impedito l'esercizio dei propri diritti solamente a causa delle sue condizioni di salute.

La sentenza esordisce ricordando che il quadro normativo in materia di disabilità (l. 104 del 1992) è volto non solo a prestare assistenza ma anche a favorire l'integrazione sociale del disabile. In sostanza, le condizioni invalidanti sono ostacoli che la Repubblica ha il compito di rimuovere per consentire la "massima autonomia possibile" del disabile e il pieno esercizio dei diritti fondamentali. La condizione giuridica del disabile – osserva la Corte costituzionale – attiene ai "motivi ispiratori del disegno costituzionale"<sup>278</sup>, che esigono, dai pubblici poteri, un compito promozionale in vista del processo di inserimento nella società.

Ebbene, secondo la Corte "questo inserimento, quando siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza, è evidentemente impedito dall'imposizione normativa del giuramento alla persona che, in ragione di patologie psichiche di particolare gravità, sia incapace di prestarlo". Perciò la sua imposizione può provocare una "forma di emarginazione sociale" che esclude "irragionevolmente" il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, "intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale". Può inoltre determinare – aggiunge la Corte – "un'ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza".

La lettura offerta dalla Corte costituzionale conferma allora che la legittimità del giuramento prescritto dall'art. 10, l. 91 del 1992, dipende dall'ambito soggettivo di applicazione cui è destinato, potendo essere valorizzato sia come momento solenne di consapevolezza del "patto di cittadinanza" che si va concludendo, sia a rigore come obbligo giuridico,

---

<sup>278</sup> Sentt. Corte cost. n. 275 del 2016 e n. 215 del 1987.

ancorché, in quest'ultima accezione, legittimo solo ove operante nei confronti di chi è in grado di compierlo<sup>279</sup>.

Di conseguenza, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, l. 91 del 1992 “nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità”.

Al fine di rendere pienamente applicabile il contenuto della sentenza risulta poi particolarmente rilevante l'ulteriore precisazione della Corte, secondo cui “l'esonero dal giuramento deve operare a prescindere dal “tipo” di incapacità giuridicamente rilevante. Ciò che rileva è l'impossibilità materiale di compiere l'atto in ragione di una grave patologia<sup>280</sup>”. Occorre sottolineare che in questo modo viene data rilevanza al solo fatto che l'interessato non sia in grado di compiere l'atto, di prestare il giuramento, per le proprie condizioni di salute, e ciò a prescindere dal riconoscimento giuridico della sua situazione, essendo quindi l'esonero dal giuramento predicabile non solo nei confronti di colui che è stato giudizialmente dichiarato interdetto ma anche in confronto a qualunque forma di incapacità “giuridicamente rilevante”, secondo la stessa terminologia utilizzata dalla Corte. Occorre precisare che, mentre non sussistono dubbi sull'incapacità della persona interdetta, salvo quanto rilevato in apertura relativamente al requisito “naturale” di capacità di volere, al contrario il beneficiario di amministrazione di sostegno non acquista, come più volte ribadito, la qualità di incapace, a meno che non sia stato deciso diversamente dal giudice, in applicazione dell'ultimo comma dell'art. 411: di conseguenza la sentenza della Corte costituzionale – come si è osservato in sede di primi commenti<sup>281</sup> – non troverebbe automatica applicazione nel caso del beneficiario di amministrazione di sostegno, ma solamente nell'ipotesi in cui, nel

---

<sup>279</sup> Sulle affinità tra l'art. 54 Cost., che impone al cittadino il dovere di fedeltà alla Repubblica, e il tema, omologo, del giuramento dello straniero, v. autorevolmente, GROSSI P., *Giuramento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 154.

