

menomazioni fisiche, mantenga per contro integre le proprie capacità di discernimento, dovrà valutare con estrema cautela l'iniziativa per la nomina dell'amministratore di sostegno proveniente da soggetti diversi dal beneficiario e dovrà ben guardarsi dall'ingerirsi *ex abrupto* nell'esistenza del disabile, facendo leva su personali giudizi morali e sociali afferenti alla condotta di vita della persona ed alle eventuali condizioni antigieniche e di isolamento (se non addirittura di trascuratezza e abbruttimento fisico) liberamente scelte da costui, essendo ovviamente inconcepibile l'adozione della misura dell'amministrazione di sostegno contro la volontà (e la libertà) dello stesso beneficiario. In tale contesto, può correlativamente affermarsi³⁸, in maniera del tutto coerente con la *ratio* della novella, che l'anziano, il lungodegente o colui che sia costretto dalla convalescenza in condizioni di grave debilitazione fisica non possa richiedere per ciò solo (senza allegare uno stato di indigenza o particolari condizioni di isolamento per l'assenza di persone disponibili) la nomina dell'amministratore di sostegno, perché in tal caso l'impossibilità di provvedere ai propri interessi sarebbe solo relativa, potendo il soggetto indirettamente occuparsene con l'ausilio di strumenti che evitano la privazione della capacità come, ad es., il mandato e/o la procura. Sempre che non consti il manifesto dissenso del benefi-

³⁸ U. ROMA, *L'amministrazione*, cit., 1023.

ITINERARI DI DIRITTO 'COLLABORATIVO' NELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

*Soltanto gli individui hanno una coscienza, mentre la coscienza delle istituzioni è costituita dalle leggi che la regolano**.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Spunti di inquadramento sistematico. 3. Doveri di ascolto del giudice e sua potestà decisionale. 4. Diritto di difesa dell'amministrando. 5. Poteri difensivi dell'amministrato. 6. Rilievi conclusivi.

1. *Introduzione.*

Le osservazioni che seguono si ispirano (ed intendono, in qualche modo, delineare alcune ipotesi di risposta) ai pregnanti interrogativi espressi, in tempi recenti, da Claudio Tagliaferri nel suggestivo contributo ospitato da questa Rivista, soprattutto in riferimento all'auspicata «ideale stazione trasmittente collegata ad una stazione ricevente»¹ tra giudice tutelare e beneficiario, a co-

* A. SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 136.

¹ Si allude a C. TAGLIAFERRI, *C'era una volta... una terra di nessuno. L'amministrazione di sostegno, una favola a lieto fine*, in *TSDP*, III, 2010, 39 (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.it); di cui vd. ora ID., *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, Milano, 2010, *passim*.

minciare dall'audizione, per la nomina dell'amministratore di sostegno².

Com'è noto, mediante la tecnica della novellazione, il legislatore è intervenuto modificando sensibilmente il quadro degli istituti posti a protezione dei soggetti incapaci: con l. 9 gennaio 2004, n. 6³, ha infatti introdotto, *a latere* dell'interdizione

² In una visione sistematica di diritto c.d. 'collaborativo' (sulle cui origini statunitensi, cfr. P.H. TESLER, *Collaborative Law: What It Is and Why Family Law Attorneys Need to Know About It*, in *Am. Journ. Fam. L.*, XIII, 1999, 215-225), non contraddicono l'impostazione qui condivisa ed esaminata le disposizioni che rendono il minore – dotato di un'(accertata) autonoma capacità di discernimento – partecipe del proprio processo intellettuale, in momenti essenziali della propria vita, attraverso le modalità dell'ascolto in sede di procedimento adottivo (art. 7, l. 4 maggio 1983, n.184, nel testo modificato dall'art. 7, l. 28 marzo 2001, n. 149), nonché nella crisi familiare (art. 155 *sexies* cod. civ., introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, 54, sull'affido condiviso).

³ In *G.U.R.I.*, Serie gen., n. 14, del 19 gennaio 2004, in vigore, ai sensi dell'art. 20, dopo sessanta giorni dalla sua pubblicazione (i.e., 19 marzo 2004). Frattanto era stato emanato il d.m. 12 marzo 2004, in *G.U.R.I.*, Serie gen., n. 65, del 18 marzo 2004, relativo al Registro delle amministrazioni di sostegno di cui all'art. 47 disp. att. cod. civ., nel testo modificato dall'art. 14 della legge istitutiva (anch'esso peraltro di flessibile operatività, parimenti alla misura protettiva cui accede: vd. Trib. Modena, 22 luglio 2008, in *Giur. loc. Modena*, 2008). L'intervento del legislatore è ispirato ai lavori del Gruppo di ricerca, istituito negli anni ottanta del secolo scorso presso l'Ateneo triestino e composto da giuristi e medici, sotto il coordinamento del Prof. Paolo Cendon: vd., da ultimo, P. CEN-

dell'entrata in vigore della novella; e, oltretutto, spiega le ragioni dell'affidamento della procedura al giudice monocratico, posto che, se indubbiamente i poteri di intervento potrebbero, soprattutto in tale ultima ipotesi, essere invasivi e parzialmente 'ablativi' della capacità di agire (individuandosi, col meccanismo della sostituzione *ex art. 405*, comma 5, n. 3, cod. civ., nuove ipotesi di rappresentanza legale), è anche vero che essi appaiono relegati in ambiti predeterminati e, salvo casi sporadici, riscuotono il consenso (espresso o presunto) del soggetto beneficiario.

Riepilogando, alla base dell'intervento normativo risalta l'attenzione alle inclinazioni, ai bisogni e alla volontà del disabile³⁶, con la valorizzazione della sua capacità di autodeterminazione³⁷. Ne consegue che il giudice tutelare, trovandosi in presenza di un soggetto che, pur affetto da gravi

ministratore di sostegno, ed in particolare le funzioni di sostituzione ed assistenza nell'attività giuridica del medesimo, fino a giungere alle stesse dimensioni da esse assunte nel contesto dei regimi di tutela e di curatela dell'incapace» (F. NADDEO, *Dell'interdizione*, cit., 205); cfr. altresì L. MILONE, *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in *La riforma*, cit., 112.

³⁶ Sul punto, cfr. V. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 157.

³⁷ Tale valorizzazione dovrebbe attuarsi soprattutto riconoscendogli la facoltà di compiere gli atti non incompatibili con il persistente livello di capacità: vd. R. PESCARA, *Lo statuto privatistico dei disabili psichici tra obiettivi di salvaguardia e modello dell'incapacità legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, III, Torino, 1999, 761 ss.

pienamente la propria esistenza in qualità di membro a pieno titolo della società³⁴).

Qualora si tratti di soggetto totalmente incapace di provvedere ai propri interessi (per cui sarebbe stata esperibile l'interdizione *ex art.* 414 cod. civ. nel testo anteriore alla novella), non potranno – è bene ribadirlo – delinearci i contenuti del decreto di nomina in termini fortemente 'ablativi' sulla capacità del beneficiario; altrimenti opinando, verrebbe tradito lo spirito stesso della normativa in questione, visto che il disabile non potrebbe esplicitare appieno, proprio per la grave compromissione delle sue capacità di discernimento, quelle facoltà e garanzie (nonché quei poteri di interazione) che l'istituto espressamente gli riserva, in particolare tramite gli artt. 407, cpv. e 410, commi 1 e 2, cod. civ. Ciò consente di valorizzare, già sotto questo primo profilo, i margini residui di operatività dell'istituto dell'interdizione, che da più parti s'è dato per 'defunto'³⁵ a seguito

³⁴ Così, F. RUSCELLO, *"Amministrazione di sostegno" e tutela dei "disabili"*, cit., 151. Nello stesso senso, P. CENDON, *Un altro diritto*, cit., 32, per il quale: «Sta male chi non riesce, in sostanza, a fare le cose e a reggere i tramiti sociali di cui avrebbe bisogno per ottimizzare il proprio livello di benessere».

³⁵ Qualcuno è giunto a ritenere, proprio per l'ampia gamma di contenuti in cui può concretarsi l'amministrazione di sostegno, la residualità (se non addirittura l'inutilità) della sopravvivenza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione: «in quanto, a fronte di una più grave patologia, il giudice potrebbe ovviarvi dilatando i compiti dell'am-

e dell'inabilitazione, la nuova figura dell'amministratore di sostegno⁴. Trattasi di strumento

DON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009, *passim*. La proposta di riforma della disciplina sulle misure di protezione, recepita con parziali modifiche in diversi d.d.l. nel tempo succedutisi, innescò un vasto dibattito dottrinale, su cui cfr. M.R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 229; A. BOMPIANI, *Ragioni giuridiche ed etiche di una recente iniziativa legislativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 212; M. DI BARTOLOMEO, *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di "amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi"*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 227; G. LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 53; ID., *Amministratore di sostegno e funzione del giudice tutelare. Note su un'attesa innovazione legislativa*, *ibid.*, 1999, 221; E.V. NAPOLI, *Una terza forma di incapacità di agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministrazione di sostegno*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 379; F. TOMMASEO, *Il procedimento di ammissione all'amministrazione di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione (Atti dell'omonimo Convegno CNN)*, a cura di S. Patti, in *Quad. 'Familia'*, I, 2002, 153.