<sup>280</sup> Echeggia in proposito l'impostazione già adottata da Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322, in *Foro it.*, 2012, I, 1, 10 ss., con nota di DE MARZO G., *Incapaci e atti personalissimi, tra criteri di valutazione e problemi processuali*, *ivi*, 14, ss., pronuncia nella quale la Corte allarga gli orizzonti di tutela degli incapaci naturali, estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 245 c.c., anche alle ipotesi in cui il legittimato all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità non sia interdetto, pur versando in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda di fatto incapace di provvedere e tutelare i propri interessi.

<sup>281</sup> CALVIGIONI R., *L'illegittimità costituzionale del giuramento per la cittadinanza*, cit., 236.

provvedimento di nomina dell'amministratore, venga riconosciuta una situazione talmente grave da impedire al beneficiario la comprensione dell'atto che viene compiuto, sia che si tratti del giuramento per l'acquisto della cittadinanza, sia che si tratti di altri atti personalissimi, come già specificato a proposito del matrimonio. Il beneficiario di amministrazione di sostegno non è, dunque, in quanto tale, esonerato dalla prestazione del giuramento ma solamente qualora il provvedimento del giudice riconosca un livello di incapacità talmente elevato da estendere al beneficiario, nell'interesse del medesimo, effetti, limitazioni e decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup> In giurisprudenza, si veda Trib. Modena, 13 febbraio 2018, quale primissimo decreto che da applicazione alla sent. cost. 258 del 2017, consultabile in *personaedanno.it*. La vicenda riguarda un beneficiario di amministrazione di sostegno che viene esonerato dalla prestazione del giuramento di cittadinanza "in ragione della grave e accertata condizione di disabilità che l'affligge, in attuazione alla sentenza Corte Cost. 7 dicembre 2017, n. 258.". Precisa ancora il giudice tutelare che, a tenore della pronuncia costituzionale, "l'esenzione dal giuramento di cittadinanza non è automatica, dovendo il giudice, volta a volta, accertare la condizione di disabilità in cui versò la persona, esentandola dall'adempimento solo a fronte di una grave ed accertata condizione di disabilità impeditiva al compimento dell'atto".

## CONCLUSIONI

Dall'analisi comparativa della parte generale e speciale di questo lavoro di ricerca emergono alcuni dati, che è possibile ricondurre ad uno specifico schema ordinatore: quello che individua nella capacità naturale del soggetto – ovverosia, nella mera consapevolezza dell'atto che viene compiuto – l'unico criterio idoneo per valutare la rilevanza giuridica degli atti di indole personale. Lo abbiamo ampiamente osservato e dimostrato in ciascuna delle ipotesi vagliate. La l. 219/2017 codifica all'art. 3, comma 1, il riconoscimento agli incapaci legali della idoneità di fatto a decidere circa i trattamenti medici, elevando la “naturale capacità di agire” della persona a canone soggettivo necessario e sufficiente ad esprimere il consenso o il rifiuto alle cure. Peraltro il legislatore non si ferma qui, espressamente statuendo che, anche nelle ipotesi in cui il soggetto sia sottoposto ad uno stato giudizialmente dichiarato di protezione (interdizione o amministrazione di sostegno), egli deve essere, “ove possibile”, coinvolto nella procedura di autorizzazione al trattamento sanitario. Possiamo poi discutere sul rilievo – a suo tempo messo in luce – circa l'intervento, solo incidentale, del legislatore con riferimento alla figura dell'incapace di fatto, è ben vero però che la formula adottata nella disposizione in parola – dove si parla genericamente di “valorizzazione della capacità di comprensione e di decisione” della persona –, può considerarsi sufficientemente lasca a non lasciare sprovvisto di tutela anche questo soggetto. Questa divaricazione tra capacità formale e capacità effettiva aumenta lo spazio per forme di controllo e di gestione partecipativa della comunicazione terapeutica, affinché i pazienti (anche se legalmente incapaci) possano effettivamente partecipare alle decisioni che li riguardano.