⁴ Peraltro 'in differita' di oltre un ventennio rispetto agli analoghi processi riformistici in altri Paesi europei: senza pretese di completezza, in ottica comparatistica, cfr. A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilista della persona incapace in Italia e prospettive di riforma*, in *An. Fac. Dereito Univ. Coruna*, 2000, 545-557; E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 537; G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 481 ss., spec. 483; G. ARICO, *Brevi considerazioni di diritto comparato per una rilettura delle norme in tema di amministrazione di*

sostegno, in *Notariato*, 2005, 613 ss.; F.M. SBARBARO, *Il tramonto della logica autoritativa nel trattamento della disabilità*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 431 ss., ed *ivi* nt. 22; più in generale, *Follia e diritto*, a cura di G. Ferrando e G. Visintini, Torino, 2003, *passim*; F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *St. jur.*, 2004, 149; G. BONILINI, *La designazione dell'amministratore di sostegno (I)*, in *St. jur.*, 1051 - (II), *ibid.*, 1209; P. CENDON, *Un nuovo diritto per i malati di mente (e non solo)*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=-6865> dal 7.12.2004; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno*, Milano, 2004, *passim*; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, *passim*; *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, *passim*; *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, *passim*; G. CASSANO, *L'amministrazione di sostegno: questioni sostanziali e procedurali nell'analisi della giurisprudenza*, Milano, 2006, *passim*; G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Commentario al Codice Civile P. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, *passim*; G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, *passim*; E.V. NAPOLI, *L'amministrazione di sostegno*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Milano, 2009, *passim*; R. GIAMPETRAGLIA, *L'amministrazione di sostegno. Spunti ricostruttivi e propositivi*, Napoli, 2007, *passim*; A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno: novella e sistema*, Napoli, 2010, *passim*; A. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno: applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005, *passim*; G. FERRANDO, L. LENTI, *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006, *passim*; F. FORTINI, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Torino, 2007, *passim*; M. TESCARO, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ., Agg.*,

giudice tutelare in tale sfera, ancorché proficuo sul piano economico, potrebbe essere percepito dal disabile come un'intollerabile imposizione, perché recante una lacerazione proprio di quei legami interpersonali costituenti il fulcro del suo delicato equilibrio esistenziale. La funzione dell'amministrazione di sostegno è quella di «ascoltare quanto occorre l'interessato, mirare a conoscere in primo luogo i suoi bisogni, e, sulla base di quella presa d'atto, confezionare poi un assetto irripetibile di sostituzioni, affiancamenti, momenti curatoriali»³³, non già quella di reintegrare il patrimonio del disabile prescindendo dalla sua volontà. Nella sua delicata opera, il giudice tutelare dovrà poi costantemente verificare ciò che l'infermo è in grado di fare (cd. 'margine di capacità residua'), onde consentire al disabile, con la predisposizione di adeguate tutele, l'esercizio dell'inviolabile diritto ad un corretto sviluppo della personalità (e, dunque, garantirne in ultima analisi la salute, intesa come capacità di vivere

³³ Sono sempre parole di P. CENDON, *Un altro diritto*, cit., 30. In sintonia, U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1000, rimarca come la novella consenta la: «personalizzazione dell'istituto applicato nel singolo caso alla specificità della situazione e della condizione del disabile, sia esso infermo di mente oppure no»; peraltro, tale personalizzazione, soggiunge l'A., non può che passare attraverso l'attenta disamina sulle eventuali attitudini psichiche residue del disabile e sulla loro idoneità a sorreggere singoli, determinati atti giuridici, in relazione alla natura ed al contenuto di questi ultimi.

sa esprimere, in sostituzione del disabile, il consenso alla protrazione del ricovero ospedaliero³².

Del pari, seri dubbi sussistono in ordine alla facoltà del giudice tutelare di decidere (contro la volontà manifestatagli dal soggetto protetto) di esperire coattivamente un'azione di recupero di beni o somme nei confronti di colui che avesse (in tesi) raggirato il disabile, ma che comunque egli considerasse affettivamente ed emotivamente a lui vicino. Infatti, un intervento 'forzoso' del

³² Tra l'altro, secondo la dottrina più avvertita (A. PELLEGRINI, *La tutela dell'infermo psichico nel trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera in una sentenza della S.C.: una giusta affermazione di principi ormai consolidatisi, ma non sempre adeguatamente valorizzati ed applicati dalla giurisprudenza di merito*, in *Nota a Cass.*, 23 giugno 1998, n. 6240, in *Dir. fam.*, 2001, 24), la legittimazione ad esprimere il consenso rispetto al trattamento sanitario spetta non soltanto ai soggetti pienamente capaci di agire, ma anche ai minori d'età, agli interdetti giudiziali e, infine, ai minori emancipati ed agli inabilitati, sempreché tali soggetti siano muniti di capacità naturale intesa come facoltà di comprensione del trattamento sanitario da praticare e delle sue possibili conseguenze; vd. altresì F.D. BUSNELLI, in L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Istituzioni di diritto civile. Appunti delle lezioni*, Genova, 1978, 113. La novella in questione, laddove mira a promuovere e valorizzare l'autonomia e la 'soggettività possibile' del disabile, erode infatti un modello di incapacità precostituita per legge, valutando la praticabilità di forme di autonomia decisionale con parametri commisurati al grado di maturità, nonché all'effettiva capacità di autodeterminazione concretamente verificabile, su cui vd. R. PESCARA, *Amministrazione di sostegno e minore età*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, III, 140.

concepito per garantire al beneficiario il compimento di quelle attività non espletabili in proprio e connotato dai caratteri di *flessibilità* e *proporzionalità*⁵, ritenuti in grado di fornire la tutela più adeguata al(la *persona*) disabile in conformità al principio, autorevolmente enunciato, secondo il quale «la persona ha diritto di partecipare alla vita di relazione nella misura in cui essa è idonea a farlo»⁶.

I, Torino, 2007, 9 ss.; *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, a cura di F. Aimerito et. al., Torino, 2008, *passim*; S. DELLE MONACHE, *Commento all'art. 404 c.c.*, in *Commentario al codice civile. Della famiglia (Artt. 343-455)*, a cura di L. Balestra, III, Torino, 2008, 169 ss.; R. MASONI, *L'amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Rimini, 2009, *passim*; R. BATTISTA, *L'amministrazione di sostegno. Nozioni e giurisprudenza*, Salerno, 2010, *passim*.

⁵ Cfr. V. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, a cura di G. Autorino Stanzone e V. Zambrano, Milano, 2004, 133; I. TRICOMI, *Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduazione delle misure*, in *Guida dir.*, V, 2004, 26 ss.; in chiave di ontologia giuridica, vd. acutamente C. D'ORTA, *Amministrazione di sostegno e tutela della persona*, in *Comp. dir. civ.*, 2010, spec. 14 ss.

⁶ Così, C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 30, di cui vedasi anche *Per una radicale riforma della condizione giuridica del sofferente psichico*, ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I.2, Milano, 2002, 729 ss. Per la sottolineatura dei limiti delle figure dell'interdizione e dell'inabilitazione, vd. F. PALMISANO, *L'insufficienza e l'ina-*

Quest'ultima – si noti – non necessariamente si identifica con il soggetto privo (in tutto o in parte) della capacità di intendere e di volere, dovendo invece intendersi, *ex art. 404 c.c.* (come sostituito dall'art. 3, l. 9 gennaio 2004, n.6), come chi «per infermità ovvero per una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi»⁷.

In sostanza, la norma pone uno scrutinio non necessariamente riferito a patologie con riflessi invalidanti sulla psiche (che potrebbero dare adito, in un contesto di abituale infermità, alle ipote-

guatezza di interdizione e inabilitazione e il perché dell'amministrazione di sostegno, in *Minori giustizia*, 1997, 107 ss.

⁷ L'ambito applicativo della nuova normativa sarà idoneo a comprendere quella 'zona grigia' costituita non solo dai menomati psichici, prima non interdicibili né inabilitabili perché non infermi di mente (si pensi all'anziano affetto da fisiologico processo degenerativo delle sue facoltà intellettive, al tossicodipendente, all'alcolista ovvero ad alcune forme di psicopatologia come depressione, insicurezza cronica e fanatismo prima considerate non integranti un'infermità psichica *stricto jure*), ma anche dai menomati fisici (come chi, per effetto di un incidente, abbia perduto la parola o chi, nel corso di lunga degenza ospedaliera, si senta o si trovi isolato fisicamente), vd. U. ROMA, *L'amministrazione*, cit., 1006. Dubbi sussistono, invece, in ordine all'applicabilità della misura nell'ipotesi di soggetti non affetti da lesioni dell'integrità fisica, ma ristretti nella libertà di circolazione per effetto di provvedimento giudiziario come, ad es., i condannati a pena detentiva (su cui, S. DELLE MONACHE, *Prime note*, cit., 40).

Ove poi il medesimo beneficiario si opponga a scelte dell'amministratore di sostegno, il giudice tutelare non potrebbe, nell'esercizio dei poteri *ex art. 405 comma 4, cod. civ.*, trascurare le intenzioni del disabile e, ad es., indicare d'imperio, su proposta dell'amministratore di sostegno, il luogo ove il disabile deve essere accudito. Tanto si evince dall'intera cornice normativa e, segnatamente, dal mancato richiamo dell'art. 371 (e 358) cod. civ. da parte dell'art. 411, comma 1, cod. civ. nel testo novellato. Peraltro, se il beneficiario può sempre compiere in proprio gli atti rivolti a soddisfare le esigenze della vita quotidiana (art. 409, cpv. cod. civ.), tra queste attività non possono non inserirsi la scelta della dimora abituale e l'esercizio della facoltà di locomozione, anche per il compimento degli atti giuridici minimi (es. acquisto della stampa, spese per alimentazione, etc.). Non sembra quindi percorribile, in relazione a soggetto affetto da grave patologia psichiatrica il quale, tuttavia, preservi un ampio margine di consapevolezza ed autonomia, la via dell'utilizzo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, come invece opinato da certa giurisprudenza³¹, affinché, all'esito del trattamento sanitario obbligatorio, l'amministratore così nominato pos-

³¹ Per tale opzione interpretativa, cfr. Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, in <http://altalex.com/index.php?idnot=29172>, in relazione a soggetto affetto da psicosi cronica, con deliri a carattere persecutorio ed allucinazioni, nonché refrattario alla terapia farmacologica.

dall'amministratore di sostegno, tant'è che, in caso di contrasto con quest'ultimo, può sempre ricorrere al giudice tutelare (art. 410, comma 2, cod. civ.). Ben s'intende dunque come tale *ratio*, sottesa all'intera normativa, debba guidare l'interprete nell'esegesi di altre disposizioni circa i poteri del giudice tutelare: come, ad es., quella che gli consente *ex art. 405, comma 4, cod. civ. di* «adottare anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione del suo patrimonio», norma che va letta in guisa da indirizzare il giudice (nei limiti di compatibilità con le esigenze di protezione) verso l'emanazione di quei provvedimenti che godono del consenso vero (o anche solo presunto, nel caso di soggetto non in grado di esprimersi per la sua gravissima compromissione psichica)³⁰ del beneficiario.