Anche con riferimento al matrimonio l'esito è sostanzialmente risultato analogo. Ora la discussione qui è stata impostata *a contrario*, essendoci interrogati su quale sia il requisito di capacità sufficiente a misurare l'idoneità della persona allo svolgimento della vita coniugale. Al riguardo, abbiamo osservato una diversità di disciplina tra la persona interdetta, per la quale resta il divieto *ex art. 85 c.c.*, e la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno alla quale invece non si

riconnette alcuna limitazione legale della capacità matrimoniale. È semmai – lo abbiamo detto – valutabile, in quest’ultimo caso, un intervento restrittivo del giudice che limiti detta capacità *ex art. 411, 4 comma*: ipotesi questa che s’è detta certamente eccezionale ma pur sempre legittima nei casi di maggiore gravità.

L’autosufficienza del requisito soggettivo della capacità naturale trova conferma anche in merito alle dichiarazioni di volontà in tema di cittadinanza, essendo bastevole, anche in questa ipotesi, la capacità del soggetto di comprendere l’utilità dell’atto che va compiendo, rispetto al quale si assocerebbe un’indubbia posizione di vantaggio.

Abbiamo visto come l’incapacità non possa e non debba essere un fattore delimitante il godimento e l’esercizio dei diritti fondamentali della persona. Rimane, tuttavia, centrale il problema dell’attuazione pratica di tali diritti sia per l’evidente connotato personale che li caratterizza sia per la delicatezza della scelta che talora implicano. Sul punto, la teoria generale del diritto in tema di capacità pare offrire, pur con cautela, una saggia soluzione: “l’inidoneità del soggetto di determinare e soddisfare le più complesse esigenze, trova un *compenso* negli istituti che la legge predispone per la *cura degli interessi*”. Sulla scorta di questa sollecitazione si è detto che quando l’atto, pur coinvolgendo la sfera dei sentimenti della persona interessata realizza un piano di interessi oggettivamente percepibile e quindi valutabile da terzi trova nuovamente spazio l’istituto della rappresentanza degli interessi. Lo abbiamo ampiamente ribadito: la volontà e l’intervento del rappresentante legale non vale tanto, in questi casi, ad esprimere una *volontà sostitutiva* nei termini propri al potere di rappresentanza, ma indica il veicolo, – si badi, unico – che consente di ricostruire la scelta migliore per la persona di cui egli è “portavoce”.

Esercizio del potere di cura, soddisfacimento dell’interesse sotteso all’atto, concreta attuazione delle esigenze di protezione della persona sono i requisiti per l’ammissibilità – come trasversalmente comprovati in parte speciale – dell’intervento sostitutivo del rappresentante necessario. O si segue la prospettiva indicata sopra, che fa salvo il potere di cura dell’incapace e allora il sistema conserva una sua logica coerenza, nella quale trova posto sia la non rappresentanza in senso civilistico nei diritti personalissimi, sia la necessità che

l'incapace, attraverso il potere di cura del rappresentante legale, possa vedere preservata e garantita la tutela e l'*agibilità* della sua sfera giuridica. Oppure si segue la prospettiva secondo la quale quando la persona non può esprimere in via diretta alcuna volontà non vi è neppure alcun profilo di autodeterminazione e di libertà da dover tutelare. Questa seconda opzione finisce, però, coll'escludere l'incapace dall'esercizio dei diritti personalissimi in ragione dei limiti del potere di rappresentanza, con l'effetto paradossale di usare antitetivamente quegli stessi limiti che, in tesi, il legislatore ha posto a maggior garanzia dei diritti personalissimi.

E su questo correrà ancora la distinzione tra una visione evolutiva ovvero agnostica del tema.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

ALPA G. – ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Giuffrè, Milano, 1996;

ALPA G. – RESTA G., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2006.

ALPA G., *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017.

ANELLI F., *Il nuovo sistema di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Schlesinger*, V, Milano, 2004.

ANELLI F., *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*, in *Fam. dir.*, 2008.

ARFANI A., *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Fam. dir.*, 2018.