³⁰ In base al noto procedimento di *ricostruzione della volontà* e della *personalità* dell'interessato, che in altra sede ha permesso di legittimare l'attività di gestione altrui, modellandosi sulla complessiva personalità dell'individuo infermo, anche quando la volontà non sia stata esplicitata o sia stata espressa in modo non attuale, ma attendibile (su cui, vd. T.A.R. Lazio 12 settembre 2009, n. 8650, in *Guida dir.*, XXXIX, 2009, 90 ss.). Pertanto, la volontà sarebbe *presunta* solo nel senso, tecnicamente inteso, che deve essere ricavata da una serie di elementi probatori chiari e definiti ed essere implicitamente desumibile dalla complessiva personalità del soggetto attualmente incapace. In argomento, cfr. P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità*, Milano, 1998, 300 ss.

si dell'interdizione⁸ e/o dell'inabilitazione), ma piuttosto correlato ad aspetti pratici in termini di difficoltà, ancorché momentanea, nell'attitudine all'esercizio dei propri diritti (ovvero, nel far fronte con autonomia alle esigenze della vita quotidiana)⁹. Se questi sono i 'flessibili' presupposti¹⁰

⁸ Nel contesto normativo anteriore all'avvento della novella, si richiedeva – com'è noto – per procedere all'interdizione il carattere dell'abitudine nell'infermità mentale: vd. Cass. 20 novembre 1985, n. 5709, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 288, con *Nota* di A. VENCHIARUTTI. Si sottolineava, in particolare, come lo stato patologico dovesse essere 'mentale', escludendo il ricorso all'interdizione per le infermità o menomazioni di carattere fisico, ancorché influenti in modo grave sull'autonomia del soggetto (*contra*, Trib. Modena, 9 novembre 2002, in *Notariato*, 2002, 578, con *Nota critica* di A. BULGARELLI), ovvero, ancora, si escludeva l'interdizione per l'incapacità nella cura degli interessi privati derivante da inettitudine, scarsità di cultura o d'esperienza o dalla vastità e complessità degli interessi stessi o *deficit* di memoria legati all'età avanzata, vd. App. Napoli, 11 marzo 1952, in *Foro nap.*, 1952, I, 81. Trattasi di menomazioni che, in taluni casi, potranno dare luogo attualmente alla nomina dell'amministratore di sostegno.

⁹ Così, Trib. Bari - sez. dist. Bitonto, decr. 15 giugno 2004, in *Dir. giust.*, n. 28/2004, 91, con *Nota* di E. GUERRA. In tal senso, E. MONTSERRAT PAPPALETERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 27; *contra*, cfr. A. VENCHIARUTTI, *Un confronto dopo l'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004, n. 6: amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=1366>, dal 22.11.2004.

¹⁰ Si è, d'altronde, parlato di 'evanescenza' dei presupposti legittimanti la nomina dell'amministratore di sostegno: vd.

per l'applicazione del nuovo istituto¹¹, l'ottica entro cui si colloca la riforma è quella della semplificazione procedurale¹² non disgiunta dalla *proporzionalità*, intesa come minor limitazione possibile della capacità di agire per il disabile: di guisa che, per quanto non puntualmente precisato dal giudice tutelare nel decreto *ex art.* 405 cod. civ., «resta intatta la capacità del soggetto» (art. 409, comma 1, cod. civ., come introdotto dall'art. 3, l. 9 gennaio 2004, n. 6)¹³.

P. STANZIONE, *Gli effetti dell'amministrazione di sostegno sulla capacità di agire*, in *Amministrazione di sostegno*, cit., 59.

¹¹ È utile richiamare quelle pronunce giurisprudenziali (per tutte, Pret. Putignano, 9 maggio 1989, in *Foro it.*, 1991, I, 944; Pret. Milano, 18 giugno 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 622) che, prima della novella, si premuravano (sia con l'applicazione analogica dell'art. 361 cod. civ. sia tramite richiamo all'art. 35, comma 6, l. n. 23 dicembre 1978, n. 833) nel tentativo di fornire, specie sul versante patrimoniale, una qualche forma di tutela al soggetto disabile, per cui non si fosse ancora avviata la procedura di interdizione.

¹² In tal senso, deve leggersi la scelta di riservare la competenza *ratione materiae* al giudice tutelare, nonché la prefigurazione di tempi ristrettissimi (sessanta giorni) per il compimento della procedura, in uno all'esecutività immediata del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno: cfr. art. 405 cod. civ., comma 1, come sostituito dall'art. 3, l. 9 gennaio 2004, n. 6.

¹³ In ordine alla 'tassatività' del provvedimento, F. RUSCELLO, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famiglia*, 2004, 727. Sulla composizione del decreto e criticamente sulle formule lacunose o generiche, G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 337 ss.

all'art. 410, comma 1, cod. civ., ove si chiarisce che l'amministratore di sostegno deve tener conto (e, dunque, preventivamente informarsi) dei bisogni e delle aspirazioni del disabile come soggetto ritenuto *capace di desiderare, di volere in quanto non incapacitato* in senso stretto²⁹.

In altri termini, l'accento è posto costantemente sulla volontà del disabile, e ciò anche nei casi in cui la procedura di nomina sia attivata per iniziativa di terzi (parenti, affini o enti), con il logico corollario che lo stesso disabile conserva sempre la facoltà di interlocuzione durante l'*iter* procedurale: egli è titolare di diritti di informazione, onde poter partecipare attivamente alle scelte finanche negli ambiti in cui è 'sostituito'

²⁹ In tale contesto, la scelta del 'decreto' da parte del legislatore sembra indirizzare proprio verso una procedura non incapacitante (ossia, non incidente sullo *status* della persona), quanto piuttosto circoscritta al conferimento dell'incarico all'amministratore di sostegno, cui consegue per legge, in termini solo eventuali, una puntuale limitazione della capacità del soggetto. A tal proposito, opportunamente S. DELLE MONACHE, *Commento*, cit., 173, testo e note, evidenzia come, a differenza dell'interdizione, l'amministrazione di sostegno non comporti l'acquisto di una qualità giuridica da parte della persona, ma configura un regime relativo ad uno o più atti ovvero ad una o più categorie di atti attinenti alla sfera del beneficiario, dovendosi ulteriormente distinguere un'amministrazione c.d. *volontaria*, attraverso modelli di assistenza e di potestà concorrente, rispetto ad un'amministrazione c.d. *sostitutiva*, in ipotesi di incapacità determinante, tale da esigere forme rappresentative.

più conveniente ricorrere alla misura di minore incidenza dell'amministrazione di sostegno)²⁸.

3. *Dovere di ascolto del giudice e sua potestà decisionale.*

Se l'istituto dell'amministrazione di sostegno consente ampia facoltà di intervento, occorre però definire i limiti della potestà decisionale del giudice tutelare. Un ausilio interpretativo viene fornito da una serie di previsioni che lasciano intendere sul piano sistematico, come 'prospettiva progettuale' promossa dalla novella, il sostegno alla persona disabile e l'esigenza di 'valorizzarla', ai fini della realizzazione di una piena autodeterminazione individuale. Si allude non soltanto alla disposizione (art. 408, comma 1, cod. civ.), che autorizza il soggetto (dotato di capacità di agire) a nominare l'amministratore di sostegno in vista dell'incapacità futura, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma soprattutto a quella (art. 409, comma 1, cod. civ.) che prevede il permanere di una residuale capacità di agire del beneficiario «per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno», nonché

²⁸ In tema, cfr. A. BULGARELLI, *Prodigalità: inabilitazione o amministrazione di sostegno*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2038; nonché, con ampio *excursus* storico-giuridico, E.V. NAPOLI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 49 ss.

2. *Spunti di inquadramento sistematico.*

Un primo problema all'attenzione dell'interprete consiste nell'*actio finium regundorum* rispetto agli istituti 'contigui' dell'interdizione e dell'inabilitazione¹⁴. Vi è chi ritiene che la misura *de qua* possa essere adottata nelle sole ipotesi in cui l'incapacità si riveli meno grave, rispetto a quella richiesta dalla legge per accedere al rimedio dell'interdizione e dell'inabilitazione, sicché «sia

¹⁴ Sull'incerto confine tra gli istituti residui, esprime l'infungibilità degli strumenti, diretti a realizzare diverse funzioni, Corte cost., 9 dicembre 2005 n. 440, in *Giur. cost.*, 2005, 4746, con *Nota* di M.D. BEMBO; in *Giust. civ.*, 2006, I, 773, con *Nota* di L. PASSANANTE; in *Corr. giur.*, 2006, 775, con *Nota* di F. TOMMASEO; in *Famiglia*, 2006, 361, con *Note* (critiche) di L. BALESTRA e M. LUPOI; in *Fam. succ. pers.*, 2006, 134, con *Nota* di S. PATTI; in *Fam. dir.*, 2006, 121, con *nota* di M.N. BUGETTI; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 851, con *Nota* di U. ROMA; in *Riv. not.*, 2006, 1114, con *Nota* di C. CURATOLA; in *Dir. e giust.*, n. 2/2006, 15, con *Nota* di A. D'ELIA. Ne viene dato ampio riscontro del vivace dibattito sviluppatosi, in P. PAZÈ, *L'amministrazione di sostegno a confronto con gli istituti tradizionali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Follia e diritto*, cit., 80; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, V, 2004, 993; G. SALITO, P. MATERA, *Amministrazione di sostegno tra 'sein und sollen'*, in *Giur. mer.*, 2005, 1090; E. CALICE, *Amministrazione di sostegno: come e perché*, in *Notariato*, 2006, 145. A riguardo, vd. anche *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori*, cit., II, 801 ss.; nonché D. SINATRA, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: la difficile coesistenza*, in *diritto.it*, dal 19.05.2011.

necessario provvedere alla cura della persona [...] che, pur se affetta da patologie gravi, conserva tuttavia un margine di capacità rispetto ad una qualche tipologia di atto»¹⁵. Pur non nascondendo la difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione rispetto all'interdizione, tale opinione non appare condivisibile in quanto, almeno in via di prima approssimazione, sembra potersi considerare applicabile l'amministrazione di sostegno, soprattutto alla luce della modifica dell'art. 414 cod. civ. (come introdotta dall'art. 4, l. 9 gennaio 2004, n.6), anche a casi di abituale infermità di mente con grave compromissione delle facoltà cognitive, volitive e di giudizio del disabile.