AUTORINO STANZIONE G., *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990.

AUTORINO STANZIONE G., *La persona disabile nella prospettiva comparatistica*, in FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

AZZALINI M., *Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica*, in CANESTRARI S.- FERRANDO G. - MAZZONI C.M.- RODOTÀ S.- ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. –ZATTI P., Milano, 2011.

AZZALINI M. – MOLASCHI V., *Autodeterminazione terapeutica e responsabilità della p.a. Il suggello del Consiglio di Stato sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

AZZALINI M., *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ.*, 2018.

AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, (Fondazione Umberto Veronesi), Milano, 2006.

AA.VV., *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*. (Atti del Convegno di Genova, 23 maggio 2011), in CARUSI D. – CASTIGNONE S. – FERRANDO G. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012.

AA. VV., *Giurisprudenza e scienza. Atti dei Convegni Lincei (Roma 9-10 marzo 2016)*, Bardi Edizioni, 2017.

BALESTRA L., *Gli atti personalissimi del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005.

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1958.

BARBIERA L., *Il divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia*, in *Comm. c.c. Scialoja, Branca*, 2 ed., Bologna – Roma, 1979.

BAREL B., *Cittadinanza*, in MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, 3 ed., Maggioli, 2018.

BALDUZZI R. – PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Foro it.*, I, 2009.

BAUMANN Z., *Mortalità, immortalità e altre strategie di vita*, Bologna, 2012.

BELOTTI A., *Sulla possibilità di nominare un amministratore di sostegno in capo allo straniero infermo di mente*, in *Gli stranieri*, 2011.

BESSONE M. – FERRANDO G., *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.

BETTI FERRAMOSCHE E., *La nuova della capacità di agire. Il problema degli “atti personalissimi”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007.

BIANCA C.M., *Diritti personali*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Utet, Torino, 1959.

BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985.

BIANCA C.M., *Questo matrimonio non s'ha da fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 2, La famiglia e le successioni*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2001.

BIANCA C.M., *Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2002.

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, Giuffr , Milano, 2014.
- BIANCA M., (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffr , Milano, 2011.
- BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile*, I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1987.
- BONILINI G., *Le norma applicabili all'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G. – CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, 2 ed., Cedam, Padova, 2007.
- BONILINI G., *L'esecutore testamentario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI G., II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009.
- BONILINI G., *Amministrazione di sostegno e capacit  matrimoniale*, in *Fam. dir.*, 2014.
- BONINI R., *Istruzione preventive di cura: note in margine alla legge spagnola*, in *Riv dir. civ.*, 2017.
- BORSELLINO P., "Biotestamento": *i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Fam. dir.*, 2018.
- BRUSCUGLIA L., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979.
- BRUSCUGLIA L., *Interdizione per infermit  di mente*, Milano, 1983.
- BUGETTI M.N., *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e societ *, Milano, 2008.
- BUGETTI M.N., *Amministrazione di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Fam. dir.*, 2010.
- BULGARELLI A., *Eutanasia della capacit  di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Giur. mer.*, 2006.
- BUSNELLI F.D., *Capacit  in genere*, in *Lezioni di diritto civile (Camerino 28 maggio – 2 giugno 1990)*, Napoli, 1993.
- BUSNELLI F.D., *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile. (Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992)*, I, 1993.
- BUSNELLI F.D., *Per una rilettura del "diritto delle persone" di cinquant'anni fa*, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffr , Milano, 1995.
- BUSNELLI F.D., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, Torino, 2001.

BUSNELLI F.D., *Soggetto e persona di fronte ai dilemmi della soggettività*, in SCALISI V. (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Giuffré, Milano, 2007.

BUSNELLI D., *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008.

BUSNELLI D., *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011.

CALDERAI V., *Consenso informato*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffré, Milano, 2015.

CALÒ E., *Amministrazione di sostegno*, l. 9 gennaio 2004, n. 6, Giuffré, Milano, 2004.

CALÒ E., *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *Notariato*, 2016.

CALVIGIONI R., *L'illegittimità costituzionale del giuramento per la cittadinanza dello straniero incapace*, in *Fam. dir.*, 2018.

CALVO R., *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

CALVO R., *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018.

CAMPIONE R., *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, in *Fam. dir.*, 2006.

CAMPIONE R., *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in una importante pronuncia della Suprema Corte*, in *Fam. dir.*, 2008.

CAMPIONE R., *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U., penali nella prospettiva civilistica*; in *Resp. civ. prev.*, 2009.

CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in CANESTRARI S. – FERRANDO G. – MAZZONI C. – RODOTÀ S. – ZATTI P., (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., Giuffré, Milano, 2011.

CANESTRARI S., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018.

CARBONE E., *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004.

- CARBONE E., *Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente*, in *Famiglia*, 2004.
- CARBONE V., *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017.
- CARUSI D., *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009.
- CARUSI D., *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico?"*, in *Giur. it.*, 2013.
- CARUSI D., *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico". Contributo a un dibattito da rianimare*, Giappichelli, Torino, 2016.
- CARUSI D., *Ippocrate e la polis. Note in margine al disegno di legge 2801 detto "sul testamento biologico"*, in *Annali Sisdic*, 2017.
- CARUSI D., *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018.
- CASABURI G., *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Foro it.*, I, 2007.
- CASSANO G., *Scelte tragiche e tecnicismi giuridici: ancora in tema di eutanasia*, in *Fam. dir.*, 2005.
- CASTRONOVO C., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985.
- CASTRONOVO C., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009.
- CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010.
- CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- CATERINA R., *Una città nella città. Il Cottolengo di Italo Calvino*, in *Politica.eu*, 2015.
- CATERINA R., *Le persone fisiche*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2016.
- CENDON P., *Il prezzo della follia*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- CENDON P., *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987.

CENDON P., *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.

CENDON P., *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005.

CENDON P., "22 anni, un forte ritardo mentale: è meglio che la ragazza non si sposi subito", in *Giur. it.*, 2007.

CENDON P. – ROSSI R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2008.

CICCHITELLI G., *La capacità giuridica dell'interdetto di esercitare le azioni relative allo status coniugale*, in *Giust. civ.*, 2001.

COCCIA A. – MARELLA M.R., *Gli atti patrimoniali nell'interesse del beneficiario*, in FERRANDO G. – LENTI L. (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione*, Giappichelli, Torino, 2006.

CONTI R.G., *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta On Line*, 2018.

CORDIANO A., *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 2011.

CORDIANO A., *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella l. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. dir.*, 2018.

CRICENTI G., *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008.

CRICENTI G., *Il cosiddetto dissenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

D'AMICO P., *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

D'ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino – Napoli, 1983.

DANOVI F., *Matrimonio e amministrazione di sostegno: (generale) validità ed (eccezionali) impugnative*, in *Fam. dir.*, 2017.

D'AVACK L., *Verso un antidestituto. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2009.

D'AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018.

D'AVANZO W., *Rappresentanza (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967.

DE ACUTIS M., - EBENE M.C. – ZATTI P., *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, in BUSNELLI F.D. – BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu – Messineo*, IV, Giuffrè, Milano, 1982.

DE CUPIS A., *Il matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, *Riv. dir. civ.*, 1983, II.

DE CUPIS A., *Ancora sul matrimonio dell'interdetto per infermità mentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II.

DE FILIPPIS B., *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Milano, 2018.

DELLE MONACHE S., *La “contemplatio domini”. Contributo alla teoria della rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 2001.

DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004.

DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul “testamento biologico” e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.

DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato Vassalli*, II, 1, Utet, Torino, 1939.

DE MARZO G., *Incapaci e atti personalissimi, tra criteri di valutazione e problemi processuali*, *Foro it.*, 2011.