Nella sua nuova formulazione, tale disposizione impone infatti l'applicazione della misura dell'interdizione, per il soggetto incapace di provvedere ai propri interessi, soltanto «quando ciò è necessario per assicurare [...] adeguata protezione»¹⁶. La locuzione adoperata nell'enunciato

¹⁵ Così, V. RISPOLI, *Malattie mentali: la persona innanzitutto* (Nota a Trib. Messina, 14 settembre 2004), in *Dir. giust.*, XXXVIII, 2004, 39.

¹⁶ Analoga modifica non si è resa necessaria nei confronti dell'inabilitazione, visto che l'art. 415, comma 1, cod. civ., già prevedeva «per il maggiore d'età infermo di mente lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione» la facoltà discrezionale del giudice di disporre l'inabilitazione. Si tratta pur sempre di una discrezionalità fondata sul libero convincimento del giudice nell'individuazione dei presupposti di fatto per addivenire all'inabilitazione, la cui pronunzia sarebbe comunque do-

ministrazione di sostegno consente di prevedere il graduale abbandono dell'istituto dell'inabilitazione nei casi di soggetti (affetti da infermità di mente non grave) prima inabilitati al solo scopo di scoraggiare i terzi dalla negoziazione, con specifico riferimento agli atti di disposizione immobiliare. L'amministrazione di sostegno è, infatti, istituto senz'altro di più estesa portata effettuale rispetto all'inabilitazione, in quanto assicura la cura della persona disabile (e non soltanto del relativo patrimonio), proteggendo il disabile in termini non meramente *negativi* (mercé la comminatoria, come per l'inabilitazione, dell'annullabilità per gli atti compiuti senza l'assistenza del curatore e le prescritte autorizzazioni), ma soprattutto in termini *propositivi* (attraverso l'esecuzione degli atti necessari o anche solo utili, che egli pur tuttavia non voglia o non possa compiere)²⁷. Di guisa che, potrà forse residuare un margine applicativo per l'inabilitazione laddove il soggetto, titolare di ingente patrimonio, esponga a gravi pregiudizi economici sé e la sua famiglia per prodigalità (sempreché non affetto anche da infermità e/o menomazione fisica o psichica, nel qual caso sarà

²⁷ Evidenza come: «il disabile si danneggia più spesso per ciò che non fa (pagamento di tasse, affitto, bollette, riscossione della pensione) che per ciò che fa», P. PAZÈ, *L'amministrazione di sostegno*, in <http://www.altalex.com/index.php?idstr=127&idnot=2153>, dal 8.12.2004.

stituisce, in realtà, l'oggetto della deliberazione *ex* art. 411, comma 4, cod. civ. del giudice tutelare, bensì un mero riflesso (o 'effetto' indiretto) dell'estensione all'amministrazione di sostegno di una specifica 'clausola protettiva' stabilita per l'interdetto, onde tutelare, «con la minor limitazione possibile della capacità di agire» (vd. art. 1, l. 31 marzo 2006, n.6), il disabile approntando la misura in termini il più possibile personalizzati²⁶.

L'opzione contraria sembra, d'altronde, scarsamente coerente sul piano sistematico, giacché (nel caso in cui l'amministrazione di sostegno riguardi un soggetto totalmente privo di discernimento, per il quale si prospetti la necessità di compiere un singolo atto implicante potenziale serio pericolo per la sua sfera patrimoniale) verrebbe ad imporre l'adozione del provvedimento di interdizione pur in presenza di una situazione gestibile, sia pure con i menzionati accorgimenti, con la misura meno invasiva dell'amministrazione di sostegno.

Quanto ai profili distintivi con l'inabilitazione, mette conto osservare che l'avvento dell'am-

²⁶ Nello stesso senso, Trib. Roma, 7 gennaio 2005, in motivazione, che si esprime favorevolmente in ordine alla possibilità di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno l'applicazione delle norme dettate dagli artt. 371 e 424 cod. civ. per l'interdetto, ciò a sensi dell'art. 411, comma ultimo, cod. civ. e per assicurare adeguata protezione all'incapace pur nell'applicazione della misura di minor incidenza.

dell'art. 414 cod. civ. induce, quindi, a ritenere che il soggetto, sebbene affetto da patologia così grave da meritare l'interdizione, possa in singoli casi, in relazione alle sue peculiari esigenze, essere «adeguatamente protetto» con la più tenue misura dell'amministrazione di sostegno.

Vero è che elementi di incertezza sussistono alla stregua di alcune disposizioni della novella, le quali sembrano supporre una certa residua capacità di discernimento¹⁷ relativa al beneficiario¹⁸; ma essi andrebbero fugati proprio partendo dal dato 'forte' dell'art. 414 cod. civ., nonché dalla

verosa in presenza dell'esigenza di limitare la capacità di agire della persona, a garanzia dell'adeguata protezione dei suoi interessi (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*², Milano, 2002, 232; F. TOMMASEO, *Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, 375; R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, III.4, Torino, 1997, 814 ss.

¹⁷ In merito alla categoria della cd. 'capacità di discernimento', cfr. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim*.

¹⁸ Si pensi all'obbligo per il giudice *ex* art. 407, cpv., cod. civ. e per l'amministratore di sostegno *ex* art. 410, comma 1, cod. civ. di tener conto dei bisogni, delle richieste e delle aspirazioni del beneficiario, al dovere dell'amministratore, *ex* comma 2, art. 410, cod. civ., di informare il beneficiario, nonché alla facoltà di quest'ultimo di ricorrere direttamente al giudice tutelare in caso di contrasto con l'amministratore.

genericità ed ampiezza dei presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno, quali enunciati negli artt. 1 e 3, comma 1, della legge istitutiva¹⁹. Pertanto, potrà verificarsi che il giudice

¹⁹ L'art. 1 svolge, infatti, una funzione paradigmatica fondamentale (in tal senso, G. PANICO, voce *Amministrazione di sostegno*, in *Il Diritto - Enc. Giur. Il Sole 24ore*, diretta da S. Patti, I, Milano, 2008, 374), al fine di individuare le linee concettuali della legge nell'esigenza di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana [...]». Il successivo art. 3 inserisce ora il nuovo art. 414 cod. civ., così statuendo al comma 1: «la persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno [...]». L'interpretazione restrittiva appare recentemente avallata da Cass. 12 giugno 2006, n. 13584 (in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=35482> dal 5 dicembre 2006, con *Nota* di S. LAPPÀ; in *Guida dir.*, n. XXVII, 2006, 81, con *Nota* di M. FIORINI; in *Dir. e giust.*, XXVI, 2006, 14, con *Nota* di C. GARUFI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 275, con *Nota* di U. ROMA; in *Dir. fam.*, 2007, 126, con *Nota* di A. VENCHIARUTTI; in *Fam. dir.*, 2007, 31, con *Nota* di M. SESTA; *Riv. not.*, 2007, II, 485, con *nota* di A. PEDRON; in *Giur. it.*, 2009, 134, con *Nota* di A. FABBRICATORE; in *Il civilista*, I, 2009, 6, con *Nota* di M. CAMPAGNOLI), che vi ravvisa la differenza rispetto alle altre misure di protezione non già in un elemento quantitativo, ossia la maggiore o minore gravità della menomazione, bensì in un criterio funzionale, basato sulla natura ed il tipo di attività che la persona disabile non è più in grado di compiere in proprio. In termini, Cass. 22 aprile 2009, n. 9628, in *Dir. fam.*, 2010, 1103, con *Nota* di M. COCUCCIO;

mediante l'applicazione dell'art. 407, comma 4, cod. civ. (congiuntamente all'art. 411, comma 4, cod. civ.).

Segnatamente, il giudice potrà estendere all'amministrazione di sostegno anche gli 'effetti' previsti per l'interdizione dagli artt. 375-376 cod. civ. in punto di competenza collegiale: né sarebbe ostativa l'espressa previsione dell'art. 411, comma 1, 2° periodo, cod. civ. («i provvedimenti di cui agli articoli 375 e 376 sono emessi dal giudice tutelare»), essendo in riferimento a ciò espressamente contemplata la deroga nel successivo comma 4, il quale non pare riferirsi ai soli «effetti, limitazioni o decadenze» correlati a negozi giuridici²⁵, ma sembra poter investire anche il regime processuale delle autorizzazioni. Né, in proposito, varrebbe obiettare che il giudice tutelare non potrebbe per tal guisa incidere, sostanzialmente ampliandole, sulle competenze del tribunale in composizione collegiale, proprio perché ciò non co-

²⁵ Si consideri, ad es., la possibilità di applicare al beneficiario dell'amministrazione di sostegno l'incapacità a contrarre matrimonio prevista per gli «interdetti per infermità di mente» ex art. 85 cod. civ. e l'incapacità a testare ex art. 591 cod. civ. Tuttavia, ove si intenda la norma in tal senso, sorgerebbero fondate perplessità per la salvaguardia delle garanzie del disabile, che verrebbe limitato nell'esercizio di diritti fondamentali della persona, in difetto delle garanzie processuali previste per l'interdizione: in argomento, vd. ampiamente A. CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni essenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam.*, 2011, 1911 ss., testo e note.

mazione psichica, pur potendo presumersi che egli non si trovi nel rischio di commettere atti a sé pregiudizievole, sarebbe erroneo respingere la richiesta *ex art.* 407 cod. civ., sull'assunto del grave e cronico deterioramento delle facoltà di discernimento (dove la necessità di informativa al pubblico ministero per l'instaurazione della procedura di interdizione), potendo invece applicarsi, proprio nell'interesse dello stesso disabile, l'istituto di minor incidenza dell'amministrazione di sostegno²⁴. Soluzione questa, non certo irrimediabile: infatti, qualora nel corso della stessa procedura dovesse richiedersi (proseguendo nell'ipotesi prospettata) l'autorizzazione ad un'alienazione immobiliare o al compimento di significativi atti di disposizione patrimoniale da parte dell'amministratore di sostegno, sempre in relazione a soggetto totalmente privo di discernimento, il giudice tutelare, se non riterrà di provvedere alla «cessazione dell'amministrazione di sostegno [...] rivelatasi inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario» (art. 413, comma 4), potrà opportunamente operarne la modifica dei contenuti

²⁴ Soltanto circoscrivendo il potere di sostituzione dell'amministratore di sostegno al compimento di atti semplici ed essenziali nella loro ordinarietà, si riduce il rischio connesso all'inevitabile perdita di garanzia per il disabile conseguente al fatto che, ove privo di ogni facoltà di discernimento, non potrebbe esercitare quei poteri di impulso e di interlocuzione con l'amministratore di sostegno ed il giudice tutelare, che pure la normativa espressamente gli riserva.

tutelare accolga l'istanza di nomina del predetto amministratore per un soggetto non orientato nel tempo e nello spazio e totalmente privo di capacità cognitiva (si pensi a certe gravi forme di demenza senile)²⁰, reputando «inadeguata per eccesso» l'interdizione in relazione alla tipologia di protezione da approntare, nonché allo stato mentale del beneficiario ed alla situazione familiare che lo circonda²¹.

Qui viene in rilievo il fondamentale dovere di ascolto, che si rivela gravido di implicazioni concretandosi, piuttosto che nell'obbligo da parte del giudice tutelare di tenere conto dei bisogni e delle

in dottrina, vd. già M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 592-593.

²⁰ In quest'ottica si pone esplicitamente, Trib. Messina, 14 settembre 2004.

²¹ Cfr. F. NADDEO, *Dell'interdizione, dell'inabilitazione e della incapacità naturale*, in *Amministrazione di sostegno*, cit., 205, secondo cui oramai l'esistenza di una patologia mentale, pur grave ed abituale, non obbligherebbe il giudice all'apertura della tutela e della curatela; anzi, precisa l'A. (*Dell'interdizione*, cit., 203) come: «la prima misura cui ricorrere per proteggere la persona del disabile sia, in ogni caso, quella meno incisiva sulla sua capacità di agire, dovendosi passare al regime più restrittivo solo laddove il precedente rimedio si sia dimostrato, nella sua concreta attuazione, inefficace o comunque inadeguato». Nello stesso senso, vd. in giurisprudenza Trib. Palmi, 24 maggio 2004, ined. per quanto consta.

richieste direttamente espresse dal disabile²² – in singoli casi purtroppo sprovvisto delle benché minime attitudini espressive –, nell'esigenza di sentire attentamente i prossimi congiunti, i soggetti promotori della procedura *ex art.* 406 cod. civ. (vd., in proposito, l'art. 407, commi 2 e 3, cod. civ.) o i sanitari che hanno in cura il disabile; e ciò, con l'intento di individuare i bisogni e le esigenze cui si intende sopperire ed i possibili contenuti del decreto *ex art.* 405 cod. civ. («le ragioni per cui si chiede la nomina dell'amministratore di sostegno», vd. art. 407, comma 1, cod. civ.). Sicché, appare preferibile ritenere che, qualora se ne solleciti l'applicazione per un soggetto in tale grave stato (e privo di ogni capacità reattiva anche nel futuro prossimo), al dichiarato scopo di provvedere all'esecuzione di atti patrimonialmente assai significativi come la stipula di compravendite immobiliari o transazioni o divisioni, il giudice tutelare, in applicazione del novellato art. 414 cod. civ., ben potrà rigettare l'istanza di nomina dell'amministratore di sostegno, il cui accoglimento potrebbe risolversi in un *vulnus* di tutela per il disabile, giacché ne conseguirebbe sostanzialmente l'autorizzazione rilasciata da un organo

²² In termini incisivi, P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni, L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, cit., 33, afferma che comunque: «ogni creatura umana, anche se non distingue fra un biglietto da 10 o da 20 euro, 'dice' in realtà qualcosa a chi la sappia guardare [...]».

giudiziario (oltretutto) monocratico (411, comma 1, 2° periodo, cod. civ.) alla vendita immobiliare altrimenti (per maggior garanzia del soggetto) di competenza riservata al tribunale in composizione collegiale su parere del primo (art. 375 cod. civ.)²³.

Viceversa, qualora la nomina dell'amministratore di sostegno sia diretta a consentire il compimento di atti meramente 'routinari', come il prelievo da parte del coniuge o convivente (o altro congiunto) di emolumenti pensionistici, al fine di poter provvedere a specifici adempimenti quali, ad es., corrispondere mensilmente la pigione al locatore dell'appartamento, ovvero la retta di degenza alla struttura di accoglienza per anziani (presso cui il disabile, titolare di modesto patrimonio, soggiorna in condizioni di grave meno-

²³ Così, Trib. Bari - sez. dist. Bitonto, 5 ottobre 2004, ined. per quanto consta. Cfr., altresì, Trib. Roma, 7 gennaio 2005, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2931>, per un caso di nomina dell'amministratore di sostegno provvisorio *ex art.* 405, comma 4, cod. civ., ai fini della modifica delle pattuizioni sociali in guisa da sostituire urgentemente la beneficiaria (affetta da grave demenza senile) nella carica di amministratore di una società in nome collettivo, consentendole così di proseguire provvisoriamente nell'impresa commerciale, salvo successivo apprezzamento in ordine alla necessità di attivare la procedura dell'interdizione, ove ritenuta misura più adeguata a termini del comb. disp. artt. 2294, 371 e 424 cod. civ. (i quali esigerebbero, a maggior garanzia del disabile e fuori dei casi di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, una deliberazione collegiale su parere del giudice tutelare).

ciario, resta salva la facoltà del giudice di effettuare, comunque, una valutazione sull'opportunità di applicare la misura protettiva dopo aver considerato, ex art. 407, cpv., cod. civ., i bisogni e le richieste di costui. Il quale, se affetto da sole menomazioni fisiche, resterà in ogni caso libero di scegliere in corso di procedura un terzo cui conferire mandato per la cura dei suoi affari³⁹, precludendosi così il ricorso all'applicazione dell'istituto in questione⁴⁰.

³⁹ È superfluo osservare che, nel corso della procedura, il beneficiario non potrà che conferire procura nei limiti della c.d. 'capacità residua', sicché sarebbe privo di effetto l'attribuzione del potere a terzi per il compimento di atti, in relazione ai quali il disabile è stato sostituito o affiancato dall'amministratore di sostegno.

⁴⁰ Si è tuttavia evidenziato che lo stesso disabile, affetto da gravi menomazioni fisiche che non ne compromettano la capacità di intendere e di volere, potrebbe sollecitare, in relazione a particolari esigenze, la nomina dell'amministratore di sostegno con funzioni di procuratore, senza che in tale evenienza possa escludersi la permanenza della piena capacità in capo al beneficiario anche in relazione agli atti per cui è conferito all'amministratore il potere di sostituirsi al disabile: vd. Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, in <http://www.altalex.com/index.php?idstr=-24&idnot=1984>. Per analoga impostazione dottrinale, cfr. A. VENCHIARUTTI, *Un confronto*, cit., 8.

4. *Diritto di difesa dell'amministrando.*

L'analisi muove dall'attribuzione al disabile non solo del diritto ad intraprendere, senza necessità di assistenza legale⁴¹ e con attivazione del contraddittorio *ex officio*⁴² sia con il pubblico ministero⁴³, sia con i soggetti indicati nell'art. 406

⁴¹ In materia di interdizione ed inabilitazione dubbi erano sorti in ordine alla facoltà per il soggetto interessato di stare in giudizio senza il ministero del difensore, mentre sicuramente per gli altri soggetti legittimati a proporre il ricorso era ritenuto sussistente l'obbligo di avvalersi *ex art.* 82, cpv. cod. proc. civ. del ministero di un avvocato, vd. Cass., 22 giugno 1994, n. 5967, ined. per quanto consta. In riferimento all'amministrazione di sostegno, appaiono dirimenti gli interventi di Cass., 29 novembre 2006, n. 23536, in *Giur. it.*, 2007, 2259, con *Nota* di A.M. SOCCI, richiamata in termini nella motivazione di Corte cost. ord. 19 aprile 2007, n. 128, edita (unitamente alle coeve nn. 2 e 292) con ampio commento di A. DI SAPIO, *A proposito di tre ordinanze della Corte Costituzionale e dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Dir. fam.*, 2008, 9 ss.

⁴² In armonia con la natura non contenziosa del procedimento, sembra preferibile non richiamarsi all'art. 713, comma 3, cod. proc. civ. laddove si pone in materia di interdizione ed inabilitazione l'onere delle notifiche necessarie all'instaurazione del contraddittorio in capo al ricorrente (salvo l'obbligo del giudice di ordinare, *ex art.* 71, comma 1, cod. proc. civ., la comunicazione degli atti al p.m. affinché possa intervenire).