DI GREGORIO V., *Rappresentanza legale*, in *Digesto*, XVI, Utet, Torino, 1997.

DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Utet, Torino, 1982.

DOGLIOTTI M., *Infermità mentale e diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986.

DOGLIOTTI M., *Separazione e divorzio*, 2 ed., Utet, Torino, 1995.

DOGLIOTTI M. – FIGONE A., *Le persone*, I, *Persone fisiche*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, Torino, 2000.

DOGLIOTTI M., *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Giappichelli, Torino, 2014.

DOSSETTI M., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Giuffré, Milano, 2004.

ESPOSITO R., *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004.

EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico e problemi di fine vita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008.

FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffré, Milano, 1960.

FALZEA A., *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, 3 ed., Giuffré, Milano, 1985.

FALZEA A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, *Riv. dir. civ.*, I, 1996.

FALZEA A., *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.

FAVILLI C., *“La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016.

FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.

FERRANDO G., *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, Giuffré, Milano, 2002.

FERRANDO G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004.

FERRANDO G., (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per soggetti deboli*, Milano, 2005.

FERRANDO G. – LENTI L., (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006.

FERRANDO G., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*, in *Fam. dir.*, 2008.

FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. dir.*, 2009.

- FERRANDO G., *Testamento biologico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Giuffr , Milano, 2014.
- FERRANDO G., *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo*, 2 ed., Giuffr , Milano, 2015.
- FERRARA F., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941.
- FERRI G.B., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994.
- FINOCCHIARO A. e M., *Diritto di famiglia*, Giuffr , Milano, 1998.
- FOGLIA M., ROSSI S., *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv., Aggiornamento*, IX, Utet, Torino, 2014.
- FOGLIA M., *Consenso e cura. La solidariet  nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018.
- FRANZONI M., *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. impr.*, 2009.
- FRANZONI M., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *giustiziacivile.com.*, 2018.
- FURGIUELE G., *Il matrimonio dell'infermo di mente*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.
- GAETA L., *Superlativo*, in *Enc. it.*, Treccani, 2011.
- GALOPPINI A.M., *Infermit  di mente e crisi del rapporto coniugale*, in *Dir. fam. pers.*, 1986.
- GANGI C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948.
- GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008.
- GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in *Dir. fam. pers.*, 2009.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- GENNARI G., *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all'atto medico*, in *Familia*, 2006.

GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.

GIACOBBE E., “*Questo matrimonio non s’ha da fare*” (a proposito di infermi di mente e matrimonio), in *Dir. fam. pers.*, 2009.

GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIARDINA F., *Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978.

GIARDINA F., *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984.

GIARDINA F., *I soggetti individuali*, in AA. VV., *Diritto privato*, I, Utet, Torino, 2003.

GIARDINA F., *Le persone fisiche*, in *Trattato Lipari – Rescigno*, I, 1, Giuffrè, Milano, 2009.

GIARDINA F., *Delle persone fisiche*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile, Delle persone*, Utet, Torino, 2012.

GIARDINA F., “*Morte*” della potestà e “*capacità*” del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016.

GIARDINA F., *Il fiduciario. Forum: la legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018.

GORASSINI A., *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in AA. VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, Milano, I, 2008.

GORGONI M., *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.

GORGONI M., *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2009.

GORGONI M., *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med.*, 2017.

GRAZIADEI M. *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., 2011.

GRAZIOSO G., *Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell’interdetto per infermità di mente in relazione all’azione di divorzio*, in *Dir. famiglia*, 2001.

GROSSI P., *Giuramento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970.

GUERRA G., *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*, in *Danno resp.*, 2008.

IENTILE P., *L'impedimento matrimoniale dell'interdizione per l'infermità di mente dopo la l. 9.1.2004, n. 6 sull'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2011.

IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

ISRAEL L., *Contro l'eutanasia*, Torino, 2007.

LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., Giuffré, Milano, 2011.

LENTI L., *Gli istituti di protezione e rappresentanza e il compito di assistenza sociale dell'ente locale*, in MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

LIPARI N. (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974.

LISELLA G., *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.

LISELLA G., *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

LISELLA G., *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffré, Milano, 2005.

LISELLA G. – PARENTE F., *Persona fisica*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

LISELLA G., *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.

LONG J., *L'istituto giuridico della tutela alla prova del tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018.

MACIOCE V., *Ufficio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffré, Milano, 1992.

MAGLIONA B., *Incapacità naturale e tutela della salute: il ruolo del medico tra autonomia e beneficalità*, in BIANCHI A., MACRÌ G.P. (a cura di), *La valutazione della capacità di agire*, Cedam, Padova, 2011.

MANTOVANI M., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.

MARCHESE V., BOLCATO M., TOZZO P., RODRIGUEZ D., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.

MARELLA M.R., *La soggettività giuridica e le diversità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, 1998.

MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007.

MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S. TALLACHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. – ZATTI P., 2010.

MASONI R., *Potere dell'ADS di rifiutare le cure senza l'intervento del GT: il Tribunale di Pavia solleva questione di legittimità*, in *Il familiarista.it.*, 2018.

MAZZONI C., *Persona fisica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995.

MAZZONI C. – PICCINNI M.A., *La persona fisica*, in IUDICA G. – ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2016.

MENGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982.

MERLINI BARBARESI L., *Aggettivi deaggettivali*, in GROSSMANN M., RAINER F. (a cura di), *La formazione delle parole in italiano*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2004.

MESSINEO A., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1950.

MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.

MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2009.

MOROZZO DELLA ROCCA F., *Separazione personale dei coniugi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Solidarietà familiare e obbligazioni alimentari*, in ID. (a cura di), *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Editoriale scientifica, 2013.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2014.

NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania, e Italia*, Giuffré, Milano, 1989.

NAPOLI E.V., *Handicappato mentale, protezione giuridica e prospettive di riforma*, in *Dir. fam. pers.*, 1986.

NARDELLI M., *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, in *Giur. mer.*, 2009.

NATOLI U., *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffré, Milano, 1987.

NICOLUSSI A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009.

NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010.

NICOLUSSI A., *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011.

NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi di fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Eur. dir. priv.*, 2013.

NIVARRA L., *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009.

ONDEI E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Torino, 1965.

OLIVERO L., *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*, in *Giur. it.*, 2018.

OPPO G., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

OPPO G., *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

PAGANO E., *Legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza italiana*, PERLINGIERI P. (a cura di), *La legislazione civile annotata con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985.

PALMERI G., *sub art. 85*, in FERRANDO G. (a cura di), *Matrimonio*, in ALPA G. (a cura di), *Comm. c.c. Scialoja, Branca, Galgano*, Bologna, 2017.

- PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2011.
- PARDOLESI R., *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017.
- PASQUINO T., *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.
- PERLINGIERI C., *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972.
- PESCARA R., *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Trattato Rescigno*, IV, 2 ed., Utet, Torino, 1997.
- PICCINNI M., *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.
- PICCINNI M., *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in RODOTÀ S. – ZATTI P., (diretto da), *Trattato di biodiritto*, III, *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011.
- PICCINNI M., *Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.
- PICCINNI M., *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.
- PIEPOLI G., *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003.
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.
- PIZZORUSSO A. – ROMBOLI R. – BRECCIA U. – DE VITA A., *Persone fisiche*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Il foro italiano, Bologna-Roma, 1988.
- PONZANELLI G., *Eutanasia passiva: si se c'è accanimento terapeutico*, in *Foro it.*, I, 2000.
- PONZANELLI G., *Medical practice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Contr. impr.*, 2017.
- PRINCIGALLI A., *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008.

- PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997.
- PUCCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità della relazione di cura*, Giuffré, Milano, 2010.
- PUGLIATTI S., *Gli istituti di diritto civile*, I, Milano, 1943.
- QUADRI R., *Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Utet, Torino, 1959.
- RAINER F., *Studying restriction on patterns of world-formation by means of internet*, in *Rivista di linguistica*, 2003.
- RESCIGNO P., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966.
- RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973.
- RESCIGNO P., *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Utet, Torino, 1988.
- RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991.
- RESCIGNO P., *Introduzione*, in FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- RESCIGNO P., *Status e capacità*, in PARADISO M. (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Giuffré, Milano, 2005.
- RESCIGNO P., *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006.
- RESCIGNO P., CARUSI D., *Testamento biologico*, in *Enc. it., App. IX*, Roma, 2015.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. (Note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, ed. ampl., 2009.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.
- ROMANO S., *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911.
- ROMANO S., *Scritti minori*, Giuffré, Milano, (1 ed. 1950), rist. 1990.

ROMANO C., *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018.

ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo e in quello passivo*, in *Foro it.*, I, 1991.

ROSSI R., *Il potere dell'a.d.s. di rifiutare le cure va alla Consulta*, in *personaedanno.it.*, 2018.

RUSCELLO F., *“Amministrazione di sostegno” e tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004.

RUSSO R., *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, in *Fam. dir.*, 2010.

SACCO R., GRAZIADEI M., *Sostituzione e rappresentanza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Utet, Torino, 1998.

SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985.

SANTOSUOSSO A. – TURRI G., *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.

SANTOSUOSSO A., *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008.

SANTOSUOSSO A., *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2009.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2016.

SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria. Manifestazione. Astrazione. Inefficacia*, Giuffrè, Milano, 1998.

SCALISI V., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010.

SERIANNI L., *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni, forme, costrutti*, con la collaborazione di CASTELVECCHI A., Torino, Utet, 1989.

SFORZA I., *Cittadinanza e disabilità: giurisprudenza e dottrina a confronto*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, I, 2014.

SPALLAROSSA M.R., *Le condizioni per contrarre matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da ZATTI P., I. *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO G. – FORTINO M. – RUSCELLO F., Giuffrè, Milano, 2002.

STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975.

STANZIONE P., *Capacità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

STANZIONE P., *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991.

STANZIONE P., *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. dir.*, 2009.

STANZIONE P., *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato Cicu – Messineo*, II, Giuffrè, Milano, 2017.

TOMMASINI R., *sub art. 119*, in BALESTRA L. (a cura di), *Della famiglia*, nel *Comm. c.c.*, diretto da GABRIELLI E., Torino, 2010.

TORDINI CAGLI S., *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ.*, 2009.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XXXXVI ed., Cedam, Padova, 2013.

VENCHIARUTTI A., *Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, in FERRANDO G., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per soggetti deboli*, Milano, 2005.

VENCHIARUTTI A., *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008.

VENUTI M.C., *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E.E.*, in *Famiglia*, 2008.

VISINTINI G., *Della rappresentanza*, in GALGANO F. – VISINTINI G. (a cura di), *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro LV, Obbligazioni, artt. 1372-1405*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1993.

ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di «persona» nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Cedam, Padova, 1975.

ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO P., 3, II, Utet, Torino, 1982.

ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000.

ZATTI P., *Oltre la capacità di intendere e di volere*, FERRANDO G. – VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

ZATTI P., *Spunti in tema di limitata capacità di fatto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003.

ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

ZATTI P., *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

ZATTI P., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell’uomo”*, ora in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffré, Milano, 2009.

ZATTI P., *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015.

ZATTI P., *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017.

ZATTI P., *Brevi note sul testo approvato*, in *undirittogentile.it.*, 2017.

ZATTI P. – PICCINNI M., *La faccia nascosta delle norme: dall’equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

ZENO ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995.

ZOPPINI A., *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.