⁴³ Si noti che l'art. 407, comma ultimo, cod. civ., recita: «In ogni caso, nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno interviene il pubblico ministero», sicché – potrebbe argomentarsi *a contrario* – l'intervento non sarebbe

cod. civ., la procedura dell'amministrazione di sostegno⁴⁴, ma anche dal riconoscimento (peraltro in linea con quanto ora previsto dall'art. 716 cod. proc. civ. per l'interdizione e l'inabilitazione) della

necessario nei casi di cui al comma 4 dello stesso articolo (ossia, modificazione o integrazione delle decisioni assunte con il decreto di nomina), il che determinerebbe tuttavia un'evidente irragionevolezza della disciplina, visto che in sede di modifica possono ampliarsi i poteri dell'amministratore di sostegno e ridursi conseguentemente i margini di capacità di agire del beneficiario. Appare, pertanto, opportuna un'interpretazione estensiva dell'art. 407, comma ultimo, cod. civ., che ricomprenda tra i casi di intervento obbligatorio del p.m. anche i procedimenti di modifica del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, a pena altrimenti di irragionevolezza *in parte qua* della disciplina scrutinabile *ex art. 3 Cost.*

⁴⁴ In linea con tale previsione, la nuova versione dell'art. 417 cod. civ. consente all'interdetto e all'inabilitato di chiedere il provvedimento di cui essi stessi saranno destinatari, in sintonia con la *ratio legis* che individua l'obiettivo dei vari sistemi di protezione dell'incapace nel sostegno stesso delle persone prive di autonomia. Occorre però precisare che l'art. 405, cpv. cod. civ. stabilisce che, per il minore non emancipato, il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (si noti, pronunciato, anziché dal tribunale per i minorenni, dal giudice tutelare in virtù della mancata modifica dell'art. 40 disp. att. cod. civ.) può essere adottato soltanto nell'ultimo anno della minore età, divenendo esecutivo al raggiungimento della maggiore età, in tal guisa rendendo palese l'incompatibilità del nuovo istituto con la condizione giuridica del minore non emancipato (al quale ultimo soltanto potrà applicarsi, con effetti immediati, l'amministrazione di sostegno). Sul punto, cfr. R. PESCARA, *Amministratore*, cit., 138.

sua piena ed incondizionata capacità processuale nel contesto del procedimento *de quo*. Tale capacità permane anche nel caso in cui, nelle more del procedimento, sia stato nominato un amministratore di sostegno provvisorio⁴⁵ o qualora il beneficiario, già prima di promuovere la procedura, sia stato dichiarato interdetto o inabilitato⁴⁶. Trattasi di previsione rispondente alla chiara finalità di assicurare ogni possibile garanzia processuale soprattutto per l'ipotesi, non certo infrequente, in cui l'introduzione del procedimento sia avvenuta senza (o contro) la volontà del soggetto beneficiario⁴⁷: soltanto così può consentirsi «la piena tutela all'interesse del soggetto a mantenere integra la propria capacità di agire»⁴⁸, cui è strumental-

⁴⁵ Vd., in relazione alla nomina del tutore o curatore provvisorio, Cass., 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.*, 2001, 3, I, 695; Cass., 10 aprile 1965, n. 636, in *Giust. civ.*, 1965, I, 2092. Vd. anche in dottrina A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, 198.

⁴⁶ Cfr. il testo novellato dell'art. 406, cod. civ., che ammette alla proposizione del ricorso lo stesso soggetto beneficiario «anche se minore, interdetto o inabilitato».

⁴⁷ Cfr. P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 123.

⁴⁸ Cass. 4 luglio 1967, n. 1643, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1616. Nel solco di tale impostazione, Corte cost. ord. 31 maggio 1988, n. 605, in *Giur. cost.*, 1988, 2781, ha affermato l'irrelevanza dell'incapacità naturale del soggetto nell'ambito del procedimento di interdizione e di inabilitazione «a causa della particolare valenza che essi hanno sullo *status* delle persone (sicché la nomina di un curatore speciale potrebbe equivalere ad un'anticipazione del giudizio definitivo)».

– quella che sarebbe un'inammissibile e pericolosa ingerenza censoria (a denotare una «onnipresente e pervasiva dimensione giuridica»⁶⁴) delle istituzioni sulle condizioni di vita liberamente prescelte dall'interessato.

ABSTRACT

Il contributo, dedicato all'amministrazione di sostegno, muove dall'inquadramento sistematico dell'istituto a partire dalla distinzione tra interdizione e inabilitazione, alla luce della modifica dell'art. 414 cod. civ. introdotta dall'art. 4, l. n.6, 2004. Sono poi esaminati gli aspetti processuali relativi per un verso ai limiti alla potestà decisionale del giudice tutelare, e per l'altro verso al diritto di difesa e ai poteri difensivi dell'amministrato, tenendo sempre nella dovuta considerazione la volontà del disabile.

The topic of this paper is the analysis of a tool of protection of disabled people, named in Italian Legal System as 'amministrazione di sostegno'. In the paper I focus on procedural aspects of such topic, which have their basis in the protection of the will of disabled people.

MARIANO ROBLES
Ricercatore in Diritto Privato
Università degli Studi di Bari
E-mail: m.robles@lex.uniba.it.

⁶⁴ L'espressione è di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, 9.

quello dell'*identità/dignità* personale, inscritta nello 'Streben' inesauribile del diritto⁶³.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi come l'ampiezza dei presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno (consentita anche per ipotesi in cui la disabilità attenga a mere menomazioni fisiche, più o meno gravi) renda assai delicato l'esercizio del potere del giudice tutelare (in certi casi particolarmente invasivo, qualora l'amministratore di sostegno sia autorizzato a 'sostituirsi' al beneficiario), che deve sempre correlarsi alla finalità di protezione del disabile. Quest'ultimo, ove non infermo di mente, ma munito della piena capacità naturale, non sarà mai assoggettabile coercitivamente all'amministrazione di sostegno, ancorché si accerti che conduca un'esistenza deteriorata ed in condizioni di isolamento, rischiandosi altrimenti – come acutamente espresso nell'epigrafe di queste brevi notazioni

⁶³ Così, sempre acutamente D. MESSINETTI, *Identità personale e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 197, il quale ricorda come il termine 'identità' sia impiegato per trasferire nel campo dei diritti tutta una serie di libertà che costituiscono potenzialità essenziali per l'uomo nella società moderna, presentando indubbi vantaggi in una prospettiva mirante a promuovere la riflessione e la pratica dei c.d. 'diritti fondamentali'. Di recente, in senso analogo S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. not.*, 2004, 242; nonché G. ANZANI, *Gli atti di disposizione della persona nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1 ss.

mente collegato anche l'obbligo del giudice tutelare «di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova» (art. 407, cpv., cod. civ.) e di tener conto, in tale contesto, dei bisogni e delle richieste del beneficiario.

In merito al dovere di sentire l'interessato, primo decisivo momento di garanzia del beneficiario, può evocarsi (perché ragionevolmente applicabile anche all'amministrazione di sostegno) l'ampia elaborazione giurisprudenziale formata in materia di interdizione ed inabilitazione, che era andata affermando, in relazione al disposto dell'art. 419, cod. civ., la perseguibilità del procedimento, qualora l'esame fosse stato impossibile per irreperibilità o rifiuto a comparire dell'esaminando, ovvero per altre ragioni. Si riteneva, infatti, che il carattere essenziale dell'esame⁴⁹ non potesse ritorcersi a scapito dello stesso disabile, ciò che sarebbe invece avvenuto seguendo l'opzione esegetica contraria, stante – alla stregua di tale opzione – l'impossibilità di pronunciare l'interdizione o l'inabilitazione⁵⁰.

⁴⁹ In tema di interdizione ed inabilitazione, dall'essenzialità dell'esame si traggono argomenti (che possono riproporsi con riguardo all'amministrazione di sostegno) in ordine alla non delegabilità, ex art. 203, cod. proc. civ., dell'esame al giudice del luogo ove l'interrogando materialmente si trova. *Contra*, però, vd. Trib. Cagliari, 28 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 588, con *Nota* di A. GIANCASPRO.

⁵⁰ Cass., 10 agosto 1979, n. 4650 in *Giust. civ.*, 1980, I, 409, per cui l'accertamento delle condizioni dell'esaminando

Sul punto, il legislatore, con l'evidente finalità di dissipare ogni residuo margine di dubbio, ha opportunamente disposto all'art. 407, comma 3, cod. civ., che «in caso di mancata comparizione (sott., dei soggetti di cui all'art. 406, cod. civ., tra cui lo stesso beneficiario, il giudice) provvede comunque sul ricorso». Alla luce della richiamata previsione, sembra tuttavia doversi desumere che, prima dell'esame, ovvero prima del rifiuto del disabile di sottoporvisi, non sarebbe lecito per il giudice tutelare assumere, ancorché in via cautelare, alcun provvedimento che si rifletta in una limitazione della capacità di agire per il beneficiario. Depongono in tal senso, oltre che ragioni di natura sistematica (si noti che il nucleo essenziale della disciplina procedimentale dell'amministrazione di sostegno è fissato non già nell'art. 405, cod. civ., ma nel successivo art. 407, cod. civ.), anche profili di 'simmetria' con l'interdizione e l'inabilitazione, in cui l'esame del soggetto è *mezzo istruttorio* che *ex art. 419*, comma ultimo, cod. civ., precede necessariamente la costi-

può desumersi anche dal reiterato rifiuto di farsi esaminare e comunque dal complessivo comportamento tenuto da costui, ivi compresa la scelta di sottrarsi all'incontro con il giudice; vd. altresì Corte cost. 31 marzo 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1386, la quale ha ritenuto manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 419, comma 1, cod. civ., interpretato nel senso che non sia preclusa la prosecuzione del procedimento, ove l'irreperibilità sia stata accertata; *contra*, per l'affermazione dell'insostituibilità dell'esame, Trib. Roma, 29 maggio 1951, in *Foro it.*, 1952, I, 143.

Lo strumento approntato dal legislatore, pur ispirato all'ipotesi del soggetto disabile dotato di una certa capacità di discernimento, per la sua proficua duttilità può estendersi sino a ricomprendere situazioni menomanti che prima sarebbero state ricondotte al regime dell'interdizione: il che è da valutarsi positivamente nell'ottica della piena valorizzazione del(la *persona*) disabile, costituente la *ratio* sottesa alla legge⁶²; ma deve indurre a riflettere con riferimento all'esigenza di assicurare l'effettivo esercizio di quell'auspicata (e doverosa) interlocuzione tra giudice tutelare, amministratore di sostegno e disabile – donde queste osservazioni hanno tratto spunto – e che costituisce la più efficace garanzia per il corretto funzionamento della nuova misura di protezione, nel segno del passaggio dal piano dell'*integrità* fisica a

⁶² La nozione di 'valore' è riferibile alla qualità degli oggetti e non agli oggetti stessi: il che induce a ritenere che personalità e dignità umana siano senz'altro valori. Ne consegue la diversificazione di questi due concetti, dato che alla dignità umana attiene una tutela negativa e statica, mentre alla personalità resta coerente la garanzia nel momento dinamico del pieno e libero sviluppo. Impostazione concettuale, che rinvia al dettato costituzionale ed alla lettura comparata degli artt. 2 e 3, comma 1, Cost., da un lato, e dell'art. 3, cpv., Cost., dall'altro: da una eguaglianza c.d. 'formale', diretta alla tutela dell'individuo considerato nella sua dignità personale, va distinta una eguaglianza c.d. 'sostanziale' volta ad assicurare pari opportunità in ragione delle specifiche attitudini di ciascuno (su cui, resta attuale lo studio di H. WESTERMANN, *Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht*, Köln-Opladen, 1957, *passim*).

atti del giudice tutelare (non soltanto il decreto *ex* artt. 405 comma 5, ma – deve ritenersi – anche quelli *ex* artt. 407, comma 4 e 410, cpv., cod. civ.) è proponibile reclamo innanzi alla Corte d'Appello (anziché dinanzi al Tribunale in composizione collegiale, generalmente competente sui provvedimenti del giudice tutelare), salva la facoltà di presentare, avverso le decisioni in sede di gravame, ricorso per cassazione, evidenziandosi l'intento del legislatore di assicurare al soggetto sottoposto alla procedura *de qua* garanzie analoghe a quelle previste per l'interdicendo e l'inabilitando (al riparo da eventuali dubbi di costituzionalità in relazione al parametro dell'art. 3 Cost.).

6. *Rilievi conclusivi.*

Molte si mostrano – come visto – le soluzioni interpretative astrattamente percorribili, stante l'estrema genericità dei presupposti (ed elasticità dei contenuti) del nuovo istituto. Sarà la prassi giurisprudenziale, con l'(immancabile) apporto dell'elaborazione dottrinale, a definirne gli esatti contorni, per evitare contaminazioni ed inutili sovrapposizioni con l'interdizione e l'inabilitazione, così tracciando operativamente uno 'statuto' di garanzie per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

tuzione dell'organo di tutela (o curatela) provvisoria, salvo il caso dell'oggettiva impossibilità di espletamento⁵¹. Sicché, non appare condivisibile (anche in virtù del mancato richiamo nell'art. 411 cod. civ. all'art. 361 cod. civ.) quella prassi invalsa in taluni uffici giudiziari di provvedere, in via d'urgenza, alla nomina dell'amministratore di sostegno provvisorio autorizzandolo, ad es., ad esprimere, in luogo del beneficiario incapace di intendere e di volere, il consenso ad un intervento chirurgico necessario ed urgente senza che il giudice abbia preventivamente esaminato il disabile. Tra l'altro, in un caso siffatto, trattandosi di amministrazione di sostegno finalizzata al compimento di un unico atto, sarebbe adempimento vano fissare l'udienza successiva, nel contraddittorio con il pubblico ministero e gli altri soggetti indicati nell'art. 406, cod. civ., per la conferma del decreto allorché ormai l'intervento chirurgico, nel bene o nel male, abbia avuto esecuzione. Inoltre,

⁵¹ In tale contesto, si è infatti sempre affermato che la nomina del tutore o del curatore provvisorio deve essere preceduta, a meno che ciò non risulti oggettivamente impossibile, dall'esame del soggetto, così come prescritto dall'art. 419, comma ultimo, cod. civ. In proposito, Cass. 15 novembre 1994, n. 9634, ined. per quanto consta, nonché in dottrina G. RAMPAZZI GONNET, voce *Procedimento di interdizione e inabilitazione*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 608; M. VELLANI, voce *Interdizione e inabilitazione (procedimento di)*, in *Enc. giur. it.*, XVII, Roma, 1989, 3. *Contra*, tuttavia, Trib. Torino, 7 giugno 1982, in *Dir. fam.*, 1983, 1014.

l'opzione ermeneutica qui sostenuta non determinerebbe il rischio di vuoti di tutela: ove si prospetti l'esigenza di un intervento chirurgico necessario per salvaguardare l'integrità fisica del paziente pur incapace di intendere e di volere e, soprattutto, improcrastinabile, ben può il sanitario intervenire direttamente avvalendosi della scriminante dell'esercizio del diritto in base al consenso espresso da prossimi congiunti o, in ultima analisi, dello stato di necessità⁵².

Nel contesto del riconoscimento al disabile della facoltà di sottrarsi al colloquio con il giudice tutelare, deve interpretarsi poi l'art. 407, comma 3, 2° periodo, cod. civ., a mente del quale quest'ultimo «dispone altresì, anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica [...] utili per la decisione». Sembra infatti potersi affermare che tale disposizione non introduca, come da taluno proposto⁵³, un nuovo caso di trattamento sanitario

⁵² Per A. PELLEGRINI, *La tutela*, cit., 27, in tali casi l'esecuzione del trattamento è legittima, poiché costituisce adempimento di un obbligo giuridico ex artt. 2 Cost. (ove sono previsti i doveri inderogabili di solidarietà) e 593 cod. pen. (omissione di soccorso), mentre poi, oltretutto, l'atto medico risulterebbe scriminato dallo stato di necessità: vd. altresì L. BRUSCUGLIA, *Commentario alla legge 13 maggio 1978, n. 180. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, 185.

⁵³ V. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 146, parla di «deroga al principio di cui all'art. 32 Cost. della volontarietà del trattamento sanitario». Sul tema dei trattamenti sanitari obbligatori, cfr. L. BRUSCUGLIA, *Commenta-*

cordare che la Suprema Corte⁶¹ ha negato la revocabilità dell'interdizione sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che l'ha pronunciata. Sennonché, nel caso dell'amministrazione di sostegno, in cui forma della pronuncia è il decreto (anche) per le esigenze di celerità proprie della procedura, sussistono dubbi sull'applicabilità tout court del richiamato indirizzo giurisprudenziale.

Quanto al rito applicabile per la revoca, v'è il richiamo operato dall'art. 720 *bis*, cod. proc. civ. all'art. 720, cod. proc. civ. e, dunque, alle modalità (ed alle garanzie) stabilite per il procedimento di attivazione della procedura.

Altre garanzie sono prescritte tramite il rinvio a disposizioni dettate in materia di tutela e curatela: segnatamente, è estesa ex art. 411, cpv., cod. civ., l'applicazione degli artt. 378, 596, 599, 779 cod. civ. all'istituto in parola, in considerazione dell'evidente conflitto d'interessi che si verificherebbe in tali ipotesi tra amministratore di sostegno e beneficiario. Sotto altra angolazione, è espressamente delineato ex art. 720 *bis* cod. civ., come introdotto dall'art. 17, l. 9 gennaio 2004, n. 6, un regime speciale di impugnazione: contro gli

⁶¹ Vd., in materia di interdizione, Cass. 10 aprile 1965, n. 636, secondo cui la pronuncia di revoca dell'interdizione è basata sul presupposto del passaggio in giudicato della sentenza di interdizione e del venir meno, dopo che la stessa sia divenuta definitiva, della causa che l'aveva determinata; *adde* Cass. 10 marzo 1993, n. 2895, in *Dir. fam.*, 1993, 1006.

labile' l'atto compiuto senza l'autorizzazione del giudice tutelare o in eccesso rispetto alla medesima (art. 412, cod. civ.).

Nei casi invece di atti per cui grava sull'amministratore l'obbligo di assistere il beneficiario, questi, ove fosse ingiustificatamente rifiutata la (pur necessaria) collaborazione, potrà ricorrere al giudice tutelare, il quale, se del caso, intimerà *ex art. 410, cpv., cod. civ.*, all'amministratore di sostegno di prestare la dovuta assistenza. In caso di persistente rifiuto, il giudice tutelare provvederà *ex art. 384, cod. civ.* (cui rinvia l'art. 411, comma 1, cod. civ.) alla rimozione dell'amministratore, ma non potrà – deve ritenersi – disporre la nomina del curatore speciale *ex art. 395, cod. civ.* (in quanto disposizione *non* richiamata dalla novella).

Permane ovviamente la facoltà del beneficiario (nonché degli altri soggetti indicati nell'art. 406 cod. civ.) di avanzare in ogni tempo richiesta per la cessazione dell'amministrazione di sostegno. In tal caso, se il provvedimento del giudice tutelare viene inteso come provvedimento di revoca per il venir meno dei presupposti dell'amministrazione di sostegno, può farsi questione se la predetta revoca riguardi un decreto di nomina, *ex art. 405, cod. civ.*, novellato, non divenuto definitivo per non essere ancora spirati i relativi termini di impugnativa *ex art. 739, cod. proc. civ.*, come richiamato dall'art. 17, cpv., l. 9 gennaio 2004, n. 6. In proposito, è il caso di ri-

obbligatorio, di guisa che deve intendersi che il beneficiario potrebbe sempre non sottoporsi all'accertamento sanitario utile per la decisione, salva beninteso la facoltà del giudice tutelare di inferire, anche da tale comportamento del disabile, elementi di giudizio circa l'opportunità della misura di protezione prescelta.

Per quanto concerne l'eventuale designazione dell'amministratore di sostegno, l'art. 408 cod. civ. configura ora un'ipotesi inedita rispetto al previgente quadro normativo: si consente, infatti, all'interessato di nominare l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità»⁵⁴. Trattasi di un atto di designa-

rio, cit., 191 ss.; A. VENCHIARUTTI, P. CENDON, voce *Sofferenti psichici*, in *Enc. dir., Agg.*, III, Milano, 2000, 1005. Cfr., altresì, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 309.

⁵⁴ La scelta del legislatore di consentire all'individuo di autodeterminarsi anche per l'ipotesi di una futura disabilità – in linea con fattispecie similari relative a pratiche mediche (cfr. art. 13, l. 22 maggio 1978, n. 194, per l'interruzione volontaria di gravidanza da parte di gestante incapace; art. 4, l. 1 aprile 1999, n. 91, sul consenso alla donazione di organi; artt. 4 e 5, d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, relativi a sperimentazioni sanitarie di farmaci per uso clinico su paziente previamente consenziente) – è commentata favorevolmente da L. MILONE, *Il testamento di vita*, in *Vita not.*, 2004, I, 108. In giurisprudenza, Trib. Modena 13 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 923, con *Nota* di G. FERRANDO, nonché Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 429; ma *contra*, App. Firenze 3 luglio 2009, in *Nuo-*

zione vincolante per il giudice⁵⁵, che tuttavia conserva il formale potere di nomina, atteso che, in presenza di «gravi motivi», ben potrebbe egli discostarsi dall'indicazione così espressa e nominare un amministratore di sostegno diverso, sempre però «con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario» (art. 408, comma 1, cod. civ.). La (pacifica) legittimazione del terzo agente nella sfera esistenziale del soggetto non *compos sui*⁵⁶ è riconducibile principalmente alla tematica del consenso quale strumento autorizzativo dell'agire altrui, altrimenti vietato dal precetto primario del *neminem laedere*⁵⁷, come san-

va giur. civ. comm., 2010, entrambe con *Nota* di R. MASONI, A. FAROLFI.

⁵⁵ In ordine al dibattito dottrinale sull'inquadramento dell'atto di designazione, anziché in termini di mandato, quale «nuova figura di negozio unilaterale con efficacia *inter vivos*, sostitutivo dell'intervento del giudice [...] o come atto unilaterale vincolante per il giudice, cui solo, in definitiva, resta il potere di nomina», cfr. V. ZAMBRANO, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 152.

⁵⁶ In ordine al (configurabile) potere di disporre incondizionatamente da parte della persona in stato di incoscienza, cfr. G. BONILINI, *Capacità*, cit., spec. 190; per la giurisprudenza, Trib. Modena 5 novembre 2008, in *Guida dir.*, XI, 2009, 35, con *Nota* di P. CENDON, R. ROSSI.

⁵⁷ È la prospettiva autorevolmente tracciata da D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 ss. Sul consenso in funzione autorizzativa, v. la dettagliata ricostruzione operata da Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, II, 305, con *Nota* di G.

sano mai oltrepassare il limite invalicabile di cui all'art. 409 cpv., cod. civ., sicché dovrebbe considerarsi inficiato da nullità radicale quel decreto con cui il giudice tutelare sottraesse al disabile la capacità di compiere finanche gli atti necessari a soddisfare «le esigenze della propria vita quotidiana»⁵⁹. Ciò segna l'estremo margine di elasticità dell'istituto, restringendo i casi di possibili sovrapposizioni con l'interdizione⁶⁰. Se poi l'atto compiuto dall'amministratore nella sfera di capacità 'riservata' al disabile è 'inefficace' tout court, per converso il legislatore qualifica come 'annul-

⁵⁹ Così, M.R. MARELLA, *La protezione*, cit., 251.

⁶⁰ Diverso aspetto attiene all'impugnabilità ex art. 428 cod. civ. degli atti (pur rientranti nella contrattualità minima) compiuti dal beneficiario: se *de jure condito* la 'micro-contrattualità' non può in linea di principio sottrarsi, come pur sarebbe auspicabile per evitare l'emarginazione (c.d. 'effetto ingessamento') del disabile, a qualunque forma di invalidazione correlata alla sua incapacità naturale, deve allora necessariamente richiamarsi la disciplina di cui all'art. 428 cod. civ. In tale cornice normativa di riferimento, può tuttavia condividersi l'auspicio di quanti confida nel recupero di un approccio esegetico all'art. 428, cpv., cod. civ., «che riduca l'incidenza della malafede del terzo contraente e restituisca centralità all'elemento del pregiudizio, l'unico realmente consono alla *ratio* di protezione. La natura conclamata di alcuni tipi di invalidità psichica, che di per sé informa il terzo e lo pone in condizioni di malafede [...] non deve equivalere all'emarginazione del disabile dalla relazione giuridica quotidiana, ove questa si sviluppi in condizioni d'equità e a lui non rechi oggettivo pregiudizio» (così, E. CARBONE, *Libertà*, cit., 555).

dal beneficiario (ove compatibili con le esigenze di protezione), non potrà che accedere ai suoi suggerimenti ed alle sue aspirazioni e, nei casi in cui ravvisi anche gravi violazioni dell'amministratore di sostegno, disporre la rimozione (e/o la sostituzione). L'amministratore di sostegno è, altresì, tenuto a gestire il patrimonio del disabile con la diligenza del buon padre di famiglia: un siffatto obbligo, che si desume dal richiamo all'art. 382, cod. civ. operato nell'art. 411, comma 1, cod. civ., implica espressamente, per l'ipotesi in cui dall'inosservanza scaturisca pregiudizio per il beneficiario, l'esperibilità di un'azione risarcitoria. Sempre l'amministratore di sostegno dovrà *ex art. 405, comma 5, n. 6, cod. civ.* riferire al giudice tutelare, con la periodicità stabilita nel decreto *ex art. 405, comma 5, cod. civ.*, circa l'attività svolta e le condizioni di vita del disabile. Se ne desume che il controllo, oltre che sollecitato dai soggetti indicati nell'art. 406 cod. civ., è esercitato costantemente dal giudice nel corso della procedura, tant'è che questi può convocare in ogni momento, *ex art. 44 disp. att. cod. civ.*, come modificato dall'art. 12, l. 9 gennaio 2004, n.6, l'amministratore di sostegno per richiedere informazioni, chiarimenti o notizie, nonché dare istruzioni circa gli *interessi morali* (e patrimoniali) del beneficiario.

Quanto alla cd. 'capacità residua' del beneficiario deve ritenersi, quale ulteriore momento di garanzia, che i poteri del giudice tutelare non pos-

cito, per il tema in discorso, nel comb. disp. artt. 5, cod. civ. e 32, cpv. Cost.

Nel silenzio della norma, i 'gravi motivi' sarebbero da ravvisarsi nei casi in cui il designato, per accertata inettitudine, abuso, conflitto d'interessi o altra causa, si sia rivelato, pur dopo la designazione dell'interessato e prima dell'instaurazione della procedura *de qua*, immeritevole, oppure inidoneo a ricoprire l'ufficio: in sostanza, nelle ipotesi che ne verrebbero a legittimare *ex post*, ove nominato, la rimozione e/o la sospensione dall'ufficio di amministratore di sostegno (*ex art. 384, cod. civ.*, come richiamato dall'art. 411, comma 1, cod. civ.).

5. *Poteri difensivi dell'amministrato.*

Ulteriori prerogative a difesa del disabile sono predisposte dal legislatore per il tempo successivo alla pronuncia del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (ancorché *ex art. 405, comma 4, cod. civ.*). In particolare, l'art. 410, cpv. cod. civ. prescrive all'amministratore di «informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso». Parrebbe che tale obbligo sussista

FIANDACA; in *Guida dir.*, VII, 2009, 54, con *Nota* di G. MARRA; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1042, con *Nota* di S. TORDINI CAGLI; in *Cass. pen.*, 2009, 1793, con *Nota* di F. VIGANÒ; in *Riv. pen.*, 2009, 1130, con *Nota* di P. BRIGNONE.

anche nel caso in cui il beneficiario sia del tutto incapace di comprendere la portata degli affari da compiersi; senonché, laddove egli difettasse di capacità cognitiva, si tratterebbe di esercizio puramente formalistico di una garanzia non concretamente utilizzabile dal beneficiario e di adempimento, come tale, privo di significato. Per cui, delle due l'una: o in relazione ad atti chiaramente opportuni, si deve ipotizzare il consenso (benché) 'presunto' del beneficiario, pur privo di discernimento, il che assolverebbe l'amministratore di sostegno dall'obbligo di informazione; ovvero deve ritenersi che, mancando quel *minimum* di capacità di discernimento in capo al beneficiario, tale mancanza viene a determinare una situazione *in toto* equiparabile al 'dissenso' del medesimo, con conseguente obbligo dell'amministratore di sostegno (perlomeno) di informare il giudice tutelare.

Ai fini di una maggiore salvaguardia del beneficiario, appare preferibile la seconda delle due opzioni, salvo propendere per l'inidoneità della misura di protezione *de qua* (con conseguente necessità di attivazione della procedura di interdizione), qualora le iniziative negoziali da compiersi fossero particolarmente significative e destinate ad incidere notevolmente sulla vita (e/o sul patrimonio) del disabile. Infatti, in relazione ad esse, malgrado il sindacato del giudice tutelare, non sussisterebbe – come innanzi detto – quell'ade-

guato 'contrappeso' costituito dall'interlocuzione con il beneficiario della procedura.

Proprio il capoverso del novellato art. 410 cod. civ. consente al beneficiario di esprimere al giudice tutelare le sue doglianze contro l'operato dell'amministratore di sostegno (analoga facoltà spettando anche al pubblico ministero ed ai soggetti indicati nell'art. 406, cod. civ.). Per la verità, pur in mancanza della menzionata disposizione, non si sarebbe certo potuto dubitare, alla stregua dei principi generali, circa la facoltà del disabile di rivolgersi al giudice per segnalare negligenze dell'amministratore di sostegno e/o per ottenere il sindacato su atti da compiersi, ritenuti potenzialmente pregiudizievoli per i propri interessi. Cionondimeno, l'espressa considerazione da parte del legislatore di tale opportunità difensiva non è circostanza di poco momento, ai fini della ricostruzione sistematica dell'istituto. Di guisa che, deve ritenersi che il dissenso opposto *ex art.* 410, cpv. cod. civ. rispetto al singolo atto, ove proveniente da un beneficiario dotato di sufficiente capacità di discernimento, assurgerebbe «ad impedimento rispetto all'atto che l'amministratore vorrebbe compiere, obbligando quest'ultimo a rimettere la questione al giudice tutelare»⁵⁸. Inutile dire che il giudice tutelare, qualora ritenesse corretti i rilievi sollevati *ex art.* 410, cpv., cod. civ.

⁵⁸ Così, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 48.